

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXVI
FASCICULO III



OCTUBRE-DICIEMBRE
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 Notariade
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

MANUEL ALBALADEJO: <i>Consideraciones sobre algunos extremos del modo testamentario</i>	1093
MANUEL ALONSO OLEA: <i>Notas sobre una adición reciente al «Corpus» Hegeliano</i>	1109
MARIANO ALONSO PEREA: <i>Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el «Derecho civil de España»</i>	1117
MANUEL AMORÓS GUARDIOLA: <i>Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro</i>	1129
RODRIGO BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO: <i>Vecindad civil y nacional</i>	1149
ROBERTO BLANQUER UBEROS: <i>Notas sobre un caso de supresión o de exoneración de obligaciones legales de un contrato</i>	1169
JOSÉ BONET CORREA: <i>Las bases de actualización para las cantidades debidas por cargas, alimentos o pensión en el convenio regulador de separación matrimonial y divorcio</i>	1181
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ: <i>Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor</i>	1191
JORGE A. CARRANZA: <i>Valoración de la reforma civil argentina a quince años de su vigencia</i>	1207

	Páginas
JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ: <i>La comunidad iberoamericana en el pensamiento de Federico de Castro</i>	1217
FRANCISCO CASTRO LUCINI: <i>Algunas consideraciones sobre la buena fe en la obra del profesor Federico de Castro</i>	1227
LUIS HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ: <i>Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1-1982, de 5 de mayo</i>	1243
LUIS DíEZ PICAZO: <i>Los principios generales del Derecho en el pensamiento de Federico de Castro</i>	1263
J. A. DORAL GARCÍA: <i>El patrimonio como instrumento técnico jurídico</i> ...	1269
PEDRO DE ELIZALDE Y DE AYMERICH: <i>Forma extranjera y Derecho foral</i> ...	1283
JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS: <i>Anotaciones a la Instrucción de 16 de mayo de 1983, de la D. G. R. N. sobre nacionalidad española</i>	1299
LUIS FIGA FAURA: <i>El profesor Federico de Castro y el Derecho mercantil</i> .	1321
AMADEO DE FUENMAYOR: <i>Alcance del principio constitucional de igualdad</i> .	1327
GABRIEL GARCÍA CANTERO: <i>La «non nata», cláusula de dureza en el divorcio español</i>	1343
VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA: <i>El Derecho civil protector del ser humano</i>	1359
MARÍA DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA: <i>El beneficio de separación de patrimonios en el Derecho civil catalán</i>	1377
ANTONIO GORDILLO CAÑAS: <i>Realismo ético: El magisterio metodológico de Federico de Castro</i>	1403
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS: <i>El valor de la jurisprudencia en la obra de Federico de Castro</i>	1427
JUAN B. JORDANO BAREA: <i>Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria</i> .	1435
JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: <i>Las fundaciones en la Constitución española de 1978</i>	1455
FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ: <i>El pago del precio en el arrendamiento de servicios profesionales</i>	1469
JOSÉ MARÍA MIQUEL: <i>Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contrato independiente</i>	1501
LUIS MOISSET DE ESPANES: <i>El matrimonio de los menores y la autorización paterna</i>	1515
ANTONIO MANUEL MORALES MORENO: <i>El «propósito práctico» y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro</i>	1529
JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS: <i>Aproximación metodológica a la obra de Federico de Castro</i>	1547
A. FERNANDO PANTALEÓN PRIETO: <i>Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte</i>	1567
CÁNDIDO PAZ-ARES: <i>Sobre la infracapitalización de las sociedades</i>	1587
LUIS PUIG FERRIOL: <i>El patrimonio fundacional en la Ley de fundaciones catalana</i>	1641
PABLO SALVADOR CODERCH: <i>Los materiales prelegislativos: entre el culto y la polémica</i>	1657
JUAN VALLET DE GOYTISOLO: <i>El profesor Federico de Castro y el Derecho natural</i>	1685

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 IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
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**

Hace treinta y seis años, aproximadamente, apareció el Anuario de Derecho Civil. Le precedía una exposición de motivos o de propósitos, que cualquier poseedor de la colección puede consultar y que sería inoportuno repetir. No es aventurado afirmar que en el texto de esos «propósitos» resuenan con bastante claridad la voz y el estilo literario —a más de las ideas— del maestro Federico de Castro. Para comprenderlo es suficiente entresacar, telegráficamente, algunas de estas ideas: la fe en el Derecho como un medio de realización de la aspiración de justicia y como medio de defensa de la dignidad de la persona y, de este modo, del orden de la vida social con el que se encuentra indisolublemente unido y, asimismo, la fe en el Derecho como en una vía de superación del desconcertado y desesperanzador panorama que el mundo moderno ofrecía en las trágicas circunstancias por las que, en esos años, había pasado y del que ofrece en las críticas circunstancias por las que todavía hoy continúa pasando; la fe en el Derecho Civil, cuya muerte ha sido erróneamente vaticinada tantas veces y que en nuestros días, adquiere un nuevo valor como instrumento jurídico de la defensa de la persona y de la familia, pues frente a otras ramas del saber jurídico, más preocupado por más concretos intereses, el Derecho Civil se ocupa de la persona en su escueta desnudez; y finalmente la fe en el Derecho Civil de España, lo que significa reconocer los valores de la «tradicional concepción jurídica española», en la medida en que en ella cuajó la fórmula más pura de una concepción cristiana del Derecho, y porque tenía su lógica, su seriedad y su entereza. Al servicio de esta triple fe —en el Derecho, en el Derecho Civil, en el Derecho Civil de España— había que colocar una renovación de la técnica y de la ciencia. No se trata, simplemente, de aspirar a la justicia o, hacerla casuísticamente como puede ser hecha la que Weber llamó gráficamente justicia del cadí. La convocatoria del Anuario de Derecho Civil era científicamente exigente. Significaba —y significa— una renovación de la técnica y de la ciencia del Derecho Civil, dar todo su valor a la seriedad investigadora y proclamar que no merece el nombre de jurista quien no acepte la exigencia de la correcta investigación científica, re-

conociendo, sin embargo, que el aparato científico no es un fin en sí mismo, sino algo al servicio de fines más altos. Desde 1948 hasta 1983 el Anuario de Derecho Civil ha estado presidido, amparado, configurado, marcado, por la personalidad eximia de su fundador. Lo que no significa, en modo alguno, que se convirtiera —como al principio se advertía expresamente— en vehículo o periódico de una escuela. No es necesario citar nombres. Quien repase los índices de estos treinta y seis años comprobará que todo el que tuvo algo que decir en materia de Derecho Civil en las casi tres generaciones de juristas que en esos años se suceden —la de la inmediata postguerra civil; la de los años 50 y 60; la de los años 70 y 80— ha tenido un lugar en sus páginas. El Derecho Civil español de todos esos años no se puede entender sin el Anuario de Derecho Civil.

Al desaparecer la persona de su fundador, los que en un plano secundario y más modesto queremos que la tarea no se pierda y que continúe fructificando, formulamos aquí nuestros votos, que no son sino renovación de las promesas iniciales; continuación de la labor en pro de los mismos objetivos de la defensa de los valores de una concepción cristiana del Derecho, armados con las mismas armas exigentes de la investigación científica y técnica, con la misma apertura a todas las voces, a todas las tendencias, al servicio exclusivo del Derecho y con una primaria exaltación de la justicia. Los propósitos del Anuario se concretaban en el lema que figura en su logotipo: «per arma iustitiae a dextris et a sinistris». No hay ningún inconveniente, pensamos, en unir a ese lema este otro que asimismo procede de los juristas clásicos: «auctor iustitiae Deus est iuris homo».

Al servicio de esta renovación de los propósitos iniciales y para expresar de modo firme la lealtad a la obra fundacional y a la figura del fundador, el Anuario de Derecho Civil ha querido dedicar el fascículo 4.º del Tomo XXXVI a glosar la obra del Profesor De Castro. No se trata, en puridad, de confeccionar unos Estudios de Homenaje. Los Estudios de Homenaje, aunque no con la amplitud de convocatoria que el homenajeado merecía, porque siempre tropezaban con el temor reverencial de que una convocatoria más amplia le hiciera llegar a él la noticia y así, por la conocida modestia de la persona fracasara el empeño, fueron publicados hace años y en ellos se recogió una gavilla de estudios de los amigos, discípu-

los y colaboradores más directos. La idea que ha precedido este número extraordinario es la glosa de pensamiento, el subrayar aquello que aprendimos y que sabíamos, pero que se nos había quedado tal vez dormido. No hay inconveniente, sin embargo, en que tengan cabida en estas páginas trabajos de otro cariz, concebidos como homenaje al maestro, al que todos, ahora que se cumple el año de su muerte, continuamos recordando y llorando.

Consideraciones sobre algunos extremos del modo testamentario (*)

Por MANUEL ALBALADEJO

Catedrático de Derecho civil

A don Federico de Castro (y no a su «memoria», porque ¿cómo pensar de quien ahora vive más realmente que nosotros que prime sobre esa vida el recuerdo del pasado o que vive también en nuestra memoria?), que seguirá ayudándonos Allá Arriba ante el Señor, como ante los hombres lo hacía aquí, y acogiendo benévolo y sonriente nuestras teorías y discusiones jurídicas, con conciencia ahora totalmente clara, si es que le quedaba alguna duda, de que se trata de peccata minuta.

SUMARIO: I. La expresión del objeto de la institución o de la aplicación que haya de darse a lo dejado, y la imposición de carga.—II. Aplicación de la regla de que en caso de duda se estima existente carga, y no condición.—III. El afianzamiento que debe prestarse de cumplir la carga: 1. El apartado segundo del artículo 797. 28. Debe afianzar el heredero, y no sólo sus herederos. 3. Si no se afianza, se pondrá la herencia en administración.—IV. La prestación objeto de la obligación modal: contenido, posibilidad, licitud y determinación.—V. Si la carga impuesta puede consistir en obligación que haya de cumplirse en vida del testador.—VI. El cumplimiento de la carga y la responsabilidad del gravado por incumplimiento.

* En el presente estudio, las obras citadas sin reiteración, lo son en cada caso con todos sus datos. Pero, por abreviar, las citadas varias veces, sólo aparecen con el nombre del autor y la página correspondiente. La relación de estas segundas, con todos sus datos, es:

BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil, V, Derecho de sucesiones*, 1965.
BUEN, DE, en Notas a la trad. esp. del *Curso elemental de Derecho civil*, de Colin y Capitant, 2.ª ed. VIII, 1951.

CASTÁN, *Derecho civil*, VI, 2.º, 7.ª ed., 1973.

CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, III, 1959.

DÍAZ CRUZ, *Los legados*, 1951.

DÍAZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, 3.º ed., 1983.

ESPÍN, *Manual de Derecho civil*, V, 5.ª ed., 1978.

LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, 1981.

LÓPEZ VILAS, *Sobre la distinción entre legado e instituciones modales hechas en testamento*, en A.D.C., 1966, p. 575 ss.

LUNA SERRANO, *Disciplina del modo testamentario imposible*, en A.D.C., 1968, p. 109 ss.

I. LA EXPRESION DEL OBJETO DE LA INSTITUCION O DE LA APLICACION QUE HAYA DE DARSE A LO DEJADO, Y LA IMPOSICION DE CARGA

Según la pura literalidad del artículo 797, 1., C. c., se pueden distinguir tres casos diferentes: 1.º Que se exprese el *objeto*, es decir, el *fin* que se persigue con la institución de que se trate, o el *propósito* que guió a hacerla. 2.º Que se exprese la *aplicación* que haya de darse a lo dejado (1). 3.º Que se imponga una *carga*.

Si no se impone la carga, no la hay. Pero, aun sin expresarse el objeto, la institución puede tener uno (2), lo mismo que aun sin expresar la aplicación que el testador quiere que el sucesor dé a lo que le deja, puede querer que le dé alguna determinada en particular. Ahora bien, no expresados ni el objeto ni la aplicación, los que hubiese querido el causante, son absolutamente irrelevantes para obligar al sucesor, que entonces es totalmente libre respecto a los bienes recibidos, que entran en su poder sin asumir por recibirlos obligación ninguna de hacer o no algo o de destinarlos a algún fin determinado.

Si se impone la carga que sea, o se expresa el objeto (fin) de la institución o la aplicación (destino) de los bienes, constando que ello se hizo con ánimo de hacer depender el llamamiento a la sucesión de la realización del hecho que sea (cumplimiento de la carga impuesta, consecución del fin perseguido, haberse aplicado los bienes al destino deseado), el caso es realmente de institución

MANRESA, *Comentarios al C. c.*, VI, 7.ª ed., 1951.

OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, 1957.

PUIG BRUTAU, *Fundamentos del Derecho civil*, V, 2.º, 2.ª ed., 1977.

ROCA SASTRE, Anotaciones a la trad. esp. de Kipp, *Derecho de sucesiones*, I, 2.ª ed., 1976.

ROYO, *Derecho sucesorio*, 1951.

SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed., VI, 1.º, 1910.

SAUTAMARÍA, *Comentarios al C. c.*, I, 1958.

SCAEVOLA, *Código civil comentado*, XIII, 5.ª ed., 1944.

TORRALBA, *El modo en el Derecho civil*, 1966.

VALVERDE, *Tratado de Derecho civil*, V, 4.ª ed., 1939.

(1) Aunque el 797, 1.º, sólo para referirse al *objeto* de la institución, dice que «se exprese», sin duda que su espíritu cuando habla de la *aplicación* que haya de darse a lo dejado, se dirige también al caso de que «se exprese» asimismo dicha aplicación. No es únicamente por lógica por lo que hay que entenderlo así, sino porque lo mismo el artículo 714 del Proyecto de 1851 que el 884 del Anteproyecto de 1882-1888 decían: «La expresión del objeto o aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador...», con lo que se ve claro que los autores del Código quisieron cambiar, no la idea, sino la redacción, consiguiendo sólo empeorarla, pues lo que se pretende significar no se refiere, como ahora dice el Código, «a la aplicación que haya de darse...», sino «A LA EXPRESIÓN de la aplicación que haya de darse...».

(2) Siempre lo tiene, por supuesto, en el sentido de que persigue que los bienes vayan al instituido. Pero ahora no se trata de eso, que obviamente no puede faltar, sino de que persiga, además, algún otro propósito en particular, si es que lo persigue.

condicional, y la aparente imposición de la carga o expresión del objeto o aplicación no son sino maneras de hacer ver que el hecho en cuestión, ha de tener lugar para que el instituido suceda.

Y queda la hipótesis que importa aquí: la de que la carga se haya impuesto o expresado el objeto o aplicación, sin que parezca ello querido como condicionante.

Entonces, desde luego, hay institución modal, o con carga o gravamen, en el primer caso, heredando, desde luego, el instituido sin necesidad de llevar a cabo el hecho en que la carga consista, porque la institución no está pendiente de que lo realice o no, pero quedando obligado a realizarlo desde que hereda. De modo que se tratará, no de persona que será heredero si cumple la obligación impuesta, sino de heredero que al serlo asume la dicha obligación. Eso es lo que se significa con la frase: la condición suspende, pero no constriñe, y el modo constriñe pero no suspende. O «*condicio non est in obligatione*», «*modus est in obligatione*».

Mas, lo dicho sobre que la condición no obliga, y el modo sí, y que aquélla suspende, y éste no, es algo sabido y acogido unánimemente por doctrina y jurisprudencia; por lo que realmente lo que importa aclarar es si la expresión del objeto de la institución o de la aplicación que haya de darse a lo dejado, que no se vea que son condición puesta al instituido, son carga que se impone a éste.

Creo que sí, y que por eso el artículo 797, 1.º, debería haber dicho que la expresión del objeto o la del destino se entenderán como carga, a menos que conste que no son queridas como tal; y, además, que lo mismo aquéllas que ésta, se entenderán como condición sólo cuando se vea voluntad de someter a ellas el llamamiento.

Aunque no sea eso lo que literalmente dice el artículo 797, 1.º, ese es su espíritu; de manera que cuando se expresa el objeto (fin) perseguido por el testador al instituir, se estimará que se impone como carga al instituido la consecución de tal objeto (fin). Y cuando se expresa la aplicación que se quiere para lo que se deja, se estimará que se impone como carga al instituido el aplicarlo a lo expresado. Todo ello —insisto— salvo que se vea voluntad de que no.

Lo que digo, se basa en que en el total sentido del artículo 797, 1.º, lo más lógico es pensar que si no se entiende como condición la expresión del objeto o de la aplicación, es que se entiende como carga, pues, en otro caso, la carga sería carga, y la expresión del objeto o de la aplicación, o valdría como condición, o sería irrelevante, lo que (tanto valer como condición, que ser irrelevante) parece menos lógico que la solución que señalo.

Nuestra doctrina, quizá por considerarlo innecesario, no hace, por lo general, las observaciones que he expuesto sobre los tres casos distinguibles de expresar el objeto de la institución, de expresar la aplicación de lo dejado, y de imponer carga al instituido. A los tres casos (al menos implícitamente) los iguala, es decir, los

considera como de imposición de carga (3). Únicamente Scaevola (4), aunque también los iguala, los distingue, hablando de que «el Código en el artículo 797 se refiere a tres géneros de obligaciones: 1.^a, la expresión del objeto...; 2.^a, la aplicación de los bienes...; 3.^a, la carga impuesta....»

II. APLICACION DE LA REGLA DE QUE EN CASO DE DUDA SE ESTIMA QUE EXISTE CARGA, Y NO CONDICION

Según lo dicho, para que se estime que la figura ante la que se está, en el caso que sea, es condición, ha de constar así, pues, si no, se considera carga. Es decir, que si hay duda, se opta por la carga.

Tal es el sentido de la expresión del artículo 797, 1.º, parte final, cuando dice que: «...no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su [del testador] voluntad». Y en ese sentido la toma la doctrina (5) y la jurisprudencia (5 bis).

Aparte de la clara letra de la ley, el optar, en la duda, por la carga se apoya en que es menos limitación que la condición, por lo que debe ser preferida, ya que las limitaciones no se presumen y han de interpretarse restrictivamente.

Una de las más salientes consecuencias de estimar que hay carga, y no condición, es la de que no se aplique el artículo 759, siendo transmisible a los herederos del heredero (art. 797, 2.º) lo dejado a éste, aun cuando muera antes del cumplimiento.

En numerosas sentencias, el T. S. se ha ocupado si en el caso juzgado se estaba ante condición o ante carga impuesta en el testamento de que se trataba (5 ter).

(3) Así, CASTÁN, pág. 186, PUIG BRUTAU, pág. 488, MANRESA, págs. 248 y 249, Díez-PICAZO y GOLLÓN, pág. 494, SANTAMARÍA, págs. 782 y 783, SÁNCHEZ ROMÁN, pág. 620, ROCA SASTRE, en KIPP, pág. 591, que dice: «Basta que el testador exprese el fin, objeto, destino o aplicación de cosa o cantidad, para que exista el modo, siempre que dicha expresión no envuelva una simple recomendación o deseo». También la sentencia de 18 diciembre 1965.

(4) Págs. 847 y 848.

(5) Advirtiendo algún autor, como MANRESA, pág. 251, que para que se considere condición ha de constar voluntad *indudable* de haber sido querida así por el testador. De cualquier manera, con unas u otras expresiones, como de que se vea o conste *claramente*, o *con seguridad*, etc., otros muchos autores, como SCAEVOLA, p. 849, LACRUZ, p. 317, ROYO, p. 150, OSSORIO, p. 231, SANTAMARÍA, p. 782, Díez-PICAZO y GULLÓN, p. 503, CLEMENTE DE DIEGO, p. 144, LUNA, *Disciplina*, cit., en loc. cit., pp. 115 y 116.

(5 bis) Sentencia de 18 diciembre 1965.

(5 ter) Sentencias como las de 2 enero 1928, 4 junio 1936, 18 diciembre 1953, 27 septiembre 1961, 18 diciembre 1965, 28 mayo 1969.

III. EL AFIANZAMIENTO QUE DEBE PRESTARSE DE CUMPLIR LA CARGA

1. *El apartado segundo del artículo 797*

«Lo dejado de esta manera [con carga, o con expresión del objeto o de la aplicación, y esto se sobreentiende siempre, en adelante] puede pedirse —dice el art. 797, 2.º— desde luego, y es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación».

En mi opinión —y partiendo de que se contrae la obligación de cumplir la carga— el espíritu de este precepto, por lo que dice, o combinado con las reglas generales, es:

— Que el heredero sucede sin más, como sucedería si fuese puro.

— Que los herederos del heredero sucederían también sin más a éste en los bienes que sea.

— Que para poder entrar en posesión de los bienes debe afianzar lo mismo el heredero que el heredero del heredero (6).

— Que si no se afianza, ciertamente que se sucede, pero los bienes se deben poner en administración hasta que la carga se cumpla.

— Que la fianza debe de cubrir el cumplimiento de la carga, y en su defecto, la devolución de los bienes y la de sus frutos e intereses.

Hay que entender, por supuesto, que de la fianza puede dispensar el testador (6 bis). En cuanto a pedir que se constituya, creo que podrán hacerlo quienes puedan pedir el cumplimiento de la carga (6 ter).

(6) Obrando en nombre de uno u otro su representante legal, cuando sean incapaces. La sentencia de 24 abril 1907 declaró que debe de afianzar la sindicatura del concurso de la legataria (se trataba de que el testador había instituido a ésta con carga, y que luego fue declarada en concurso de acreedores), puesto que «destinándose el capital legado, como los demás bienes del concurso, al pago de acreedores, a la sindicatura que los representa no se le puede reconocer mayor derecho que el que los legatarios tienen sobre los bienes del legado, ni cabe dispensarle, al subrogarse en estos derechos, de la obligación de aseguramiento que tendrían aquéllos a tenor de lo prescrito en el antes citado artículo 797, sin el que podría quedar burlada la voluntad de la testadora».

(6 bis) Así lo reconoce la jurisprudencia (sentencia de 11 marzo 1911), la doctrina (por ejemplo, TORRALBA, p. 237) y lo dice explícitamente algún Código extranjero, como el italiano, artículo 647.

(6 ter) Algunos opinan que también puede pedir que se constituya la fianza quien heredaría si por incumplimiento de la carga se resuelve la institución modal (ver TORRALBA, pp. 236 y 237, y allí citas).

Es inseguro que eso sea así, ya que tal heredero subsidiario parece

2. Debe afianzar el heredero y no sólo sus herederos.

Aunque literalmente el precepto dice que lo dejado «es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento...», me parece que su espíritu no es referirse a que la fianza sólo sea exigible a los herederos del heredero, cuando muriendo éste, se halle pendiente todavía el cumplimiento de la carga (7), sino que es establecer que sobre ser exigible al heredero para recibir los bienes, lo es también cuando él no la haya prestado (7 bis), a los suyos para que los reciban. Porque así se expresa que la carga no es obstáculo para la transmisión de los bienes (es decir, para la sucesión en ellos) del heredero a sus herederos (7 ter), como tampoco lo es el término para la transmisión a éstos de los derechos del heredero a término (art. 799), y a diferencia del caso del heredero bajo condición suspensiva, en que su derecho a la herencia no se transmite a los suyos si muere estando pendiente el cumplimiento de la condición (art. 759).

La opinión de que, a pesar del tenor literal del artículo 797, 2.º, el afianzamiento es exigible al heredero del testador, y no sólo a los herederos del heredero, es la acogida por la mayoría de la

llamado a intervenir cuando el cumplimiento falte, mas no podrá instarlo ni asegurarlo (como se haría afianzando)? Su interés, ¿es para *si no se cumple*, con lo que no lo tendría para hacer cumplir, y careciendo de interés en ello, no está facultado para exigir el aseguramiento?

Aunque su interés sea para *si no se cumple*, no se olvide que cabe que le convenga instar el cumplimiento, al menos con el fin de ver si no se lleva a efecto, y entonces poder promover la resolución de la institución. Mas si por esa razón puede pedir el cumplimiento, ya cae simplemente bajo lo que digo en el texto, de que pueden pedir el afianzamiento quienes puedan pedir el cumplimiento.

En cuanto a que realmente el incumplimiento permita resolver la institución, es tema que no corresponde tratar aquí.

(7) Pues si ya estaba cumplida, hubiese afianzado en su momento o no el heredero del testador, los bienes se transmiten de oquél a sus propios herederos sin obligación de cumplir carga alguna, y no hay, pues, por parte de éstos necesidad de afianzar nada.

(7 bis) Pues si la prestó él, garantiza el cumplimiento de la carga por él o por sus herederos; por lo que éstos no tienen que afianzar de nuevo. Salvo, se sobreentiende, si alcanzando la fianza sólo al cumplimiento personal por el heredero del testador, quedase sin garantía, al morir éste, el cumplimiento de la carga por sus herederos.

(7 ter) Ni siquiera la carga es obstáculo para la transmisión de los bienes del heredero del testador a los herederos del heredero, aunque sea personalísima de éste. Ello por la razón de que una de tres: 1.º O al morir el heredero del testador, pendiente el cumplimiento de la carga, éste, al ser personalísima, se hace imposible inculpablemente, pero de forma absoluta, y entonces la obligación modal se extingue, y los herederos del heredero reciben los bienes libres de ella. 2.º O a pesar de ser personalísima, cuando se hace imposible inculpablemente por muerte, cabe su cumplimiento análogo, y entonces el ser personalísima no obsta a que los herederos del heredero reciban los bienes con la obligación de cumplimiento análogo. 3.º O, siendo personalísima, el morir sin cumplirla el heredero del testador, no es inculpable (por ejemplo, tuvo tiempo de sobra, y ocasión de hacer lo que se le había impuesto, pero lo dejó pasar sin cumplirlo, y finalmente murió

doctrina (8) y por la jurisprudencia (9), aunque algunos autores discrepen (10), y se basa en que la razón es la misma en un caso y en otro, y en que la actual redacción del precepto, redacción que literalmente se refiere al afianzamiento por parte de los herederos del heredero (al decir que «es transmisible [del heredero del testador] a los herederos [del heredero] que afiancen el cumplimiento»), no tiene semejante espíritu ni persigue tal propósito, sino que se debe a un desafortunado cambio introducido en el texto correspondiente de los artículos 714, 2.º, del Proyecto de 1851, y 884, 2.º, del Anteproyecto de 1882-1888, que recogían la norma del actual 797, 2.º, texto que se alteró para suprimir un gerundio, «afianzando», que se sustituye por «que afiancen» (dejando igual, por lo que ahora importa, lo demás), pero semejante cambio empañó la claridad del texto antiguo, que nítidamente significaba la necesidad de que afianzase el heredero (11), y tuvo por resultado una formulación en la que no se ve sino la necesidad de que afiancen los herederos del heredero; formulación que, sin embarbo, no creo que pueda hacerse prevalecer sobre el claro espíritu del pasaje según sus antecedentes (12) y de acuerdo con el sentido común.

mucho después, sin haberlo realizado). Mas, incluso entonces podrá exigirse a los herederos la responsabilidad que sea en que incurrió su causante, o hasta podrá pedirse la restitución de lo que éste heredó con la carga y aquellos heredaron de él, pero mientras que la restitución no se obtenga, ni siquiera la carga personalísima incumplida culpablemente, impide heredar los bienes a los herederos del heredero.

(8) SÁNCHEZ ROMÁN, p. 621, VALVERDE, p. 172, nota 1, CLEMENTE DE DIEGO, p. 144, TORRALBA, p. 233, LACRUZ, p. 317, PUIG BRUTAU, p. 497, Díez-PICAZO y GULLÓN, p. 494, VALLET DE GOYTISOLO, *Comentario a las sentencias de 4 de junio y 18 de diciembre de 1965*, en RCDI, 1967, p. 229, OSSORTO, p. 232, DÍAZ CRUZ, *Los legados*, 1951, p. 475, BONET 298.

(9) Sentencias de 18 de diciembre 1965 (si bien implícitamente), de 11 de marzo 1911 (que aunque rechazó la necesidad de afianzar discutida en el pleito, porque había dispensado de ello el testador, declaró que de no haberlo, habría que haber afianzado, por su aplicación del artículo 797, en caso en que el afianzamiento se pedía, no a los herederos del heredero, sino a éste mismo) y de 24 de abril 1907 (que aunque —en mi concepto— en caso dudosamente de carga, aplica la necesidad de fianza exigida en el artículo 797, a la legataria a la que el testador había dejado los bienes con la supuesta carga).

(10) Como SCAEVOLA, p. 853, ROCA SASTRE, en Kipp, p. 597, SANTAMARÍA, p. 783. Aparte de ellos, hay algunos otros que exponen las dos opciones, sin decidir. Tal es el caso de CASTÁN, p. 187, DE BUEN, p. 373, nota 1, y ESPÍN, p. 320. De MANRESA, págs. 249 y 250, la verdad es que no he alcanzado a comprender lo que opina, aunque unos autores lo citan a favor de una opinión, y otros, de otra.

(11) «Lo dejado de esta manera —decían el Proyecto y el Anteproyecto— puede pedirse desde luego, y es transmisible a los herederos, afianzando el cumplimiento de lo mandado por el testador...». Luego, si se elimina el inciso entre comillas de «y es transmisible a los herederos [del heredero]», no hay duda de que el texto establecía que «Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego ...afianzando [quien lo pida, es decir, el heredero del testador] el cumplimiento...».

(12) No ya del Proyecto y del Anteproyecto, sino de las Partidas, que

3. Si no se afianza, se pondrá la herencia en administración.

Como ya sabemos, a diferencia de la condición suspensiva, la carga no deja la sucesión pendiente de su cumplimiento, sino que el traspaso hereditario se produce como si la herencia fuese pura, si bien quedando obligado el sucesor a cumplir la obligación con que se le gravó. En virtud de ello, hay que decir que aunque éste no afiance, heredará de todas maneras, si bien la herencia, en vez de serle entregada, deberá de ponerse en administración hasta que afiance o cumpla la obligación modal.

Pensar otra cosa, es decir, pensar que para heredar ha de afianzar, sería como someter la sucesión a la condición de que afiance. Lo que no tiene sentido no estando sometida a la condición de que cumpla la obligación, y siendo el afianzamiento el que, mientras que no se cumple, hace las veces del cumplimiento.

Así que cuando el artículo 797, 2.º, habla de que «Lo dejado de esta manera [con la carga] puede pedirse desde luego y es transmisible a los herederos *que afiancen el cumplimiento...*», hay que entenderlo en el sentido de que la falta de afianzamiento sólo obsta a que se pueda exigir la entrega de los bienes y a que la posesión de los mismos sea transferible a los herederos del heredero, si éste muere sin haber cumplido la carga.

A la administración de la herencia en el caso presente, creo que puede serle aplicable por analogía lo dispuesto en los artículos 801 y siguientes, aunque probablemente la administración no recaerá en el propio heredero gravado con la carga (equivalente al heredero condicional del art. 803, 1.º), que si no quiso afianzar antes, y por eso se puso la herencia en administración, no va ahora a afianzar como administrador.

IV. LA PRESTACION OBJETO DE LA OBLIGACION MODAL: SU CONTENIDO, POSIBILIDAD, LICITUD Y DETERMINACION

La prestación contenido de la obligación constitutiva de la carga que se impone al instituido *sub modo*, puede ser de cualquier clase, es decir «dar, hacer o no hacer alguna cosa» (art. 1.088). Pero, como en el supuesto de toda otra obligación, ha de ser posible, lícita y determinada o determinable.

El T. S. en sus sentencias ha juzgado casos de las más diversas obligaciones impuestas como cargas. Así:

En la de 9 de julio 1910, la de atender a unos incapaces.

En la de 2 de enero 1928, la de asistir y cuidar al testador y funerarle.

decían (6, 9, 21): «E a las vegadas fazen las mandas de otra guisa, a que llaman en latín modo, que quier tanto dezir como manera. E esta es como quando dize el testador: Mando a fulana muger mil maravedis, porque case con tal ome. E la manda que es fecha en esta manera, o en otra semejante della, vale; e deve ser luego entregado della aquel a quien es fecha, dando recabdo, que se trabajara de cumplir lo que el testador le mando...».

En la de 13 noviembre 1929, la de asistir al testador y ciertos de sus parientes hasta su fallecimiento, funerarlos y pagar sus deudas.

En la de 4 de junio 1936, la de invertir lo dejado en la alimentación de las personas que se indicaba (Hermanitas de los ancianos desamparados y los propios acogidos en la Institución).

En la de 30 de octubre de 1944, la de aplicar parte de los productos de lo dejado, en cierta obra devota en beneficio del alma de la testadora.

En la de 9 de febrero 1948, la de encargarse de la enseñanza de que se trataba, determinadas monjas.

En la de 6 mayo 1953, la de renunciar a la adquisición de ciertos bienes de determinada procedencia (13).

En la de 18 diciembre 1953, la de estar en su compañía, cuidándoles y atendiéndoles, hasta la muerte del testador y de su esposa.

En la de 17 marzo 1961, la de entregar a cierta Institución el remanente que quedase, después de cubrir las atenciones de que se trataba, de los rendimientos de una parte de la herencia.

En la de 27 septiembre 1961, la de pagar ciertas cantidades a cada uno de los restantes herederos.

En la de 4 de junio 1965, la de mandar aplicar una misa todos los días del año, con el correspondiente estipendio, por la intención del testador.

En las de 28 mayo 1969 y 23 junio 1970, la de vivir juntas las dos herederas, poseyendo y usufructuando todo su haber en comunidad, no pudiendo vender durante la vida de los dos los bienes de la herencia.

En la de 9 junio 1971, la de mantener a sus padres mientras viviesen, sanos o enfermos, siempre que trabajasen y le ayudasen, al heredero, en el negocio de panadería y comercio que tenía la testadora, mientras pudiesen.

La posibilidad y la licitud de la obligación modal creo que deben de ser juzgadas, en principio, a tenor del momento en el que se otorga el testamento (14), que es el en que normalmente se habrá medido la entidad y realizabilidad de la carga impuesta.

Pero pienso que cabe también que la posibilidad y licitud deban de ser juzgadas, no según el momento del otorgamiento del testamento, sino el de la muerte del testador o el en que haya de cumplirse la carga. Y que deba de tenerse en cuenta uno u otro de estos momentos, me parece que será procedente siempre que aparezca o sea razonable pensar que la voluntad del causante se encaminaba a imponer una carga calculada para juzgarla en ellos.

(13) Aunque esta sentencia, para referirse a la obligación impuesta, habla también de *condición*, sin embargo, es por inexactitud terminológica, y de lo que dispone se sigue indudablemente que el caso se conceptúa como de obligación modal.

(14) En el mismo sentido LUNA, p. 130, nota 69, y antes de ahora, yo mismo, *Derecho Civil*, I, vol. 2.º, 8.ª edición, 1983, § 96, núm. 11.

Pudiendo deducirse tal voluntad de lo que requiera un enfoque práctico de la realidad del caso ante el que se esté o de que el propósito perseguido se satisfaga mejor así. Como ocurriría si por haber sido imposible o ilícita la carga cuando se testó, pero habiéndola considerado admisible el testador, hubiese de desecharse a su muerte la validez de una carga perfectamente realizable de hecho y legalmente posible ahora (15).

Si en dicho momento del otorgamiento del testamento, la prestación es imposible o ilícita, en su día cuando el causante muera, la sucesión se adquirirá libre de la carga, pues la institución vale, pero la carga no (16), (17), a menos que, según lo dicho en el párrafo anterior, proceda juzgar la validez o licitud según el momento de la muerte o del cumplimiento.

Se exceptúa el caso de que creyendo el testador que la carga es posible y lícita, resulte del testamento que sin ella no habría hecho la institución. Entonces la imposibilidad o ilicitud de aquélla invalidan ésta (argumento art. 767) (18).

Cuando siendo la carga originariamente posible y lícita, se convierta después en imposible o ilícita, habrá que cumplirla en forma análoga o se liberará de ella el sucesor. Y por dar ahora una breve idea general del tema, que no es de este lugar, diré que si la imposibilidad sobreviene sin culpa del gravado (y lo mismo sea por caso fortuito que porque persona interesada en el incumplimiento frustra la posibilidad de la prestación) habrá de cumplir en forma análoga, si es posible, y si no, se libera, y si es por su culpa, equivale a incumplimiento, pudiendo exigírsele entonces o cumplimiento análogo, si cabe, o responsabilidad por incumplimiento o pedirse la resolución de la sucesión.

(15) Esta solución de juzgar, en ese caso, y por las razones dichas, la posibilidad y licitud de la carga, no según el momento de la muerte del testador, creo que es la más racional. Discrepo, por tanto, de la construcción que para el extremo en estudio hace LUNA, págs. 129 y 130, considerándolo como de «*posibilidad sobrevenida* [al morir el causante] *del modo imposible* [al otorgar el testamento]». Tal construcción es incongruente, creo, con los principios de que parte.

(16) Sobre el tema, véase LUNA, p. 124 ss. La carga se considera, por unos, por no puesta, por analogía del artículo 792. De «por no puesta» habla, en general, la sentencia de 30 octubre 1944, considerando 10.º. La misma solución puede alcanzarse apoyándose, no en ese artículo, sino en el hecho de que siendo el modo una disposición accesorio, su invalidez no perjudica a la principal (la institución). Por su parte, LUNA, p. 15, piensa que «la nulidad de la disposición modal gravando al heredero o al legatario de una obligación de cumplimiento imposible *ab origine* no influye sobre la eficacia de la voluntad negocial principal, y ello no porque el modo se tenga por no puesto, sino porque se trata de una disposición que no puede llevarse a cabo, y que por eso es ineficaz».

(17) Y no valiendo, no hay que cumplirla ni siquiera de forma análoga. En el mismo sentido, LUNA, págs. 128 y 129.

(18) Véase LUNA, p. 127.

V. SI LA CARGA IMPUESTA PUEDE CONSISTIR EN OBLIGACION QUE HAYA DE CUMPLIRSE EN VIDA DEL TESTADOR

Parece lo más corriente que la obligación que se impone al gravado con la carga, sea para cumplir después de la muerte del testador. Y, en efecto, en la mayor parte de los casos juzgados por las sentencias recogidas en el apartado anterior, se trata de gravámenes consistentes en conductas que el instituido ha de realizar una vez fallecido el causante. Pero en algunos de dichos casos, el deber que se impone al heredero *sub modo*, es, por lo menos en parte, el de llevar a efecto algo antes de que el testador muera (así, en el de las sentencias de 2 de enero 1928 y de 18 diciembre 1953, se le impone la obligación de asistir, cuidar y atender al causante hasta que fallezca). Ante ello, no hay sino aceptar que, según esa jurisprudencia, para el T. S. el gravamen puede ser para cumplir en vida del instituyente.

Pero, aun así, hay que preguntarse si es que el T. S. procede incorrectamente al estimar, en las sentencias vistas, admisible que la institución modal pueda abarcar incluso a obligaciones que hayan de ejecutarse viviendo el testador, o si es que en los casos de que se trata conceptuó el T. S. como instituciones modales, figuras que no son tales.

De cualquier modo, en sentencia de 18 diciembre 1965 ha dicho el T. S. que «el modo implica, siempre, una actividad del sucesor a realizar después de la muerte del causante».

Yo, por mi parte, considero que nada obsta a que el modo consista en obligación a cumplir en vida del causante. Y lo considero así porque siendo la esencia del modo una obligación impuesta al instituido, no se ve que sea impedimento para el mismo, el hecho de que tal obligación verse sobre conducta a observar viviendo el testador.

En abono de este punto de vista cabe alegar que la condición puede consistir en hecho que debe o pueda realizarse en vida de aquél, y que puesto que a la condición y al modo, en cuanto ahora importa (19), lo que les diferencia es que una hace depender de ella la sucesión, y otro no, aunque obliga a cumplir, pero se puede establecer —eso depende de la voluntad— el mismo hecho bien como condición, bien como modo, resulta que no siendo distintos por lo que toca a la realización antes o después de morir el causante, es posible invocar, para justificar que el modo consista en obligación a cumplir antes de tal muerte, el hecho de que la condición puede consistir en suceso acaecible antes de ella. Piénsese que en los casos juzgados por la jurisprudencia en las sentencias vistas, en que se imponía al instituido el deber de atender al

(19) Omisión hecha de que aquélla no obliga, y éste sí; extremo que no importa ahora.

testador hasta su fallecimiento, se hubiese dispuesto que el atenderlo era *condición* bajo la que se le dejaba la herencia. Con lo que, por lo menos, serían posibles como cargas modales para cumplir antes de la muerte del testador, aquellas equivalentes a hechos que pudiesen ponerse como condición realizable antes (20).

Ahora bien, una cosa es innegable, que lo mismo que si la condición se cumple (o incumple) antes de la muerte del causante, se sucede (o no se sucede) puramente, también cumplido antes el modo, se sucederá puramente.

Luego, lo que en realidad es posible es la institución con carga para cumplir antes, pero verdaderamente la sucesión se dará pura. De manera que con modo para antes de dicha muerte, puede haber *institución modal*, pero no *sucesión modal* (en la que el heredero recibe los bienes y asume la carga, *aún pendiente*, de cumplir la obligación que sea).

En conclusión, y especificando: en el caso de modo anterior a la muerte, si ya se cumplió la carga, se heredará puramente; y si se incumplió ya, se heredará también, pero sometida la herencia a resolución a petición de quien corresponda, puesto que no pendiente la sucesión del cumplimiento del modo, el incumplimiento de éste no impide que se realice aquélla, si bien la convierte en resoluble.

De todo lo dicho se deduce que si por modo se entiende la carga que asume el sucesor, no lo puede haber de obligación a cumplir antes de la muerte del testador. Pero si, dándole una más amplia acepción, se piensa que asimismo modo es la carga impuesta a quien se instituye, sí puede consistir en obligación a cumplir antes de la sucesión.

VI. EL CUMPLIMIENTO DE LA CARGA Y LA RESPONSABILIDAD DEL GRAVADO POR INCUMPLIMIENTO

El gravado con la carga debe cumplir la obligación modal, como cualquier otra que le incumba, puesto que se trata de una obligación como cualquier otra. Y las reglas a aplicar, falta de disposiciones específicas sobre el caso, son, en principio, las propias del pago de las obligaciones (20 bis).

La obligación modal la asumió el gravado con ella al convertirse en sucesor del disponente. Lo que si es heredero, ocurre al

(20) Creo que no se puede decir que como la carga modal, a la condición que equivale (salvo que una deja pendiente, y el otro obliga) es a la potestativa, sería aplicable por analogía el artículo 795, 1.º, a cuyo tenor el modo debería consistir en obligación a cumplir después de la muerte del testador.

Creo que no se puede decir eso porque a la excepción que establece el 795, 2.º, de «que la condición ya cumplida no pueda reiterarse», habría que añadir, por lógica, para el caso del modo, la de que el hecho en que consista el cumplimiento, sea posible sólo antes de la muerte del testador (como si la obligación era de cuidarlo hasta su muerte).

(20 bis) Igualmente TORRALBA, p. 231.

aceptar, y si es legatario, al adquirir automáticamente el legado cuando muere el testador (20 ter).

El tiempo del cumplimiento es el que hubiese fijado el testador, o que se desprenda la naturaleza de la obligación que sea. No establecido un momento, por uno u otro procedimiento, como, en principio, la obligación modal no está sometida a condición ni plazo, deberá de cumplirse tan pronto como naciendo la asuma el gravado (arts. 1.113, 1.º, y 1.125, 1.º), lo que tendrá lugar al adquirir la herencia o legado modal (21). Si no se hubiese señalado plazo de cumplimiento, pero de la naturaleza y circunstancias del caso se dedujere que se ha querido conceder, lo fijarán los tribunales, y lo mismo cuando se haya dejado a voluntad del gravado (art. 1.128).

Si éste no cumple voluntariamente, se puede exigir el cumplimiento forzoso en forma específica (22).

Cabe preguntarse si cuando el gravado observa la conducta que constituye la prestación a que se la obliga por la carga, aunque la lleve a cabo independientemente del gravamen que se le impuso, y aun desconociendo éste, tal cosa vale como cumplimiento de la carga. Por ejemplo, el causante estableció que el heredero debería repartir ciertas sumas entre los pobres, y éste las reparte ignorando que se le manda hacerlo. Es claro que si lo que se impuso como obligación no es repetible, no hay problema, pues el segundo *cumplimiento* se ha hecho imposible. Pero, ¿y si se puede volver a hacer? En el caso puesto, el heredero repartió por propia iniciativa las sumas en cuestión, ¿y ha de dar ahora otras nuevas para cumplir el modo?, ¿o, siendo de diferente cuantía, no se le computan las que ya entregó?

Parecería que por equidad, aunque falte el *animus solvendi* (y se entienda que ello quitaría a la ejecución carácter de cumplimiento), apoyándose en el principio de *favor debitoris* (o en la idea que lo inspira) y en que al fin y al cabo se ha cubierto el objetivo que perseguía el causante, debería estimarse que lo hecho por el gravado vale como cumplimiento de la carga.

(20 ter) Ver ALBALADEJO en el tomo XII, vol. 1.º, 1981, de los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, págs. 5 y 6.

La sentencia de 17 marzo 1961 literalmente dijo que se asume la carga al aceptar el legado modal, pero sin duda que su espíritu no discrepa de lo dicho en el texto y en el citado tomo XII, 1.º. Lo que hay es que una vez aceptado el legado modal adquirido —lo legado y la obligación modal— automáticamente, pero de forma provisional, al morir el causante, ya desde la aceptación no cabe rechazar después la obligación, luego, desde entonces, ésta se convierte en definitiva.

(21) Sentencia de 17 marzo 1961.

(22) Igual que en el caso de cualquier otra obligación. Esa es la opinión común en la doctrina, opinión que comparto yo mismo, aunque antes había mantenido lo contrario (con mi actual punto de vista y cita de autores, véase mi *Derecho civil I*, 2.º, 9.ª ed., 1983, § 98, núm. 9 y nota 6). A favor de la misma está también la jurisprudencia, sentencias de 13 noviembre 1929, 17 marzo 1961 y 9 junio 1971, aunque de forma implícita, pues no se plantea y resuelve específicamente el problema.

Sin embargo, no puede ocultarse que contra tales razones cabe aducir que falta el acatamiento al mandato del testador, y sobre todo que desde el punto de vista del Derecho positivo, hay un argumento que parece decisivo para negar que lo hecho por el gravado valga como cumplimiento. Se trata del siguiente: El artículo 795, 1.º, pide que la condición potestativa impuesta al heredero o legatario se cumpla por éstos «una vez enterados de ella». Ahora bien, eso significa que se persigue que la conducta en que consiste el hecho condicionante, se realice sabiendo que es *perdida* (22). Luego, con más razón —dentro de esa lógica, equivocada o no, de la ley—, hay que pensar que el espíritu del Código es que el instituido cumpla el modo sabiendo que está gravado con él. Pues si se exige que conozca la condición para que valga su cumplimiento, *al que no está obligado* (*condicio non est in obligatione*), más ha de exigirse que para que valga el cumplimiento del modo, *al que sí está obligado*, conozca que la carga le ha sido impuesta.

La prueba de que el gravado realizó la prestación modal sin tener conocimiento previo (que evidentemente el testador pudo haber confiado al instituido, por ejemplo, desde que otorgó el testamento; lo que no será infrecuente), correspondería a quien pidiese su *segundo cumplimiento*, ya que la prueba de las obligaciones incumbe al que reclama su cumplimiento (art. 1.214), y para demostrar que aún existe obligación modal, hay que probar que no fue extintivo el *cumplimiento* primero, y para ello hay que justificar que el gravado desconocía la existencia de la carga cuando realizó la conducta impuesta.

Por vía de esa prueba, y ante la dificultad de demostrar que ni aun por otro camino distinto del testamento conocía la carga el gravado, pienso que se anulará, de hecho, el riesgo de tener que cumplir por segunda vez. Cuando, además, en la práctica, el haber cumplido la primera, no puede sino hacer presumir, generalmente, que lo que se hizo se hizo por saberse obligado a ello.

Por lo que toca a pedir el cumplimiento del modo (23), puede hacerlo todo interesado (24), desde luego, creo que aquel al que favorezca la obligación modal (24 bis), pero asimismo quienes es-

(22) No digo que se realice *para* cumplir la condición, porque no es así, y, aun observada, se pudo haber realizado por otros motivos.

(23) Sobre el tema, véanse en particular TORRALBA, p. 208, PUIG BRUTAU, p. 499 ss., y LÓPEZ VILAS, p. 607 ss.

(24) Y las autoridades competentes si el modo es de interés público (antes R. D. de 27 septiembre de 1912, hoy Reglamento de las fundaciones culturales privadas, de 21 julio 1972, arts. 72 y 103 ss.).

(24 bis) La expresión de la sentencia de 4 junio 1965 de que el modo impone la obligación con que se grava, «pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado», no va dirigida a negar que el beneficiario del modo pueda pedir el cumplimiento, sino que pretende tan sólo señalar (para distinguirlo del legado) que no compete el poder de exigirlo como titular de un derecho subjetivo.

tén obligados o facultados para dar cumplimiento a la voluntad del testador, como los albaceas y herederos (arts. 902, 3.º, y 911), y los que recibirían los bienes en caso de resolución por incumplimiento, pues aunque éstos se hallen interesados, no en el cumplimiento, sino en el incumplimiento, es evidente que pidiendo que se cumpla, y no haciéndolo el gravado, es como pueden constatar el incumplimiento (25).

Si se incumple culpablemente (26), como ya he dicho, se puede pretender la resolución de la sucesión, pero, aparte de este remedio, como el gravado con la obligación modal *debe* la prestación y *responde*, como todo deudor, *por incumplimiento*, puede exigirsele responsabilidad, en vez de seguir el camino de pedir la resolución.

Ahora bien, eso supuesto, ¿la responsabilidad puede hacerse efectiva sólo sobre los bienes que le fueron dejados con la carga, o también sobre cualesquiera otros suyos?

Intuitivamente se tiende a pensar que si el modo es una limitación que grava la liberalidad modal, no debería haber más bienes afectados por el mismo (luego, también por su incumplimiento) que aquellos recibidos en virtud de la institución modal. Tal solución pienso, además, que sería la más equitativa.

Ahora bien, otro tema es el de si es la que acoge nuestro Código. O si más bien éste, que adopta el criterio de que el heredero responde incluso con sus propios bienes de las deudas del causante, de los legados, y, en general «de todas las cargas de herencia» (art. 1.003) (27), responde en los mismos términos por incumplimiento de la obligación modal.

A mí me parece que —justa o injustamente— un Código que establece la responsabilidad *ultra vires* por legados, congruentemente ha de encerrar espíritu también de responsabilidad *ultra vires* por modo; y al fin y al cabo se es libre de no asumir ni unos ni otro, no aceptando la herencia, o de limitar la responsabilidad aceptándola a beneficio de inventario. Por otro lado, respondiéndose sin límite, no sólo los legados, sino «de todas las cargas de la herencia», pienso que lo mismo por el modo, bien porque se entienda que la expresión lo engloba (que creo que es lo que es), bien porque, si no, ¿qué otro artículo más adecuado que ese para aplicar a un caso de carga de la herencia no contemplada en particular por la ley?

A favor de que responda sólo con los bienes recibidos, parece que podría alegarse que, permitiendo el artículo 797, 2.º, privarle —mediante la resolución— únicamente de éstos, lo más lógico sea pensar que únicamente responde con ellos. Si bien tal argumento tiene la respuesta de que resolubilidad y responsabilidad sean independientes; aquélla alcanza sólo lo recibido porque por defi-

(25) Véase lo que se dice *supra*, nota 6 ter.

(26) Para el caso de que sea sin culpa, procederá o el cumplimiento análogo o la liberación de la obligación.

(27) Mi opinión sobre la responsabilidad del heredero, en mi *Derecho civil*, cit., § 20.

nición, no puede alcanzar a más, ésta una vez asumida voluntariamente la obligación por el gravado, debe medirse, no por el mismo rasero que la revocabilidad (porque el límite de ésta viene impuesto por razones suyas), sino por la regla general que establece la responsabilidad ilimitada del heredero por cargas de la herencia.

La doctrina no está de acuerdo sobre el tema discutido. Hay quien opina que, por la propia naturaleza de la carga modal sus consecuencias, y así la responsabilidad por incumplimiento, digo yo, no pueden alcanzar sino a los bienes que recibió el gravado (28). Y hay quien opina que es ilimitada la responsabilidad del heredero *sub modo* (29).

Lo que llevo dicho es aplicable a la responsabilidad por incumplimiento de quien fue instituido heredero *sub modo*. Si el modo grava a un legatario, éste no responde «sino hasta donde alcance el valor del legado» (art. 858, 2.º).

Por supuesto, todo lo anterior, con independencia de que la legítima no puede ser lesionada ni por el modo ni por la responsabilidad por su incumplimiento.

(28) TORRALBA, p. 227 ss. CAMARAZZA, en *Commentario teorico-pratico al C. c.* de DE MARTINO, *Delle successioni testamentarie*, 1973, p. 317. Otros autores que limitan a lo recibido la responsabilidad por el modo, lo hacen porque piensan, en general, que el heredero tiene como regla su responsabilidad limitada a aquello. Este punto de vista no sirve a mis efectos, pues si yo partiese de la responsabilidad limitada, también estimaría limitada la del heredero *sub modo*.

(29) GANGI, *I legati*, cit., p. 234, GIANNATTASIO, *Delle successioni, Successioni testamentarie*, en *Commentario al C. c.*, de U.T.E.T., 1961, libro II, tomo 2, p. 264, DAGANZO, *Delle successioni*, II, 1941, p. 733.

Notas sobre una adición reciente al "Corpus" Jurídico Hegeliano (*)

Por MANUEL ALONSO OLEA

Catedrático. Director del Departamento de Derecho del Trabajo.
Facultad de Derecho, Universidad de Madrid

En las primeras páginas del *Derecho Civil de España* subrayaba don Federico de Castro la proclamación por Hegel del Derecho como «algo sagrado... la esencia del concepto absoluto..., de la libertad autoconsciente» (en la 2.^a ed., Madrid, 1949, del tomo primero, págs. 15 y 23; la cita de Hegel es de *Filosofía del Derecho* § 30); señalaba al tiempo agudamente, de un lado, la hoy sobradamente constatada influencia sobre Hegel de Rousseau, y de otro, ya entonces, «el influjo grande de las ideas de Hegel sobre los juristas», y la equivocidad de este influjo en su uso por posiciones partidistas.

Pienso que don Federico hubiera recibido con alborozo la publicación del inédito del que aquí doy noticia de un clásico cuya obra jurídica tan profundamente conocía. Sirvan pues estas notas como homenaje modesto al maestro del alumno; del alumno en todos los sentidos, comprendido el primero y propio de quien recibió de él las primeras y esenciales nociones de Derecho civil en sus estudios de licenciatura en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, en la asignatura «Derecho civil, Parte general» que de forma deslumbrante explicó en el curso 1942-1943, a mediados del cual, por cierto, apareció la primera edición del tomo I *Derecho Civil de España*.

* * *

Es noticia de primera magnitud para el mundo jurídico la primera edición, ciento cincuenta años después del fallecimiento de Hegel, de estos completísimos apuntes de clase de un alumno o alumnos ignorados que asistieron a su curso ordinario de Filosofía del Derecho en la Universidad de Berlín en el semestre de invierno del año académico 1819-1820 (cinco horas semanales, de

(*) HEGEL PHILOSOPHIE DES RECHTS, *Die Vorlesung von 1819/20 in einer Nachschrift*, editado por Dieter Henrich, Suhrkamp Verlag. Frankfurt, 1983 (388 páginas).

4 a 5 de la tarde, de 25 de octubre de 1819 a 18 de marzo de 1820).

Sitúan estas fechas el origen del manuscrito en las inmediatamente anteriores a la edición, única en vida de Hegel, de la propia *Filosofía del Derecho*, fechada por el editor en 1821, aunque están conformes todos los estudiosos en que se ofreció ya al público a finales de 1820. De forma que las notas que Hegel tuviera ante sí para la explicación del curso hubieron de ser las mismas de que se sirvió para la edición, si es que no fueron las galeras de esta, lo que explica el paralelismo de los textos. Volveré enseguida sobre esto.

* * *

Sobre la autenticidad del manuscrito —autenticidad en cuanto a que procede de Berlín y de la época en que Hegel dictó su curso— la investigación de Henrich elimina virtualmente toda duda, al tiempo que explica su aparición anómala en la Universidad de Indiana, en Estados Unidos de América del Norte, en 1969. Se conserva el recibo de compra por la Universidad (extendido en 22 de mayo de 1896, por el módico precio de un dólar y cincuenta y seis centavos) a unos librereros neoyorkinos que originariamente habían sido filiales de una librería alemana, de la que se independizaron en 1852, que importaba a los Estados Unidos libros y manuscritos procedentes de bibliotecas alemanas, especialmente desde Leipzig. En la propia Universidad de Indiana existen también otros fondos de los mismos orígenes y época. Posiblemente, sigue Henrich, perteneciera el manuscrito a la biblioteca de Schulze, amigo y vecino de Hegel, biblioteca dispersada después y parte de cuyos fondos, por cierto, están en otra Universidad norteamericana, entre ellos un manuscrito de apuntes del curso de *Historia de la Filosofía*.

Su descubrimiento por Henrich, si no exactamente casual (Henrich estaba empeñado desde hacía tiempo en la búsqueda de fuentes hegelianas en bibliotecas norteamericanas) en la Biblioteca de la Universidad de Indiana, si fue por completo inesperado, porque allí yacía efectivamente el manuscrito, debidamente catalogado, y catalogado también en la Biblioteca del Congreso, e incluso debidamente catalogado en cuanto al autor y al título: «1819-1820, manuscritos misceláneos. Hegel, G. W. F., *Rechtsphilosophie...*», pero de todos olvidado y por todos ignorado.

* * *

La edición de Dieter Henrich comprende:

— Una Introducción (págs. 9-42) en que destaca la importancia de la nueva fuente, refiriéndose a una serie de concepciones hegelianas que a su juicio aparecen ahora especialmente desarrolladas o con claridad mayor. Señaladamente el giro del celeberrimo pasaje del prólogo de la *Filosofía del Derecho*, «lo que es razonable es real y lo que es real es razonable», que en las Lec-

ciones de 1819-1820 (de aquí en adelante *Lecciones*) aparece formulado como, «lo que es razonable devendrá real y lo que es real devendrá razonable», lo que quita a la formulación hasta ahora conocida, siempre a juicio de Henrich, su «tono-imperial declamatorio», para convertirlo en una formulación de tendencia histórica, según la cual lo que es tiende a hacerse razonable y lo que es razonable tiende a ser.

Puntos adicionales examinados en la Introducción son la crítica de la moralidad individual como base que trascendida genera la moralidad social, tema típico hegeliano; la concepción institucional «fuerte» del Estado con el príncipe o jefe del ejecutivo a su cabeza; y la forma como la pobreza se genera o puede generar en el seno de la sociedad civil.

Se cierra la Introducción con el habitual capítulo de reconocimientos, comenzando por el dirigido a la Biblioteca de la Universidad de Indiana por autorizar la publicación del manuscrito, y con unas indicaciones sobre cómo la edición se ha realizado y unas recomendaciones para su lectura.

— El texto mismo del manuscrito (págs. 35-291) con tipo y márgenes más amplios, y mayores interlineados (la edición es primorosa) con la seriación al margen de párrafos numerados, cada catorce líneas, y de las líneas mismas, que facilitan no tanto la lectura como la cita posterior de lo leído. El texto va precedido del índice que figura en el propio manuscrito, aunque en éste se inserta al final, se nos aclara.

— Una serie de apéndices (págs. 295-389) de interés vario, los más importantes de los cuales seguidamente se relacionan:

Información sobre la edición, que recoge la investigación sobre la autenticidad del manuscrito, la historia de éste, y sus posibles orígenes, a los que ya me he referido.

«Aclaraciones» y «cometnarios» que elevan la edición a la categoría de crítica, localizando las citas de Hegel, explicando la terminología y comparándola con el resto del *corpus* hegeliano —especialmente, es claro, con el texto de la *Filosofía del Derecho*— y llamando la atención sobre alguna posible imperfección del texto manuscrito, señaladamente la confusión que en algunos pasajes del mismo pueda haber entre *Identität* e *Idealität*. objeto además de un comentario adicional.

Comparación entre el manuscrito que se publica y el existente de un estudiante de Derecho, Wannemann, alumno en los cursos de Hegel, apuntes del curso 1817-1818, todavía no publicado.

Concordancias entre las *Lecciones* y el texto de la *Filosofía del Derecho*.

* * *

Naturalmente no es este el lugar para, ni la extensión de esta nota consiente, trazar ni siquiera en sus líneas generales la filosofía del derecho hegeliana, ni apenas para reflexionar sobre su impacto y sobre su vigencia actual, esta última puesta de relieve

por los dos relativamente recientes volúmenes (Franfort, 1975) de *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie* editados por M. Riedel.

Quizá pudiera decirse que, levantando su vuelo al atardecer como la lechuza de Minerva en la bella y tan citada metáfora hegeliana (contenida precisamente en el prólogo de la *Filosofía del Derecho*), tras un largo período, de casi un siglo, de oscurecimiento, triunfante Puchta y con él el historicismo sobre los epígonos de Hegel, virtualmente hasta la Binder-Laurenz-Busse, *Einführung in Hegels Rechtsphilosophie*, Berlín, 1931 (aunque quizá la «resurrección» hegeliana tenga raíces más profundas entre ellas una especie de «naturalismo» jurídico, cuya influencia en Alemania entrada la segunda mitad del siglo XIX fue decisiva [sobre estos temas R. Marcic, *Hegel und des Rechtsdenken*, Salzburgo-Munich, 1970, págs. 79-83; y F. Wieacker, *Ihering und der Darwinismus*, del que he usado una xerocopia según la cual forma parte de unos estudios dedicados a K. Lorenz; crítica apasionada y violenta contra Ihering este último]), tras un largo oscurecimiento, decía, la filosofía del Derecho de Hegel vuelve a tener actualidad. A ello han contribuido, sin duda, lo recién expuesto aparte, la primorosa edición de Hoffmeister, cuya última reimpresión que yo conozco es del año 1955 y su reaparición en el séptimo de los veinte tomos de *Werke* de Hegel, reedición en 1970, de Moldenhauer y Michel, de la edición de 1832 y 1845; y, como no había de ser así, la aparición de una, no la primera, excelente traducción inglesa, la de T. M. Knox (*Hegel's Philosophy of Right*, Londres, 1952; traducción anotada reimpressa en Oxford Univ., 1967 y 1969; contiene también las «adiciones» de Gans). Dicho sea de paso, la única versión española íntegra que conozco es la de A. Mendoza, 1.ª ed., 1937, 5.ª ed., Buenos Aires, 1968, traducida de la italiana de F. Messineo, *Hegel: Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, 1913; contiene también la «Crítica» de Marx).

* * *

Sí en cambio es pertinente algún comentario sobre lo que la novedad del manuscrito de los apuntes —obra de un calígrafo profesional sobre un borrador— del asistente al curso 1819-1820 representa respecto del original publicado por el autor.

Lo primero a destacar es la viveza expositiva patente para quien haga una lectura comparada de ambos textos, *Filosofía del Derecho* y *Lecciones*, o para quien recuerde el primero con la lectura del segundo. En las *Lecciones* ahora publicadas aparece la viveza expositiva de la clase oral, el titubeo del expositor, de Hegel, en algunas raras ocasiones y en otras ocasiones mucho más, su entusiasmo evidente ante determinados temas, sobre los que se extiende con morosidad. Si el equilibrio relativo entre las partes del libro escrito en parte se pierde en las *Lecciones*, muy sumarias respecto de algunos puntos, tiene en cambio la exposición oral que ahora se nos transmite la ventaja de que en ella se amplían determinados temas con un tratamiento más profundo,

y se exponen con una imagería en las formas de expresión a la vez más elocuente y más convincente. Tiene razón completa Henrich (pág. 376) cuando nos dice que el auditorio y las condiciones especiales de la exposición de Hegel reflejan una «influencia sustancial» en la exposición, que se refleja también en una mayor libertad de expresión, si comparada con la muy mesurada y contenida, a veces envuelta en un complejísimo lenguaje —aunque *La filosofía del Derecho* es una de las obras más «claras» de Hegel— a cuya inteligencia sólo trabajosamente llega el lector.

Ejemplo de lo que acabo de decir, son los tratamientos comparativos de la teoría general del contrato y de lo que Hegel llama «el sistema de necesidades» de la sociedad civil.

Mientras que la teoría general del contrato está tratada en la *Filosofía del Derecho* con relativa extensión, y con una especial insistencia sobre los arrendamientos de servicios, preocupado intensamente Hegel por separar la figura contractual de las formas serviles o cuasi serviles de prestar el trabajo por cuenta de otro (estudí este tema en *Inalienabilidad de la persona, alienabilidad de los servicios. Apunte sobre el tema en Hegel y sus precedentes*, publicado en este ANUARIO, tomo XXVIII, fasc. IV, 1975, págs. 875-896), en estas *Lecciones* el análisis es extremadamente conciso y sumario (tres páginas apenas, 81-83). Con todo, curiosamente, no deja de aparecer también en las *Lecciones* la distinción entre contratos gratuitos y contratos onerosos, llevada, tema típico hegeliano, precisamente a las prestaciones de servicios (distinción entre donación o regalo de servicios, *Geschenk einer Dientsleistung*, y arrendamiento de servicios o contrato de trabajo o de servicios prestados contra salario, *Lohnvertrag*) y desde luego a los contratos sobre las cosas. No tan somero, pero también mucho más reducido es el análisis de la posesión y de la propiedad, difuminándose en esta última la concepción de Hegel del dominio como actualización real del derecho de una persona a poner su voluntad en una cosa haciéndola así suya (*Filosofía del Derecho* §§ 44-46), para insistir en cambio sobre la inalienabilidad de la persona y lo «risible» de la concepción, probablemente frente a Leibniz, de que nadie pueda ser propietario de mi cuerpo, como diferente de su alma o de su espíritu: quien se hace dueño de mi cuerpo se hace dueño de mí mismo, «quien ocupa mi cuerpo me ocupa a mí mismo como libre», desapareciendo así mi libertad y con ella mi personalidad. «Esta es la antinomia de la esclavitud» (*Lecciones*, pág. 73), la razón de su inexistencia radical como derecho.

Si no exactamente lo contrario algo distinto ocurre con el análisis del «sistema de necesidades», la satisfacción de las del hombre en cuanto tal viviendo en sociedad, lo que hoy llamaríamos *Economía política*, y que por cierto Hegel designa con este nombre preciso (*Staatsökonomie*; en *Lecciones*, 3.^a 2.a; pág. 152). Por lo pronto la extensión de tratamiento del tema, considerable en ambas, es aproximadamente la misma en *Filosofía del Derecho*

y en las *Lecciones*, no obstante ser en su conjunto más extensa la primera que las segundas. Y si bien sólo con esfuerzo se puede compartir el parecer del editor (págs. 18-23) de que lo que caracteriza las segundas respecto de las primeras es como se pinta en aquéllas la posibilidad de surgimiento de la pobreza en el seno de la sociedad, sí es cierto, en demostración de lo que ya he dejado dicho, que en las *Lecciones* las formas de expresión son, por así decirlo, más espectaculares y rotundas: las necesidades no tienen «ningún límite inmanente» (pág. 153); «por la división del trabajo se convierten los trabajadores cada vez más dependientes» (pág. 159; más adelante, «los individuos son cada vez más dependientes a través de la división del trabajo... [lo que les lleva a una] degradación moral», pág. 194); la máquina sustituye al instrumento y separa al hombre del trabajo y simplifica éste de tal forma que ya «no es necesaria ninguna inteligencia especial para ejercitarlo» (pág. 159), a lo que se une una consideración de modernidad sorprendente, si algo puede dejar de sorprender en Hegel, entre la herramienta, instrumento o útil, y la máquina, que el trabajador utiliza, ambos frutos del trabajo anterior de otros hombres («los que primero los usaron están muertos y olvidados, pero lo objetivo [el útil] se mantiene a través de las generaciones», manifestación pues del espíritu humano, de lo humano como especie, encarnado en sus obras); pero el útil sujetado por completo a su control y por el movido y manejado, «sirviendo a su trabajo», y la máquina incorporando fuerzas naturales domadas (págs. 159-160) que de alguna forma tienden a imponerle su ley, que le desplazan y se ponen en su lugar (la distinción, en los mismos términos, en Ortega, *Meditación sobre la técnica*; en la ed. Madrid, 1968, págs. 90-91 y 97).

Pero, esto aparte, el esquema general de tratamiento es similar; parte desde luego de la distinción tan característica, reflejada en los índices de la *Filosofía* y de las *Lecciones* (quizá los de éstas sean una adición posterior tomada de aquélla; aparecen al final del manuscrito, como ya se dijo) entre la *Sociedad [civil]* y el Estado, que con tanta claridad separa Hegel de sus predecesores, respecto de los cuales es simbólico el título mismo de la obra capital de teoría política de Locke, el [segundo], *Tratado del Gobierno Civil*. Partiendo de esta distinción Hegel vio claramente, como viera también Adam Smith —que tan profundamente influyó sobre él— y olvidaron los epígonos de éste, que la sociedad puede no ser bastante para la satisfacción de las necesidades de los individuos que la componen, y que por ello mismo en alguna medida es precisa la intervención del Estado para remediar las deficiencias consiguientes, la pobreza de algunos o muchos de sus miembros señaladamente entre ellas, cuya atención no puede dejarse abandonada, «a la doble contingencia de que exista un sentimiento generoso y de que quien lo tiene conozca la necesidad»; la beneficencia debe ser completada con las prestaciones públicas; pero esto está dicho precisamente en la *Filosofía del Derecho*

(§242), y no difiere grandemente de los pasajes correlativos de las *Lecciones*; así, en éstas, «la sociedad civil tiene el deber incondicionado de mantener al individuo que sea incapaz de mantenerse a sí mismo» (3.^a2.c; pág. 192).

Quizá hay en las *Lecciones* una atención especial dedicada a las causas y a los efectos del paro forzoso, en cuyo contexto se sitúa el pasaje recién citado, aparte de aparecer también en otros, y precisamente como generador de la pobreza: «la escasez de trabajo es la circunstancia que trae consigo la pobreza» (pág. 197), contemplando Hegel como contemplaba el desplazamiento de los hombres por las máquinas característico de las primeras fases de la Revolución industrial; con frases que recuerda a las de Ricardo Owen, «en Inglaterra el trabajo de muchos cientos de miles de hombres será ejecutado por las máquinas» (pág. 194; sigue la reflexión sobre la división del trabajo y la «degradación moral» que ésta ocasiona, a la que ya aludí). Innecesario es insistir sobre que la escasez de trabajo es hoy como entonces uno de los problemas cruciales de la vida colectiva.

La soltura de expresión del lenguaje en las *Lecciones*, comparadas con la *Filosofía del Derecho*, se muestra en otros pasajes. Por citar alguno característico mientras que en la *Filosofía del Derecho*, reflejo de su áspera polémica con Hugo, se muestra Hegel partidario decidido de la codificación y encuentra casi incomprensible la oposición a la misma, alistándose en el bando de Thibaut, pero sin aclarar demasiado en qué tipo de codificación piensa, en las *Lecciones* es claro que precisamente el Código de Napoleón es el que Hegel tiene a la vista, no ahorrando ni la referencia nominativa ni el elogio: «el Código Napoleón... contiene los grandes principios de la libertad de la propiedad y la derrota de los que soportan el feudalismo»; «triste episodio —recuerda con melancolía— aquel en que festivamente nuestra juventud quemó simbólicamente el Código Napoleón» (3.^a2.b; páginas 172-173). Por cierto que, en paralelismo estrecho con la *Filosofía*, en las *Lecciones* insiste también Hegel en la justificación de que «los españoles rechazaran la Constitución que Napoleón quiso imponerles» (2.^a3.a, pág. 229; en *Filosofía del Derecho*, ad. 176 a § 274; sobre el origen de estas afirmaciones, procedentes de un «Manuscrito llegado de Santa Elena», publicado en 1817, ver el comentario de Henrich, en págs. 325-326), no tanto por su contenido intrínseco como por ser la de Bayona una Constitución extraña, en el sentido de procedente de un extraño, e impuesta. Lo mismo casi exactamente diría, y es difícil pensar que hubiera leído a Hegel, años después Mesonero Romanos (*Memorias*, Madrid, 1880; ed. facsímil, Madrid, 1983; págs. 65, 73 y 76).

* * *

Sirven también las *Lecciones* para interpretar pasajes tenidos por oscuros de la *Filosofía del Derecho*. Así el muy debatido por su redacción enrevesada «... es ist der Gang Gottes in der Welt dass

der Staat ist» (§ 258), aparece en las *Lecciones* como «*Der Staat ist selbst die Offenbarung Gottes in der Gegenwart und in der Wirklichkeit*» (3.^a.3, pág. 223; *Offenbarung*, en contexto similar, también en pág. 214) siendo el sentido de ambas el bien directo y obvio que refleja la admiración casi inconmensurable, del arrobamiento, de Hegel ante el Estado elevado al plano de una epifanía, que aparece doquiera en su obra; en las propias *Lecciones* que estoy noticiando, por citar otros pasajes significativos, «el Estado como tal es anterior a la sociedad civil», «en el Estado encuentra por primera vez el individuo su libertad objetiva, y por tanto su libertad verdadera y real» (3.^a.3, págs. 208 y 209-210); en pleno ditirambo ya, «el Estado es templo de la razón, obra de arte del espíritu, algo mucho más elevado que la naturaleza» 3.^a.3.a.κγ; pág. 278). Esta es la admiración que Popper sometió a su crítica acerba y superficial, junto con una tampoco muy fundada acusación de «prusianismo» (K. R. Popper, *The Open Society and Its Enemies*, 12, I; ed. Princeton Univ., 1971, vol. II, págs. 31-35).

Un Estado, sin embargo, «liberado del fanatismo abstracto... como el que Robespierre quiso imponer en Francia» (pág. 218; también éste, la repudiación del Terror y el desencanto ante el giro de la Revolución francesa, es tema recurrente en Hegel); un Estado «encarnación del espíritu de un pueblo» (intr., pág. 56; una idea carísima esta a Hegel desde sus escritos de juventud; a ella me he referido en mi estudio *Una nota sobre el «espíritu del pueblo»*, en «Rev. de Estudios Políticos», núm. 24, 1981).

También, para concluir, las *Lecciones*, como la *Filosofía*, se cierran con páginas esplendorosas que marcan el tránsito del espíritu particularizado en cada pueblo al espíritu universal que se expresa en la historia humana entera.

* * *

Pero ya dije que no creía fuera ocasión, supuesto que pudiera, de trazar las líneas generales de la filosofía política y jurídica de Hegel, en la que, sin querer apenas, he comenzado a entrar. Concluyo aquí por tanto reiterando la importancia de la adición al *corpus* hegeliano que las *Lecciones* significan. Y esperar que podamos en su día disfrutar de una buena traducción de ellas; y de la propia *Filosofía del Derecho*.

Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el "Derecho civil de España"

Por MARIANO ALONSO PEREZ

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Salamanca

Hace años mantuve una conversación con don Federico de Castro en la sede del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, al término de la cual me atreví a invitarle a pronunciar una conferencia en la Universidad de Salamanca, de la que por breve espacio de tiempo y en circunstancias difíciles había sido catedrático en los inicios de su vida académica. Amablemente declinó mi invitación por razones muy atendibles. Pero me dijo una frase que ahora revivo como punto de partida para escribir estas líneas: «Salamanca es una ciudad muy apropiada para realizarse como persona». También como el interrogante de Pilato a Cristo sobre qué es la verdad, tendría yo que preguntar al más eximio jurista español de nuestro siglo «qué es la persona», y su respuesta, hoy nítida para él desde la luz inmarcesible de la «Allendidad» eterna, tiene sin duda una configuración fecunda desde la «aquendidad» de su obra fundamental, *El Derecho civil de España*.

Puede afirmarse con toda exactitud que el hilo conductor de esta obra antológica del profesor De Castro, y en general de su densa labor creadora, reside en el puesto central que ocupa la persona en el ordenamiento jurídico español. Nadie como él en nuestro país atinó en señalar la preeminencia de esta categoría para dar con el punto exacto en que debe situarse el Derecho civil, y los autores coetáneos o posteriores han repetido desde diversas perspectivas lo que don Federico profundizó y enriqueció en muchas páginas de su «Derecho civil de España».

Desde su tomo II del «Derecho civil de España», el Derecho de la persona adquiere un nuevo tratamiento, autónomo y sustantivo. Huye por igual de la dogmática pandectista, con sus abstracciones simbolizadas en la llamada Parte General, como de diluir la regulación jurídica de la persona en las instituciones de la Parte Especial (1).

La sustantividad del Derecho de la persona, retomando la clá-

(1) *Derecho civil de España*, II, pág. 9.

sica sistematización de Gayo, se afirma clara e insistentemente en las primeras páginas del tomo II (2). Llama la atención sobre los graves peligros que amenazan al Derecho civil, si el Derecho de la persona no se constituye en una parte autónoma: reducirla a la abstracción de sujeto de derecho, de seguir el modelo alemán de la Parte General; olvidar los principios de la libertad y de la responsabilidad inherentes a la persona, si convertimos su regulación jurídica en una parte del Derecho de Familia; si la consideramos como elemento de la autonomía privada, los valores de la persona se sacrificarán a la seguridad y rapidez del tráfico (3).

Pero don Federico no sólo ha dedicado el tomo II de su «Derecho civil de España» al Derecho de la persona, para significar de forma definitiva y sin precedentes hasta su obra «el valor central, que por sí tiene la persona en el derecho privado» (4). En el tomo I, verdadero *Corpus iuris moderno*, aunque lo titule —yo diría humildemente— de Introducción al Derecho civil, nos adentra el gran maestro en la que considera auténtica significación de la persona. No hay un análisis del concepto, ni de sus connotaciones básicas, que reserva para la segunda parte, pero se presienten con nitidez sus posiciones. El tomo se salpica constantemente de referencias a la concepción y valor de la persona, como pilar más robusto de su obra. Desde su fe indoblegable de creyente católico, sus afirmaciones traducen el más profundo reconocimiento a los altos valores de la persona: «el mandato de la comunidad no puede lícitamente atentar contra la dignidad personal» (5). Influido por el Yusanaturalismo tomista y por el de nuestros teólogos juristas —Vitoria, Soto, Molina, Báñez, Suarez (6)— señala «el carácter instrumental del Derecho positivo... que ha de colaborar a la perfección de la persona..., a que la comunidad sirva no a su propio egoísmo, sino a los valores más altos del hombre» (7).

La sustantividad y excelsitud de la persona, que De Castro extrae de la mejor tradición católica nacional, sea de nuestros textos jurídicos —Partidas, Leyes de Toro, etc.— sea, en especial, de los

(2) Alaba la reforma administrativa del plan de estudios, que reemplazó la Parte General por una Introducción y Derecho de la persona y «acostumbra a los cultivadores del Derecho a considerar como una materia especial, como la primera institución del Derecho privado, al Derecho de la persona» (*Derecho civil...*, II, pág. 17). La idea es particularmente cara a don Federico: «comenzar por la persona, como hiciera Gayo, parece lógico, porque sin ella no es imaginable ninguna institución jurídica... Colocada la persona en el primer lugar del sistema del Derecho privado, se logrará impedir sea reducida a elemento o parte de cualquier comunidad..., y se recordará que *hominum causa omne ius constitutum sit*»: D.1,5,2 (*op. últ. cit.*, pág. 18).

(3) *Derecho civil de España*, II, cit., pág. 18.

(4) *Op. últ. cit.*, pág. 20.

(5) *Derecho civil de España*, I, pág. 40.

(6) No hay duda de que el P. Suárez es el autor predilecto de don Federico, a juzgar por los elogios —sin duda merecidos— que le tributa y del que se reconoce sinceramente deudor en la elaboración de capítulos importantes de su obra (*Derecho civil...*, I, pág. 177).

(7) *Derecho civil de España*, I, págs. 40-41.

grandes maestros de la teología —Vitoria, Molina, Suárez, etc.— o del Derecho —A. Agustín, G. López, Covarrubias, etc.— está patente en todo el volumen primero de su magna obra. Veamos algunas manifestaciones:

A) El Derecho público y el Derecho privado sirven, respectivamente, a los principios de la comunidad y de la personalidad. Principios que la doctrina católica vio siempre funcionando en la unidad interna del Derecho. Con todo, se reconoce a la persona realizando fines sustantivos, y a la comunidad con misión instrumental de hacer respetar y proteger a la persona (8).

B) El concepto y significación del Derecho civil se vincula esencialmente a la persona (9): aquél «adquiere todo su significado considerando a la persona en la rica variedad de la vida social, en la realidad concreta de los distintos puestos de mando y servicio, en su dignidad y en su honor, dentro de la organización jerárquica de la familia y como miembro de la comunidad nacional» (10).

C) Es evidente que para don Federico, la fisonomía peculiar del Derecho civil consiste en determinar el puesto y significado jurídico de la persona y de la familia, de modo que, a diferencia del Derecho Político —organizador de la estructura del Estado—, presenta el Derecho civil un *contenido inalienable* basado en las ideas de la personalidad y de la familia. La personalidad es principio orientador del Derecho privado. Persona, familia y tráfico de bienes están en estrecho *contacto* con las normas del Derecho Natural, dependen de ellas y están a su vez arraigadas en la concepción tradicional de la nación (11).

D) De Castro llega a su especificación del Derecho civil, como Derecho de la persona, a través de dos ideas que para él son obsesivas: el estrecho contacto que mantiene con el Derecho natural *sub specie aeternitatis*, y la tradición católica española. Dos ideas que en la actualidad son sumamente controvertidas y negadas por muchos, que parecen sonar a reaccionarismo caduco. Don Federico ha sabido extraerlas de la profundidad de su pensamiento y de sus hondas convicciones. Conocedor sumo de nuestras mejores esencias hispanas, las ha razonado sirviéndose de selecta y exhaustiva erudición, y está seguro de que resultan fértiles para llegar a entender nuestro moderno Derecho civil.

E) Incluso leyendo entre líneas, siempre hallamos la huella de su concepción personalista: cuando sostiene el valor del Derecho civil como Derecho común frente al Derecho mercantil,

(8) *Derecho civil de España*, I, pág. 99.

(9) Recuerda De Castro los dos grandes principios del Derecho civil, hoy contestados por poderosas fuerzas sociales: el de la igualdad (subrayado por Cicerón) y el de respeto a la persona (aportación cristiana): *op. últ. cit.*, pág. 126.

(10) *Derecho civil de España*, I, pág. 126.

(11) *Derecho civil de España*, I, pág. 128.

para «servir de contrapeso eficaz a la tendencia hacia la deshumanización del tráfico» 12); en el sometimiento del Derecho agrario y en general del Derecho privado «a la condición de las personas» (13); en su predilección por los teólogos juristas de la Escolástica española, por cuanto «el cuerpo de sus doctrinas es una defensa ardiente de los derechos y libertades de la persona» (14); en su apología de un Derecho civil nacional e hispánico, frente a importaciones foráneas y modas extranjerizantes, basado en nuestra rica tradición clásica defensora del valor y dignidad de la persona (15); en su concepción escolástica de un Derecho natural inmutable por su reflejo de la *Lex aeterna* y corresponder «a la naturaleza del hombre, no puramente biológica o social (*homo faber, homo oeconomicus*, etc.), sino esencial o final, en su dependencia y aspiración hacia Dios» (16); cuando analiza la eficacia constitutiva del Derecho, uno de cuyos efectos primordiales es «invertir al hombre con el valor de persona» (17).

La persona es la protagonista de la relación jurídica, según la concepción de don Federico. Tras criticar las diversas posiciones doctrinales, entre otras razones por no mantener la unión debida entre los elementos material y formal señalados por Savigny, la relación jurídica se valora «como situación jurídica en que se encuentra una persona respecto de otras» (18). No concibe las ideas de relación jurídica y derecho subjetivo, de no ser vinculadas a una adecuada noción de persona. Son tres nociones conexas (19). En fin, en su insuperable elaboración del concepto de derecho subjetivo, advierte que «a la persona, en reconocimiento de su valor de ser de fines, hay que dejarle un ámbito de libre actuación, una *potestas procurandi ac dispensandi*. No puede ser rebajada y reducida a la condición de simple medio ni siquiera de la comunidad» (20). Y no puede olvidarse que «el derecho subjetivo es un poder confiado al arbitrio de la persona, no entregado a su arbitrariedad» (21). De este modo, don Federico ve a la persona como

(12) *Derecho civil de España*, I, cit., pág. 139.

(13) *Derecho civil de España*, I, pág. 143.

(14) *Derecho civil de España*, I, pág. 174.

(15) *Derecho civil de España*, I, págs. 323-324.

(16) *Derecho civil de España*, I, pág. 466 y n. 2, al tratar de los principios generales de Derecho natural.

(17) *Derecho civil de España*, I, pág. 615.

(18) *Derecho civil de España*, I, págs. 621-622.

(19) El hombre a quien se le niega todo derecho subjetivo deja de ser persona. Todo el Derecho se manifiesta, fundamentalmente, visto sólo en torno a la persona, en el ejercicio de los derechos y en los negocios jurídicos. Pero la persona, recuerda De Castro, no está ni puede concebirse aislada. Se halla en relación con las demás personas, como miembro de la familia, primero, y luego de la comunidad (vid. *Derecho civil de España*, I, pág. 630 y n. 1, 2 y 3).

(20) *Derecho civil de España*, I, pág. 639. Insiste en esta idea fructífera cuando observa que la persona, «como miembro activo de la organización, no actúa fuera ni en contra de la comunidad, sino en función de ella. La *summa ars* de la política está en lograr un Estado fuerte y eficaz, apoyado en y reforzado por el desarrollo máximo de los valores personales» (pág. 640).

(21) *Derecho civil de España*, I, pág. 642.

un ser ético, teleológico, perfecto en sí mismo y portador de una dignidad inalienable, pero al servicio del bien común. Sólo a la persona, natural o jurídica, se reserva la titularidad de derechos subjetivos. Los derechos subjetivos tienen su base y su justificación en el respeto a la persona (22).

Estamos ahora en condiciones de interrogarnos por el significado y valor de la persona que nos ofrece De Castro, presentado con evidencia en el tomo I de su «Derecho civil de España», y que el volumen II expone ya con nitidez. Colocada la persona en el proscenio del sistema de Derecho privado, el excelso civilista analiza con exhaustividad las diversas concepciones jurídicas y filosóficas que en la Historia y en el Derecho moderno han tratado de configurar la significación de la persona (23). La persona no es para don Federico una creación del Derecho o un centro de imputación de relaciones jurídicas. Concepto formalista que ha presentado a través de la evolución histórica matices diversos: la persona es el hombre no en cuanto tal sino como actor de la vida social, de acuerdo con su etimología primigenia (24). En Roma, una concepción muy corriente del término «persona» se liga a la idea de *hombre*, quizá por influencia estoica (25). Notemos, sin embargo, cómo la idea de persona en sentido estrictamente jurídico, acaba imponiéndose no sólo en los autores literarios, sino incluso en el Derecho romano tardío y en los juristas del Derecho común. Por esa conexión a su origen etimológico, se habla de persona como «ente que actúa en el mundo jurídico», que ostenta una función social relevante para el Derecho, con independencia de su condición humana. Así se explica el criterio de Florentino sobre la personificación de entidades patrimoniales o morales (26), o que Teófilo afirme que los esclavos *non habent personam* (27). Siglos antes, ya Cicerón alude a la *personam civitatis* para referirse a un tipo específico de individualidad abstracta (28). Se apunta a la idea comúnmente aceptada, por influencia de la tradición romanista, de que la persona es el ente capaz de derechos y obligaciones, bien con relación al hombre o con referencia a ciertas agrupa-

(22) «Persona y derecho subjetivo son conceptos íntimamente unidos... El Derecho da a los hombres la cualidad de sujetos de derecho, en signo de reconocimiento de su valor como persona» (*Derecho civil de España*, I, pág. 646).

(23) *Derecho civil de España*, II, págs. 20 ss.

(24) La expresión griega *πρόσωπο* o su traducción latina *personare*, que recoge Aulo Gelio en *Noctes At.* 5,7, refiere la locución a la «máscara teatral» que reforzaba la voz de quienes actuaban en la escena y presentaba a los actores con una refracción del yo distinta a la de la vida real. Por metonimia acabó aludiendo al hombre como actor de la vida real, que representa papeles o roles diversos en el gran teatro del mundo, según el auto sacramental de Calderón.

(25) Claramente en Gayo (I,3pr.) al considerar como *summa divisio* del Derecho de personas la distribución de todos los hombres en libres y esclavos.

(26) ... *Hereditas personae vice fungitur, sicut municipium et decuria et societates* (D.46,1,22).

(27) *Parafrasis graeca*, trad. lat., 3,17 pr.

(28) *De officiis*, I, 34,124.

ciones u organizaciones que desempeñan funciones jurídicas. Los siglos XVI, XVII y XVIII nos ofrecerán autores protestantes que, también influidos por las fuentes romanas, conectarán la persona a la doctrina de los tres *status* (Althusio, Puffendorf, Heinecio) (29). Persona es quien se encuentra en una situación determinada como ser libre, miembro de la comunidad y enmarcado en un grupo familiar (30). Afortunadamente, la idea de persona como ser ligado al *status* fue rechazada por Hugo y, sobre todo, por Savigny, quien reconoce decididamente que el sujeto de derecho, la persona, es el hombre como ser dotado de libertad moral (31).

Se presenta así la persona, por influencia del Humanismo (32), como ser portador de derechos y deberes, o como miembro activo de la comunidad política. Concepción formalista y abstracta, que rebrota en nuestro tiempo: la persona como construcción jurídica o centro de imputación normativa (Kelsen y la Escuela de Viena), o como actor de la vida social, por derivación de la máscara del teatro antiguo (33).

Ninguna de estas manifestaciones formalistas o sociológico-jurídicas satisfacen a De Castro: minimizan su concepto, convierten un valor intrínseco en pura abstracción, encierran verdades tautológicas y desconocen su auténtica contextura social (34). Como diría X. Zubiri, un concepto así es falso por escamotear la «realidad» de la persona.

Al lado de su significación formal o técnico-jurídica, existe un concepto filosófico de persona, que el fallecido maestro examina detenidamente y que en unos aspectos admite y en otros rechaza. La Filosofía, en gran medida guiada por el pensamiento cristiano, se ha encargado de ofrecer un concepto irremplazable de persona que el Derecho se ha limitado a calificar jurídicamente. Viene a erigirse la personalidad en una entidad *a se*, dotada de un valor apriorístico —trascendental, diríamos con expresión kantiana— que el ordenamiento jurídico acepta. Concepción *realista* o *metafísica* que nace en Grecia con la idea aristotélica de «sustancia» (οὐσία), y que la teología patristica y escolástica predicán, ante todo, de Dios y del hombre, como reflejo de la divinidad. No es infrecuente encontrar el vocablo πρόσωπον referido a las Personas

(29) En conexión con el texto: *cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu... dicemus* (D.1,5,2).

(30) BURDESE, *Manuale di Diritto privato romano* (Torino, 1964), pág. 154.

(31) F. C. VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, I, trad. esp., págs. 272-273.

(32) Cfr. R. MARTÍN, *Personne et sujet de droit*, «Revue trim. de Droit civil», 1981, pág. 785.

(33) Ilustres representantes de la Escuela de Frankfurt exponen que la definición exacta del hombre como persona implica que, en el ámbito de las condiciones sociales en que vive, y antes de tener conciencia de sí aquél debe representar siempre papeles determinados, como semejante de otros hombres... hijo de una madre, alumno de un maestro, miembro de una tribu, practicante de una profesión (T. W. ADORNO y M. HORKHEIMER, *La sociedad. Lecciones de Sociología*, Proteo, Buenos Aires, 1969, págs. 46-47).

(34) Detenida crítica en *Derecho civil de España*, II, págs. 26 ss.

de la Trinidad. Los teólogos configuraron la esencia metafísica de Dios como «*Ipsum esse subsistens*» —sustancia a se— y en esta línea de pensamiento Boecio considerará a la persona como *individua substantia*. Santo Tomás ofrece una concepción de la persona que refleja muy logradamente esta evolución, como «lo más noble y perfecto en toda la naturaleza, sobre todo en la naturaleza racional» (35). Siglos más tarde, Leibniz (1646-1716) lleva a sus últimas consecuencias la concepción racional de la persona. Esta es la conciencia de la propia identidad, recuerdo de los sucesivos estados interiores en la unidad del sujeto. Ser persona significa afirmar continuamente la propia identidad del individuo racional (36).

A partir de Kant se inicia una concepción de la persona predominantemente ética. Su desconfianza en la omnipotencia de la *reine Vernunft*, le lleva a configurar la persona como «ser de valores y fines absolutos», que actúa con capacidad autonómica, domina el orden de los impulsos, se eleva por encima del hombre empírico o sensible (*homo phaenoumenon*) para adecuar sus acciones a las exigencias del yo racional (*homo noumenon*). El hombre es persona e nla concepción kantiana por ser un valor en sí mismo, porque puede someter sus impulsos a los imperativos de la razón pura y es portador de una dignidad (*Würde*) (37).

El idealismo alemán verá en la persona un ser dotado de reflexión y autoconciencia (*Selbstbewusstsein*). Hegel dirá que el Espíritu tiene como objeto y fin así mismo, como yo abstracto y libre, y de esa manera es persona. Aceptando el eticismo kantiano de la razón práctica, formulará su mandato jurídico: «sé persona y respeta a lo demás como personas» (38).

Con independencia de matices, a veces sustantivos, entre las diversas concepciones, parece que la persona, ontológicamente considerada, implica un atributo del hombre en cuanto «ser pensante, reflexivo, portador de una dignidad consustancial y de relaciones vitales con sus semejantes». La valoración ética no puede separarse de la metafísica. Ambas confluyen en la unidad esencial del hombre, ser individual, inteligente y comunicante. Aquí debe situarse la verdadera *ratio* de la persona.

El Derecho se limita a recibir, como una entidad preexistente, la valoración integral de la persona. Estamos, pues, ante una categoría dada y no creada por las normas jurídicas. Y al decir que el Derecho valora integralmente a la persona, nos referimos a que ninguno de sus aspectos cardinales le es extraño. La norma parte

(35) *Persona significat id quod est perfectissimum in tota natura, scilicet in rationali natura* (*Summa Theol.*, I,29,3).

(36) El tema fue bien tratado por SOLARI, *Individualismo e Diritto privato* (Torino, 1959), págs. 205 ss.

(37) Con razón piensa K. LARENZ que el personalismo ético de Kant influyó decisivamente en el pensamiento de los autores de B. G. B. (*Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München, 1975, pág. 28).

(38) G. F. HEGEL, *Filosofía del Derecho* (México, 1975), pág. 58.

de la idea ontológica de persona como «ente racional, autorreflexivo, libre y convivente, portador de una dignidad». Savigny, con acierto, recalcó en este orden de pensamiento la identidad entre ser racional, hombre = sujeto de derecho, persona (39). Detrás está la conquista inigualable del Cristianismo, que afirmó desde los tiempos evangélicos la ecuación hombre = persona. Este camino aconsejado por De Castro para definir la persona según el planteamiento cristiano, lleva indefectiblemente a que el Derecho, sin distingos ni restricciones, reconozca una situación jurídica al hombre como ser racional (40).

Reflejo de esta racionalidad constitutiva de la persona humana, ciertas agrupaciones de hombres u organizaciones de bienes reciben la calificación jurídica de persona. Supone la idea de «persona jurídica» una ampliación del concepto metafísico de persona, si bien no de modo arbitrario. El Derecho tampoco crea aquí la personalidad, sino que se limita a otorgar una investidura a ciertos entes colectivos que comportan, traslaticiamente, aspectos de la «reflexión» o de la «racionalidad humana». De ahí su organización, fines que cumplir, nacimiento y extinción, etc... (41).

En suma, la Filosofía perenne ha descubierto en la persona una autoconciencia, una dignidad, un finalismo *per se*, una encarnación de la libertad. El pensamiento político moderno, fiel a los principios democráticos, refleja estos criterios en los textos constitucionales. Con evidencia, el artículo 10,1 de nuestra Constitución: «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

Ni aun el pensamiento puro de la Metafísica o de la Ética tradicional lo acepta sin más don Federico cuando plantea el concepto de persona. Para el inolvidable maestro, ha sido el pensamiento cristiano —como ya recordamos— el que aportó la concepción más honda y auténtica de la personalidad, y en particular el de la teología católica española. Manifestada palpablemente en la clásica definición de Boecio, será Santo Tomás, según evidenciamos, quien ofrece la formulación correcta y nuestros teólogos juristas quienes se mostraron celosos guardianes de los derechos y de la dignidad de la persona. En esta dirección, es patente para el profesor De Castro que el Derecho no crea la persona, que ésta no es una abstracción formal o un concepto jurídico, sino una realidad social que exige, conforme al Derecho natural, una disciplina normativa.

(39) F. C. VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, I, cit., págs. 272-273.

(40) *Derecho civil de España*, II, pág. 30.

(41) Sobre la persona jurídica no se encamina, como es lógico, nuestra breve investigación. Sólo sobre la persona por esencia o persona natural. Es sabido que don Federico dedicó páginas únicas en España a la persona jurídica y a sus tipos fundamentales. Analizarlas y comentarlas requiere diversos trabajos o alguno de cierta extensión.

Remitiéndose a su «Derecho civil de España», señala años más tarde en otra parte: ...«Que la palabra persona, referida al hombre, cambia de sentido en la concepción católica de la igualdad esencial de los hombres y lleva a que, desde muy pronto, se le distinga como expresión de la especial dignidad propia de todo hombre, como ser racional y creado a imagen y semejanza de Dios» (42).

Tampoco don Federico se deja llevar por aspectos parciales de la personalidad en orden a configurar el concepto adecuado. Tomar la parte por el todo en esta materia puede ser pernicioso, y acarreará una falsificación o una deformación de un instituto trascendental. Su idea sobre el particular no puede ser más clarividente: «los juristas han incurrido en un viejo vicio de los filósofos: el de confundir, y luego identificar, un elemento sustancial (característico, típico o de especial significado) con el todo esencial (el ser mismo de la realidad). Sólo así se ha podido decir que la persona es la voluntad, el interés o el espíritu. Persona es el hombre como todo, compuesto de alma y cuerpo, y no uno de ambos, o alguno de sus elementos. La palabra persona alude especialmente, de entre las distintas cualidades del hombre, a su dignidad de ser racional y, por tanto, a la especial consideración y respeto que —como a tal— impone el Derecho natural en su beneficio y a costa de su responsabilidad» (43).

Por lo demás, tampoco unimisma De Castro persona natural y persona jurídica. Persona es «*el hombre y traslaticamente, en su caso, ciertas organizaciones humanas, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica*». En realidad, sólo alcanza la dignitas de persona el «hombre, todo hombre, por su condición de ser racional, creado a imagen y semejanza del Creador» (44). La llamada persona jurídica es persona por extensión analógica. Más que de verdadera persona —que únicamente lo es la física o natural— puede hablarse de «realidades sociales personificadas»... No cabe trasladar de la persona individual a la persona jurídica lo que se ha llamado su valor institucional (45).

De este concepto hipostático y finalista de la persona, referible al hombre como ser racional y portador de una dignidad irrepetible, emana como corolario lógico el análisis de su actuación jurídica y de su regulación en los apartados subsiguientes: deber de respeto; necesidad de individualización; señalar la capacidad jurídica como una cualidad esencial de la persona, íntimamente unida a ella, y la capacidad de obrar como cualidad mudable dependiente del estado civil; elaboración exquisita del concepto y caracteres del estado civil de la persona, y, finalmente, un análisis muy completo del comienzo y fin de la personalidad (46). Respecto del concebido, su posición fuera quizá otra si la obra se

(42) *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 143.

(43) *Derecho civil de España*, II, págs. 28-29.

(44) *Derecho civil de España*, II, pág. 30.

(45) *Derecho civil de España*, II, pág. 34.

(46) *Derecho civil de España*, II, págs. 35-148.

hubiera escrito en nuestros días, en que la mentalidad abortista hace estragos en el indefenso *nasciturus*. Negando don Federico personalidad al concebido —lo que parece incuestionable a la luz del Derecho histórico y vigente—, pensó que «el embrión, ni jurídica ni filosóficamente hay que considerarlo persona; su protección jurídica, penal y civil, directa e indirecta, está suficientemente garantizada y justificada como esperanza de persona» (47). Parecen chocar con la mentalidad de De Castro las expresiones «embrión», «esperanza de hombre», su complacencia con la doctrina antigua influida por la *portio viscerum* de los romanos (48). En otro lugar manifestamos nuestra discordancia con esta doctrina, que pudo tener alguna validez en la época en que se escribió el «Derecho civil de España», pero que los últimos avances de la Biología, Embriología y Psicología desmienten: el concebido es persona *in fieri*, en un devenir ininterrumpido desde su génesis hasta su muerte, en cuya trayectoria vital todos los momentos son engranajes imprescindibles de la personalidad (49). Sus caracteres nucleares psicosomáticos, conforme al código genético, quedan fijados a las pocas semanas de la concepción.

Sólo una observación final: hoy pueden abundar los lectores, civilistas o no, del «Derecho civil de España» que, al repasar las páginas que don Federico dedica a la persona —o a otras instituciones de la llamada Parte General— piensen que su concepción es monolíticamente católica, incluso nacionalcatólica, escolástica, reaccionaria y confesional; que su pensamiento se ancla en un conservadurismo tridentino, inadecuado a las ideologías actuales que demandan libertad religiosa, una secularización plena de la vida social y jurídica (50) y huida de los valores trascendentes a los que tanto se adhirió el ilustre maestro. Habrá muchos que se extrañen de su fe ciega en un Derecho natural inmutable y eterno, según las enseñanzas de Santo Tomás o de nuestros escolásticos del siglo XVI, que hoy pocos admiten. Nuestros días propugnan, a lo sumo, un Derecho natural «con contenido de devenir» (*mit*

(47) *Derecho civil de España*, II, pág. 117.

(48) *Derecho civil de España*, II, págs. 117, 121. Lo que no significa, en modo alguno, que don Federico no se mostrara absolutamente partidario de la defensa del concebido, como se prueba con toda evidencia leyendo las páginas de su obra sobre el tema, su doctrina de las «situaciones de pendencia», donde incardina «los derechos eventuales del concebido, pero no nacido» (*Derecho civil de España*, I, págs. 682-683), su plena conformidad con la declaración de que «los derechos generales de la humanidad corresponden también al no nacido desde el momento de la concepción» (*Derecho civil de España*, II, pág. 117, n. 7). Pero sucede que las modernas investigaciones en Fisiología y Embriología concluyen que el concebido es ya un ser con vida y funciones propias, aunque necesitado del seno materno, y no un mero embrión o *spes hominis*.

(49) Vid. *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XIII, vol. 2.º, Madrid, Edersa, 1981, págs. 6 ss., esp. págs. 9-10.

(50) Artículos 14 y 16 de la Constitución.

werdenem Inhalt) (51), «concreto e individualizado» (52), «de aplicaciones determinadas a la realidad social» (53), «inserto en el tiempo, aunque distinto del *ius in civitate positum*» (54), inmanente y existencial (55). Se observa, pues, una negación generalizada de un Derecho natural inmutable, axiomático y de validez intemporal y universal, como predicó el Jusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII (56).

Pienso que cada uno es libre de utilizar las vías que le ofrezca su pensamiento, sobre todo si son honestas y profundas como en el caso de don Federico, para llegar a conclusiones lógicas. De Castro eligió caminos de verdad —el principal, su fe roqueña de católico español formada en nuestra más exquisita tradición teológica y jurídica— y los relleno con una erudición pasmosa y un espíritu creador, sin precedentes en los siglos posteriores a la ciencia jurídica de los clásicos españoles. Y la meta lograda no dudaría en hacerla suya cualquier autor moderno, del signo ideológico o político que fuere: persona es el hombre, ser de fines, portador de una dignidad inalienable, servidor del bien común y necesitado acuciantemente de la protección de su esfera jurídica, de lo que él llamó —*vox clamantis in deserto*— bienes de la personalidad (57).

(51) FECHNER, *Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts*, 2.^a ed. (Tübingen, 1962), págs. 150 ss., 190 ss. y 260 ss.

(52) ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Rech und Rechtswissenschaft* (Heidelberg, 1953).

(53) FUCHS, *Lex Naturae* (Düsseldorf, 1955), pág. 110.

(54) FASSÓ, *Che cosa intendiamo con «diritto naturale»?*, «Riv. trim. Dir. e Proc. civile», XV, 1-1961, pág. 190.

(55) MIHOFER, *Recht und Sein; Prolegomena zu einer Rechtsontologie* (Frankfurt a. Main, 1954); *Die Natur der Sache*, «Arch. für Rechts und Sozialphilosophie», 44, 1958, págs. 145 ss., pág. 174; *El Derecho natural como Derecho existencial*, AFD, 4, IX, 1962, pág. 33; *Naturrecht als Existenzrecht* (Frankfurt a. Main, 1963), págs. 15 ss., 18 ss. y 37 ss.

(56) El Historicismo, y su secuela el Positivismo, como corriente cultural más genuina y vigorosa del s. XIX, provocó el desconocimiento hasta nuestros días de un Derecho natural metafísico y esencial (Para el problema es fundamental la obra de M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Derecho Natural e Historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, «Editorial Revista de Derecho Privado» (Madrid, 1973), págs. 67 ss.).

(57) Vid DE CASTRO, *Los llamados derechos de la personalidad*, A.D.C. XII,4 (1959), págs. 1237-76; *Temas de Derecho civil* (Madrid, 1972), págs. 7-34.

Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro

Por MANUEL AMOROS GUARDIOLA
Catedrático de Derecho civil

1. El reciente fallecimiento de don Federico de Castro nos ha dejado a sus discípulos privados de su compañía irremplazable. Los que durante muchos años hemos disfrutado de su magisterio insuperable, de su amistad generosa y de su presencia cercana y ejemplar, encontramos ahora en nuestra vida un vacío imposible de llenar. Para muchos de nosotros don Federico fue un ejemplo de laboriosidad y rectitud, de la investigación jurídica rigurosa, de la obra bien hecha; pero al mismo tiempo, al lado de su rigor crítico y de su independencia de criterio, fue modelo de generosidad en el juicio personal sobre los demás, de apertura al diálogo, de atención a todos. Dotado de extraordinarias cualidades intelectuales y humanas, supo depurarlas y hacer fructífera su vida con el esfuerzo permanente y la entrega ilimitada al cumplimiento de sus deberes. Para los que estuvimos cerca de él, su biografía fue siempre un estímulo y un modelo; dio ejemplo, con el testimonio de su vida, de lo que es estar al servicio de los valores superiores. Por todo ello, y por la innegable y ejemplar influencia que ha tenido en algunos de nosotros, su recuerdo permanecerá imborrable.

Muy poco tiempo antes de morir, el último estudio que publicó en este ANUARIO DE DERECHO CIVIL lleva por título «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad» (1). Se trata de un espléndido y magistral trabajo, lo que revela la permanencia de sus envidiables dotes intelectuales hasta el final, en que aborda desde distintas perspectivas el esencial principio de la autonomía de la voluntad, su naturaleza, sus desviaciones, sus limitaciones propias, el concepto de orden público como límite y sus repercusiones sobre las prácticas restrictivas de la competencia y la protección jurídica de los consumidores. No deja de ser sintomático que en su último trabajo volviera a refe-

(1) ADC, 1982, XXXV-IV, págs. 987-1085.

rirse a las limitaciones de la autonomía y a la naturaleza de este principio jurídico. De esta manera reiteraba su atención sobre un tema esencial de nuestro Derecho privado y del cual ya se había ocupado en repetidas ocasiones anteriores.

El problema de la autonomía privada y el descubrimiento de sus límites había sido ya apuntado en su trabajo sobre «Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el Proyecto de Ley Uniforme sobre la venta» (2), y abordado después monográficamente en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, bajo el título «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes» (3). También el tema de la autonomía privada en general había sido objeto de estudio en el capítulo I de su importante libro sobre el negocio jurídico (4). Igualmente tiene conexión con estos problemas, desde la perspectiva de la cláusula compromisaria de arbitraje y sus efectos, el enjundioso trabajo sobre «El arbitraje y la nueva Lex Mercatoria» (5).

Con distintos enfoques y a través del examen de diferentes figuras y realidades contractuales, se descubre a través de todos estos estudios una permanente línea de preocupación intelectual que se proyecta sobre el juego de la autonomía privada y la necesidad de sus limitaciones intrínsecas. Reiteración que pone de manifiesto la fina sensibilidad jurídica del profesor De Castro, su atención a las conexiones entre los problemas prácticos más relevantes y los grandes temas de la dogmática jurídica. En este sentido, quizá pueda resultar útil recordar aquí el pensamiento de De Castro sobre la autonomía privada y sus limitaciones, siguiendo para ello resumidamente las ideas expuestas en todos esos estudios. Para información y recuerdo de los lectores y como homenaje a su autor, que las desarrolló con tanto rigor y perfección. Tal es el propósito de estas páginas.

2. Al estudiar el Proyecto de Ley Uniforme sobre la venta de objetos muebles corporales (6), el profesor De Castro examinaba los problemas planteados por dicho Proyecto de Ley en relación con el tema de la autonomía de la voluntad. Señalaba entonces las diferentes tendencias de los interesados en el tráfico mobiliario. Los exportadores de las grandes potencias industriales deseaban la autonomía ilimitada, para conseguir la primacía de los usos comerciales y de las cláusulas generales sobre la ley. Mientras que los exportadores e importadores de países económicamente dé-

(2) ADC, 1958, XI-IV, págs. 1003-1040.

(3) Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1961. Publicado también en ADC, 1961, XIV-II, págs. 295-341, y en Cuadernos Civitas, Madrid, 1975. Las referencias que aquí se hagan a este trabajo lo serán al texto editado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

(4) El Negocio Jurídico, Tratado práctico y crítico de Derecho Civil, Tomo X, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, págs. 11 a 18.

(5) ADC, 1979, XXXII-IV, págs. 619-725.

(6) Ver trabajo citado en nota (2).

biles, y los particulares que compran o venden en el extranjero, preferían la primacía de las normas imperativas que les amparen frente a las imposiciones abusivas e injustas (7). Diversidad de intereses concurrentes que justifican las dos posturas doctrinales, tantas veces apuntadas, sobre la posible limitación o ilimitación de la autonomía y el control de los pactos establecidos al amparo de la libertad contractual.

Frente a la afirmación de que el dogma de la autonomía de la voluntad nace con las tesis de Grocio, se divulga por Rousseau y Kant y triunfa con la Revolución Francesa y el Código de Napoleón, señalaba De Castro que el origen de este dogma está en los tratadistas de teología moral y en los canonistas (*pacta sunt servanda*). El régimen feudal nace en forma paccionada y el principio fundamental en alguno de los derechos feudales era el de la superioridad de los pactos sobre las leyes. Ha sido en el Derecho moderno donde se ha abierto paso la idea de la necesaria limitación de la autonomía de la voluntad, de manera que las reglas legales no pueden ser derogadas por la voluntad de los contratantes. La libertad real de los económicamente débiles —se decía en aquel trabajo, anticipando un criterio que habrá de ser objeto de nuevos desarrollos en sucesivos estudios— exige que no se conceda eficacia jurídica a los contratos cuya aceptación se les imponga abusando de su debilidad económica (8).

En todo caso, el dogma de la autonomía va unido íntimamente a la libertad de la persona, es una manifestación necesaria del respeto que le es debido y constituye el centro mismo del Derecho privado. Aunque resulte peligroso para la misma libertad la defensa de la autonomía en forma absoluta e ilimitada (9).

Tan acertadas opiniones vienen a centrar adecuadamente el magno problema de la autonomía de la voluntad y a precisar el origen histórico de su desarrollo. Ideas estas que, aunque expuestas incidentalmente al examinar aquel Proyecto de Ley, sirven como punto de partida para el estudio de estas cuestiones.

3. La figura de las condiciones generales de los contratos fue objeto de un importante estudio publicado en 1961 como discurso académico. En él señalaba De Castro su indudable importancia y su continua aparición en la práctica industrial y bancaria española. Virtualidad práctica que va unida al planteamiento de importantes problemas dogmáticos, los cuales afectan —según sus palabras— «a la entraña misma del Derecho privado». En efecto, enseguida veremos cómo se enlaza el tema de las condiciones generales y su eficacia con el más general del significado de la autonomía privada y sus necesarias limitaciones.

De las diferentes cuestiones técnicas planteadas en relación con esta figura, dos son a juicio de De Castro las más importantes:

(7) Loc. cit., pág. 1004.

(8) Loc. cit., págs. 1010-1042.

(9) *Ibíd.*, págs. 1010-1011.

si tienen el valor de fuente del Derecho y si llegan a tener eficacia contractual suficiente como para imponer a una de las partes la exoneración de responsabilidad legal que recae sobre la otra.

a) Fácilmente se comprende, para quien conozca la tesis de Federico De Castro sobre las fuentes del Derecho, que las condiciones generales de la contratación no pueden tener el valor de fuente del Derecho objetivo. Entendidas dichas condiciones generales como los conjuntos de reglas que un particular ha establecido para fijar el contenido de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar (10), no es aceptable afirmar que exista un «Derecho autónomo de la Economía» fuera del Estado que las convierta en Derecho objetivo. Las condiciones generales carecen de los caracteres internos y externos de la norma de Derecho objetivo. No existe una autonomía originaria ni conquistada en favor de los empresarios. El Estado de Derecho, en sus reglas constitucionales o fundamentales, es incompatible con la atribución a los empresarios de un privilegiado poder normativo (11).

Tampoco puede considerarse a las condiciones generales como usos mercantiles. El fenómeno de la transformación de la cláusula contractual en norma contractual, el salto de lo convencional a lo normativo, no parece históricamente cierto. A juicio del nuevo académico, la codificación, que pone término a los fueros especiales, acaba con la autonomía corporativa de los comerciantes. En la actualidad no hay razón para entender que los usos hayan salido de la situación secundaria en la que les colocaron los Códigos mercantiles. Solamente se permite acudir a los usos del comercio en defecto del Derecho codificado. No cabe hablar de usos normativos en cuanto se opongan a su nacimiento unos preceptos legales ya existentes. Los usos no pueden desplazar las normas dispositivas mercantiles (12).

b) La segunda cuestión alude al valor de las condiciones ge-

(10) Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes, pág. 11.

(11) Loc. cit., págs. 15-18.

(12) Págs. 20-27.

DE CASTRO ha mantenido una sugestiva y brillante teoría acerca de la preferencia del Derecho común sobre los usos mercantiles en la regulación de los contratos mercantiles. No resisto la tentación de transcribir aquí sus palabras en relación con un problema tan importante en la práctica contractual: «El art. 2 del Código de comercio relega las reglas del Derecho común al último puesto de la jerarquía normativa. Mas ello no significa que también ocurra lo mismo respecto a los contratos mercantiles y que los usos normativos se apliquen aquí también con preferencia a las normas civiles. El mismo artículo 2.º advierte que hay que atender en primer lugar a las reglas que el Código de comercio haya establecido respecto de cada materia o institución. Hay que acudir, por tanto, a las disposiciones generales sobre los contratos de comercio. Allí se dice que los contratos mercantiles se regirán, en lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común (art. 50). Remisión a este Derecho, hoy referible al Código civil, que coloca a los usos en general (sin limitación local) después de la ley, en el puesto de fuente sub-

nerales como contenido del contrato del que forman parte. Se recuerda que, ya desde hace mucho tiempo, la doctrina había advertido la anomalía de los contratos de adhesión. Pues bien, la moderna y progresiva extensión de las condiciones generales ha venido a subrayar la importancia de este problema. Los autores destacan que esta figura actúa como instrumento de opresión y es causa de desigualdad jurídica para los contratantes. La reacción contra ellas se ha generalizado y parece irresistible (13).

A juicio de De Castro, nuestro Derecho contiene medios adecuados para obligar al contratante que no cumple, aunque se ampare en la forma de una cláusula de exoneración. ¿Cuáles son esos medios útiles para impugnar las cláusulas contenidas en las condiciones generales? En primer lugar, la posible falta de consentimiento contractual. En cuanto que el contratante que ha de aceptar necesariamente la imposición de esas cláusulas por vía de adhesión, no consiente su contenido e incluso no llega a conocerlas suficientemente por su falta de claridad.

En segundo término se afirma que la libertad, que está en la base de la autonomía contractual, tampoco existe aquí. El comprador acepta las cláusulas generales para obtener lo que necesita, obligado a ello por una situación de monopolio de hecho o de derecho.

En tercer lugar, pueden servir para impugnar las condiciones generales las normas sobre interpretación de los contratos, que impiden la interpretación de las cláusulas oscuras en sentido favorable a los que han causado la oscuridad. Aunque limitado en su ámbito (sólo se refiere a las cláusulas oscuras), la aplicación del artículo 1.288 ha servido a la jurisprudencia para impedir la eficacia de numerosas cláusulas abusivas.

En cuarto lugar, el juego de la buena fe, de las buenas costumbres y del abuso del derecho también puede servir para limitar la eficacia de las condiciones generales. Aunque su virtualidad depende del contenido que se reconozca a estos standards o conceptos válvula en su aplicación.

En última instancia, el criterio básico es el de la relación existente entre la autonomía de la voluntad y la eficacia de las leyes. Lo que desemboca en el problema de los límites inmanentes de la autonomía de la voluntad. Esta es la cuestión fundamental que se aborda magistralmente en el discurso y que coincide con el tema que da motivo a estas notas (14).

Alrededor de la autonomía de la voluntad y la renuncia de las

sidiaria de primer grado; quedando así, fuera de la enumeración, los usos observados en cada plaza. Este resultado no contradice el criterio general del art. 2.º del Código de comercio, de aplicación preferente de los usos respecto al Derecho común, sino que lo concreta en lo referente a la contratación, limitando así, de hecho, la remisión a los usos convencionales, y excluyendo de ella a los normativos» (pág. 28).

(13) Págs. 33-34.

(14) Págs. 35-38.

leyes giran las reflexiones del profesor De Castro en un estudio que resulta verdaderamente ejemplar. Son objeto de investigación allí los antecedentes históricos de esta figura de la renuncia de las leyes, desde el Derecho Romano hasta la opinión de Castillo de Sotomayor pasando por el Derecho común, la época feudal, el Renacimiento, la práctica de los escribanos públicos favorable a estas renunciaciones y la reacción de la doctrina y de la jurisprudencia. Tendencia de respeto a la Ley que se extiende por toda Europa e influye en la época de la codificación. Según De Castro, en el Derecho vigente el defecto más grave que cabe imputar a las condiciones generales es que impliquen una renuncia de ciertas leyes. La autonomía de la voluntad tiene como límites las leyes, la moral y el orden público (1255). Los pactos contra ley o que impliquen renuncia de ley son nulos. Hay que deshacer el equívoco según el cual todas las normas relativas al Derecho de la contratación son dispositivas. Por el contrario, existen normas imperativas no sólo sobre la perfección del contrato sino también sobre su contenido. En el Derecho español —sigue diciendo— está permitida la modificación de los tipos contractuales, cabe la exclusión de ésta o aquella obligación propia del contrato, su aligeramiento o agravación; pero el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad, contraprestación o especialidad del contrato, no es eficaz en cuanto implica una renuncia de la Ley (15).

En definitiva, el problema de la nulidad —o nulidad parcial— de las cláusulas contenidas en condiciones generales y que resulten injustas por haberse establecido en perjuicio de la parte más débil, impuestas por la parte que redactó las condiciones y que vulneren sin justificación el esquema contractual típico, va íntimamente unido a la cuestión de la renuncia de las leyes, ya que implican muchas veces una manifestación de esta figura. Como tales casos de renuncia pueden ser declaradas nulas. Lo que nos hace reconducir este problema de validez de las condiciones generales al más amplio tema de la autonomía de la voluntad, de sus relaciones con las normas legales imperativas, de los límites intrínsecos que condicionan el ejercicio de la autonomía contractual. He aquí la última cuestión, a cuya reflexión se llega partiendo del examen de las condiciones generales.

No es éste el momento de resumir en breves líneas el valor y el significado del trabajo del profesor De Castro que estamos comentando, su importancia para el estudio de las condiciones generales de la contratación y de los límites de la autonomía de la voluntad. Baste con recordar su rigor de pensamiento, su erudición al servicio de una profunda investigación y su claridad expositiva. Como señalaba don José Castán, al contestar en la Academia el discurso de ingreso del profesor De Castro, después de su estudio ha quedado demostrado que el Derecho vigente y el espíritu

(15) Págs. 38-49.

de justicia obligan a admitir e interpretar las condiciones generales con muchas salvedades y limitaciones (16). Más recientemente, al publicarse una nueva edición de aquel estudio, ha podido afirmarse con toda razón que el mismo se ha convertido en un clásico de nuestra literatura jurídica (17). Porque no se puede ya prescindir de tan valiosa aportación científica para valorar jurídicamente esta figura. Que, además, ha servido de fructífera ocasión para reexaminar el tema de las limitaciones de la autonomía contractual.

4. En 1967 se publicó el libro de don Federico de Castro sobre el negocio jurídico. Se trata, sin duda, de uno de los libros más importantes de Derecho civil publicados en España durante los últimos cuarenta años. Se estudiaba allí la teoría general del negocio jurídico, abarcando un conjunto de materias que formaban parte de su programa sobre la Parte General del Derecho civil. El primer capítulo de aquel libro se dedicaba al tema de la autonomía privada en general, como antecedente de la figura del negocio jurídico.

Como se afirma en el prólogo, la autonomía de la voluntad es uno de los grandes tópicos del Derecho, ineludible en cualquier ordenamiento jurídico (18). La autonomía privada es, en su sentido más amplio, el poder de autodeterminación de la persona, y se refiere a la esfera de libertad de la persona tanto para ejercitar facultades y derechos como para conformar las distintas relaciones jurídicas que le afectan. Tan importante concepto es definido como «aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social» (19). Doble contenido de la autonomía que se proyecta tanto sobre el ámbito del ejercicio de los derechos, como el de la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas a través del correspondiente negocio jurídico.

A pesar de las discusiones que ha suscitado, el término técnico de autonomía privada sigue siendo útil por cuanto afecta a una de las cuestiones centrales del Derecho privado: el de la independencia y libertad de la persona.

En el libro que estamos comentando se dedican párrafos muy sustanciosos a examinar cómo ha ido jugando el principio de la autonomía privada a través de la historia y de alguna de sus etapas jurídicamente más relevantes: el antiguo régimen, la reacción del liberalismo, la mercantilización del Derecho privado, el normativismo positivista, el renacimiento de los valores morales

(16) Pág. 68.

(17) Cuadernos Civitas, Madrid, 1975.

(18) Pág. 6.

(19) Pág. 12.

y el intervencionismo de la Administración. Evolución que desemboca en la actual crisis de la autonomía privada.

En definitiva todo ello pone de manifiesto la íntima conexión que existe entre lo político social y lo jurídico, entre las construcciones jurídicas y las ideologías políticas subyacentes. Y sirve para profundizar en el eterno tema de la autonomía privada, uno de cuyos problemas más acuciantes (el de sus límites) es el que sirve de origen a estas notas.

5. En el estudio sobre «El arbitraje y la nueva Lex mercatoria» se contienen nuevos desarrollos sobre el principio de la autonomía de la voluntad y sus necesarias limitaciones a través del examen que se hace del contrato de arbitraje y la cláusula compromisoria, y de las nuevas tendencias doctrinales que pretenden configurar el Derecho mercantil como un derecho autónomo.

Según De Castro, la regulación que se hace del arbitraje en la Ley de 1953 deriva de una concepción meramente consensualista o contractualista. Se quiere utilizar por eso el principio de la autonomía de la voluntad (*pacta sunt servanda*: aunque una parte resulte perjudicada debe atenerse a lo que dijo querer) para justificar el arbitraje o la cláusula compromisoria incorporada a un contrato. Postura utilizada por los empresarios más poderosos y las multinacionales para introducir en las condiciones generales de los contratos la sumisión a un arbitraje favorable. De nuevo aflora aquí el tema de las condiciones generales, con todos los problemas que esta realidad contractual plantea y a los cuales ya nos hemos referido sumariamente, en relación con la imposición del sometimiento a un arbitraje. Práctica que puede dar lugar a no pocos abusos por parte de las grandes organizaciones industriales y mercantiles, que imponen así a los más débiles económicamente tribunales arbitrales más favorables a sus intereses. Hasta tal punto es ello cierto que se ha podido afirmar con razón que ninguna cláusula de las condiciones generales es más peligrosa que la cláusula compromisoria. Por eso la doctrina ha insistido sobre la necesidad del control judicial respecto al nombramiento de los árbitros y a la eficacia ejecutiva de las sentencias arbitrales (20).

Siguiendo el método historicista que siempre ha utilizado con especial brillantez y eficacia, el profesor De Castro dedica muy sugestivas páginas a estudiar el desarrollo histórico del arbitraje, para comprender mejor el significado de esta institución y de su régimen jurídico vigente (21). Se examinan así las distintas etapas

(20) Loc. cit., págs. 620-621.

(21) Vale la pena recordar aquí las escuetas y acertadas palabras con que justifica la conveniencia del estudio histórico de la institución arbitral: «El conocer las raíces de una figura jurídica puede explicarnos algunas de sus características. Además cabe que sirvan para decirnos el significado real de algunos prejuicios heredados, y cuya aceptación acrítica puede dificultar la debida apreciación del Derecho actual. Todavía, y respecto al arbitraje en especial, pueda resultar en una deseable desmitificación del

de su evolución, desde el Derecho romano, pasando por el Derecho común y los derechos territoriales de Cataluña, Aragón y Castilla, hasta llegar al movimiento codificador y su desarrollo en Derecho francés y Derecho español. La importancia de este estudio histórico es muy grande por la sorprendente cantidad de datos que aporta y que permiten una visión nueva y más completa de la regulación de esta figura. Pero no es este el momento de desarrollar el contenido de esta investigación.

La cláusula compromisoria ha venido a potenciar el arbitraje pero se ha convertido en un instrumento tan eficaz como peligroso, ya que mediante su empleo se consigue la designación previa como árbitro de persona de la confianza de una de las partes y que sea ella quien decida sobre cualquier controversia que pueda surgir de una relación jurídica ya nacida, eliminando así el control judicial. Este tipo de cláusulas compromisorias apareció en la práctica jurídica española al entrar en contacto la industria española con las empresas extranjeras. En un primer momento, los Tribunales españoles reaccionaron contra estas cláusulas considerando nulo el compromiso. Después la jurisprudencia cambia al considerar la cláusula compromisoria como una manifestación normal de la autonomía de la voluntad. El Tribunal Supremo intenta conciliar así el respeto al principio de autonomía de la voluntad, consagrado en el Código civil, con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La eficacia de esta cláusula consiste en que origina para las partes la obligación de contraer el compromiso con las condiciones establecidas por la Ley especial. Como dicha obligación es personalísima, su incumplimiento por una de las partes desata la indemnización de daños y perjuicios. Pero en el ámbito procesal la cláusula permite oponer la excepción de falta de competencia. Tal era la situación de nuestro Derecho, que cambia con la Ley de 1953 al concederse a esta cláusula una incontrolada e ilimitada eficacia (22).

De otra parte, el movimiento doctrinal que se conoce como la nueva «Lex mercatoria» está íntimamente ligado al arbitraje mediante cláusula compromisoria. El Derecho mercantil clásico tenía por finalidad regular las relaciones entre comerciantes y con ese mismo carácter llega a la época de la codificación. La «nueva Lex mercatoria» supone un cambio en esa concepción originaria, cambio motivado por la estructura económica de los países más desarrollados. Se introducen así nuevas maneras en el tráfico jurídico: contratos tipo, condiciones generales de la contratación, cláusulas de no responsabilidad y cláusulas de arbitraje. El nuevo Derecho mercantil es el Derecho de la empresa y de los actos en masa. Nueva visión que conduce a afirmar la existencia de un Derecho autónomo de los comerciantes independiente de los De-

arbitraje, observando que no se trata de algo dado a priori, sino de una figura cambiante, resultado del variado entorno social y del juego de intereses de ciertos grupos sociales» (pág. 624).

(22) Págs. 645-651.

rechos nacionales. Con lo cual se evita la aplicación de las disposiciones imperativas molestas contenidas en las leyes nacionales. La cláusula compromisoria impide la temida intervención judicial y los preceptos imperativos de las leyes que los jueces pueden aplicar. Y así, a través del arbitraje y de la nueva «Lex mercatoria», se consagra el predominio jurídico de empresarios y banqueros (23).

El movimiento de la nueva «Lex mercatoria» ha despertado crecientes reacciones doctrinales. Recuérdese lo dicho sobre las condiciones generales de la contratación. Tales condiciones generales no son, evidentemente, un uso normativo. Tampoco pueden justificarse como ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad. No puede afirmarse que la autonomía de la voluntad sea un valor absoluto y que el principio «pacta sunt servanda» no admita limitaciones. El significado y alcance de la autonomía de la voluntad en el campo jurídico no puede centrarse sólo en la libertad de los particulares. Habrá que tener en cuenta también el cómo y el por qué se justifica la puesta a su servicio del aparato estatal, la intervención de las autoridades que se solicita para forzar a que se cumpla lo pactado. El Juez ha de dictar una sentencia justa y no puede convertirse en cómplice o colaborador de los empresarios que abusan de su prepotencia social o económica. La autonomía de la voluntad y la libertad contractual pierden su sentido cuando se convierten en instrumento para la prevalencia de los fuertes sobre los débiles. Por este camino se orienta al movimiento de protección de los consumidores y su defensa frente a la práctica abusiva de las condiciones generales de los contratos, así como las leyes especiales sobre determinados contratos (seguros, ventas y préstamos a plazos, transportes) que prohíben expresamente ciertas cláusulas abusivas; movimiento que se ha desarrollado últimamente en numerosas leyes extranjeras, y que se refleja también en la Constitución española de 1978 (arts. 51 y 54) (24).

En fin, la ley española de Arbitraje de 1953 se apoya desmesuradamente en el principio de la autonomía de la voluntad, al consagrar la cláusula compromisoria sin tener en cuenta los límites que para dicho principio se estiman adecuados en el Derecho de obligaciones. El extremado liberalismo en que se inspira permite que se dejen sin sanción abusos e injusticias. Las críticas dirigidas a la ley justifican la necesidad de un nuevo texto legal, que ya no se ponga sin reservas al servicio ilimitado de la autonomía de la voluntad y se atienda a la intrínseca peligrosidad de la cláusula compromisoria (25).

El examen de estas nuevas realidades jurídicas, las condiciones generales de los contratos, la cláusula compromisoria en el

(23) Págs. 660-667.

(24) Págs. 677-685.

(25) Págs. 717 y 706.

contrato de arbitraje, el movimiento de la nueva *Lex mercatoria* y su necesaria revisión crítica, nos lleva a la conclusión de que el principio de autonomía de la voluntad, en que tratan de encontrar justificación todas esas figuras, no puede aceptarse de forma incondicionada. La autonomía privada tiene unos límites intrínsecos que no se pueden rebasar. De no ser así se puede llegar a la consagración de abusos inadmisibles y de verdaderas injusticias.

6. Como su propio título indica, el último trabajo del profesor De Castro hace referencia a las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. El tema central y unitario de todo el trabajo es el del alcance del principio de la autonomía de la voluntad, respecto del cual existen dos tendencias fundamentales y opuestas: las corrientes que repugnan cualquier limitación de la autonomía (ideología liberal, mercantilistas, visión económica del mercado que postula la total subordinación del orden jurídico al económico, carácter absoluto del principio «*pacta sunt servanda*»), frente a las cuales se sostiene que la autonomía de la voluntad tiene límites intrínsecos conforme a su misma naturaleza jurídica (leyes en defensa de los consumidores y del contratante más débil) (26). Planteada la disyuntiva doctrinal en esos términos, no hace falta insistir en que De Castro se adhiere resueltamente a la segunda de estas opiniones.

De los diversos capítulos que integran este importante trabajo, vamos a referirnos aquí exclusivamente a aquellos que hacen referencia al concepto de orden público (IV) y a la nueva concepción de la autonomía de la voluntad (V). Para no alargar más la extensión, necesariamente breve, de estas notas. Y sin que ello signifique olvidar la indudable importancia que encierran otras materias (la protección del consumidor, la restricción de las prácticas restrictivas de la competencia) igualmente estudiadas en esta investigación.

a) Como es sabido, uno de los límites que expresamente establece el Código civil español al libre juego de la autonomía contractual es el orden público (art. 1.255). Pues bien, ¿qué significado tiene esta ambigua y genérica expresión? El sentido nuevo, y hasta cierto punto desconectado del lenguaje usual, con que esta expresión es utilizada en nuestro Código civil procede del Código francés. En él se decía que no se pueden derogar por convenios particulares las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres. La justificación de este precepto resultaba clara: Era necesario reaccionar frente a la deformación que había sufrido el principio de la autonomía de la voluntad por obra de los yusnaturalistas no católicos, frente a la doctrina de los canonistas y autores de Teología moral que entendían que aquel principio estaba subordinado a las exigencias de la justicia y de la equidad en cada caso (27).

(26) Loc. cit., págs. 988-989.

(27) Págs. 1016-1020.

El Código civil español sigue al Código Napoleón en sus artículos 4 (28) y 549; pero se separa de él al ocuparse del contrato (arts. 1.255 y 1.275). El concepto de orden público, como cláusula general, presenta un contenido variable. Como término técnico se emplea para calificar aquellas normas que alcanzan valor preferente respecto de otras, también imperativas del mismo ordenamiento; con lo cual se consigue la limitación del precepto codificado que otorga a los contratos valor de ley. Y así se abandona una concepción estrictamente legalista para poder recurrir a criterios extrapositivos.

El orden público se encuentra unido muchas veces en los Códigos con las buenas costumbres. Ambos resultan diferenciables pero inseparables y han sido utilizados como medios imprescindibles para delimitar la esfera de la autonomía de la voluntad. Los contratantes elaboran su propia ley contractual como ley privada (fuerza obligatoria del contrato). Pero cuando el Estado ha de intervenir poniendo a disposición de cada parte el aparato coactivo de la Administración de Justicia, no podrá colaborar imponiendo a una de las partes que realice algo inmoral o injusto. Por eso el Código francés y los que lo han seguido se refieren al orden público y a las buenas costumbres en la regulación del contrato, retirando la protección jurídica a los convenios contrarios a las buenas costumbres o con causa ilícita. Aunque nuestro Código se aparta en este punto de sus modelos, es lo cierto que las referencias hechas en los Códigos al orden público, a las buenas costumbres o a la moral, sirven de medio de comunicación entre el sistema jurídico positivo y los valores éticos y de justicia, facilitando su positivación al mencionarse en la ley.

Desde el punto de vista de la evolución histórica puede recordarse que el movimiento codificador impone la primacía de la ley como fuente del Derecho. En el Código francés se consagra el principio de la autonomía y se otorga a los contratos valor de ley. De esta manera la ley se autolimita amparando la libertad de tratos y contratos. Primacía de la autonomía de la voluntad que se acentúa con la escuela de la exégesis, y que sólo admite como límite el expresado claramente en una ley imperativa. Así la doctrina protege los intereses de comerciantes, industriales y financieros. Los movimientos totalitarios posteriores vienen a romper con la ideología liberal y con esa concepción de libre mercado. Pero después de la segunda guerra mundial renace la dirección mercantilista, se pasa de una sociedad de cambio a una sociedad de consumo, el empresario domina la contratación, aparecen los contratos de adhesión y las empresas crean sus condiciones generales. Con lo cual se llega a resultados injustos. La reacción doctrinal contra esa práctica jurídica no tarda en hacerse notar. Y uno de los medios para escapar a esos abusos e injusticias se

(28) Hoy art. 6.º-2.

instrumenta precisamente a través de los conceptos de orden público y buenas costumbres (29).

La noción tradicional de orden público ha sufrido también la influencia del más reciente concepto de orden público económico, aparecido por primera vez en nuestra legislación en la Ley sobre Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia. Según De Castro, la fundamentación normativa de las dos clases de orden público, el jurídico y el económico, es muy diferente. El primero se basa en normas extrapositivas, no expresadas en textos legales, y su específica finalidad es evitar que, por medio de la libertad de contratación, los órganos del Estado se encuentren obligados a imponer algo que repugne el sentido de lo justo o de lo moral; su eficacia se traduce en declarar nulos ciertos convenios. Mientras que el llamado orden público económico se exterioriza en mandatos legales imperativos cuya ejecución y exigencia está encomendada a la Administración, teniendo la eficacia de imponer determinados comportamientos para establecer la prevista ordenación económica. La distinta naturaleza y función de ambos tipos de orden público se manifiesta en su respectiva relación con la moral y las buenas costumbres. El orden público jurídico está en íntima conexión con las buenas costumbres. El orden público económico atiende en cambio a lo que la Administración en cada momento considere más conveniente a su plan económico, al margen de consideraciones de moral o de justicia conmutativa. Por eso resultaría peligroso confundir ambas nociones, igual que lo es identificar las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad aludidas en el artículo 1.255 C. c. con las imposiciones o restricciones a la libertad de contratar derivadas del intervencionismo económico de la Administración (30).

b) La autonomía de la voluntad como principio jurídico ha sufrido una importante evolución a través de los tiempos. La concepción liberal del contrato rechazaba cualquier limitación de la autonomía de la voluntad fuera del expreso mandato de la ley. Pero esa visión de la realidad contractual entró pronto en crisis, tanto por el intervencionismo del Estado para proteger a ciertas clases sociales mediante la promulgación de normas imperativas que excluyen la libertad de contratación (contratos de trabajo, seguros, transporte, arrendamientos), cuanto por la reacción frente al uso abusivo de ciertas figuras (contratos de adhesión, condiciones generales de los contratos). A su vez, la alegación de las buenas costumbres y del nuevo orden público ha servido para negar validez a las cláusulas leoninas (exención de responsabilidad, ruptura de la equivalencia de las prestaciones).

Los partidarios de considerar a la autonomía de la voluntad con las menos limitaciones posibles han utilizado el argumento de que las leyes limitativas del arbitrio de las partes (art. 1.255

(29) Págs. 1025-1040.

(30) Págs. 1046-1050.

C. c.) son las imperativas y prohibitivas, que se refieren sólo a la esfera de perfección del contrato o a sus requisitos, pero que todas las demás leyes tendrán carácter dispositivo, con un valor meramente supletorio de la regulación establecida por el libre e ilimitado arbitrio de los contratantes y relativa al contenido de los contratos. Frente a ello, afirma claramente De Castro que las reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes como modelo o ejemplo cuyo cumplimiento se deje al arbitrio de los contratantes. Por el contrario, han sido recogidas por el ordenamiento y sancionadas como normas porque traducen las consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Los pactos, cláusulas y condiciones que se desvían del modelo legal habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces. Por eso cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes que no encaje dentro de la naturaleza del contrato, tales pactos habrán de considerarse ineficaces. En este sentido se ha podido afirmar por la doctrina más reciente que deben considerarse como de orden público las normas dispositivas que cumplen la función de realizar los principios latentes en el ordenamiento jurídico.

La naturaleza de cada contrato, las obligaciones esenciales derivadas de cada tipo de contrato, e incluso la «naturaleza de las cosas» han sido criterios igualmente empleados por la doctrina para rechazar las cláusulas de exoneración de responsabilidad; o para invalidar la ruptura de la equivalencia de las prestaciones, con apoyo además en la violación de las buenas costumbres. Todo lo cual pone de manifiesto el declinar de los principios liberales sobre la autonomía, tendencia que se subraya con el reciente movimiento de protección de los consumidores y del contratante más débil.

La cuestión fundamental viene a ser entonces la de si existen limitaciones inmanentes a la autonomía de la voluntad. Como dice acertadamente De Castro, en la regulación de la autonomía de la voluntad juegan dos polos de atracción que son opuestos y contradictorios. De un lado, el del respeto a la palabra dada y el de la justicia conmutativa. De otro, el de la libertad para obligarse y el del control estatal para decidir si debe cooperar con lo querido o declarado por los contratantes. En cada momento de la Historia la balanza se puede inclinar hacia el uno o hacia el otro polo. Podrá así advertirse que las tendencias consideradas hoy innovadoras han existido siempre de modo abierto o latente conforme a la propia condición del Derecho, aunque —sigue diciendo— las fuerzas del liberalismo económico y la moda del positivismo jurídico hayan ocultado el aspecto ético de la contratación.

Pues bien, dejando aparte otras opiniones doctrinales más antiguas (31), la doctrina moderna española no ha sido ajena a

(31) Concretamente la de CASTILLO DE SOTOMAYOR, en relación con la cláusula por la que el arrendatario se obligaba a pagar la renta pactada,

ese movimiento general de condena de las cláusulas leoninas o abusivas. Por este camino se ha venido a abandonar la interpretación más estricta del artículo 1.255 del Código civil, se ha rechazado la antigua manera de entender las normas dispositivas, y la jurisprudencia ha declarado nulas ciertas cláusulas leoninas de exoneración de responsabilidad y pactos abusivos, apoyándose en el criterio de que el juez puede buscar el Derecho objetivo superior a la voluntad de las partes (32).

Tan sugestiva exposición se cierra con las siguientes palabras de De Castro que resumo a modo de conclusión: Existe una tendencia general a dejar de lado la idea de la autonomía como ámbito del arbitrio de la voluntad pura y sin límites... No cabe deducir una devaluación del principio de autonomía de la voluntad... Tampoco debería hablarse de una decadencia o muerte del contrato. Ni siquiera puede decirse con exactitud que se trate de una nueva concepción de la autonomía de la voluntad. El cambio que se advierte en la doctrina no es más que el resultado del relativo abandono de ciertos modernos prejuicios, del propio individualismo exaltado que inspiró al liberalismo del siglo XIX y del más reciente del neoliberalismo que abandera la nueva «Lex mercatoria». El vacío así producido ha permitido advertir que *la autonomía de la voluntad tiene límites inmanentes*, los que fueran considerados naturales e indiscutibles por el Derecho común. Esto parece evidente en cuanto desaparecen los prejuicios originados por la concepción liberal del contrato. *Los pactos leoninos son necesariamente nulos*. Conclusión que impone *el artículo 1.255 del Código civil*, adecuadamente interpretado. *Las leyes a las que se refiere no son tan sólo las expresas o claramente imperativas*, sino también las llamadas dispositivas, en cuanto éstas establecen la regulación normal de las relaciones contractuales y cuyo abandono a favor de uno de los contratantes requiere por ello, en cada caso, su especial justificación. La moral impone el calificativo de inmoral al pacto leonino (33).

7. La lectura de estos importantes trabajos nos pone de manifiesto la permanente atención del profesor De Castro por el tema de la autonomía privada. Su agudo examen de algunas modalidades de la realidad contractual, especialmente desarrolladas en los últimos tiempos (contratos de adhesión, condiciones generales, cláusulas compromisorias de arbitraje), y la revisión crítica de estas prácticas a la luz de la justicia y de los principios fundamentales del ordenamiento, le conduce a una profunda investigación científica del dogma de la autonomía privada, tan esencial dentro del sistema del Derecho privado. Por ese camino no sólo aporta brillantes precisiones sobre el origen y la evolución histó-

aunque los frutos se perdieran por caso fortuito, opinión que oportunamente recoge DE CASTRO haciendo gala de su envidiable dominio de nuestros autores clásicos.

(32) Págs. 1051-1066.

(33) Págs. 1066-1067.

rica de este principio general, sino que profundiza en cuestiones jurídicas tan sustanciales y controvertidas como son la renuncia de las leyes, el concepto de orden público como límite, la distinción entre leyes imperativas y dispositivas, la eficacia del pacto abusivo contra ley dispositiva, y la fundamentación del movimiento doctrinal denominado «nueva lex mercatoria». Así llega a la conclusión de que la autonomía privada, a pesar de su importancia en Derecho privado, no puede ser considerada como un principio absoluto e ilimitado, sino que presenta limitaciones intrínsecas que condicionan su aplicación; que el artículo 1.255 C. c. debe ser rectamente interpretado entendiendo los límites allí recogidos en el sentido amplio que les corresponde; que no cabe amparar en la autonomía la validez de los pactos abusivos, impuestos o injustos; y que la autonomía contractual no puede rebasar el esquema institucional típico de cada contrato.

En los estudios que estamos comentando, al examinar el principio de autonomía de la voluntad y los peligros de su ilimitación, se contienen algunas valiosas ideas sobre la misión de los juristas al enfrentarse con la realidad económico-social, y a la necesidad de valorar esa realidad con criterios de justicia. En los momentos actuales de crisis de la justicia, de desconfianza social hacia su efectiva encarnación; en que el trabajo de los juristas no siempre está a la altura de su elevada misión; en que muchas veces se busca más el fraude a la ley que el cumplimiento de sus normas y de sus principios inspiradores, y en que colaboran en esa actividad no pocos profesionales del Derecho, puede resultar oportuno recordar aquellas palabras de De Castro: El teórico del Derecho —dice limitando su reflexión a esa tarea dogmática o constructiva, pero su afirmación puede aplicarse a toda la actividad jurídica— juega de intermediario y buen componedor entre la ley y la jurisprudencia, está al servicio de ambas, para que ley y sentencia, regla general y mandato concreto, se ajusten mejor, sean más exactas y más justas. En este sentido, pesa (sobre los juristas) una grave obligación: velar porque las circunstancias del momento no nos hagan olvidar que *lo jurídico pierde esta condición al apartarse de la Justicia...* Cuando se configura una realidad social (las condiciones generales de los contratos, en este caso) como instrumento de opresión y causa de desigualdad jurídica para los contratantes, la situación así creada puede implicar una desconexión entre la ley positiva y la justicia. Pues bien, al jurista no se le consiente cruzarse de brazos o lavarse las manos ante tal estado de cosas. A la doctrina jurídica se le exige, como tarea obligada, encontrar la manera de interpretar el Derecho vigente de modo que concuerde con el sentimiento general de justicia (34).

En otra ocasión señala que los juristas no pueden quedar satisfechos con dar cuenta de los hechos sociales; sino que sienten

(34) Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes, págs. 7, 8 y 34.

la necesidad de contrastar su valor jurídico, su licitud y eficacia general (35). En fin, advierte también que los juristas no pueden ser neutrales y prestar su colaboración al cumplimiento de un contrato, cualquiera que sea su contenido. ¿Pueden los poderes públicos, en especial los jueces —se pregunta—, imponer el cumplimiento de condiciones, cláusulas o pactos que resulten evidentemente injustos o leoninos? Si la pregunta se contestase afirmativamente, no se podría calificar la labor del juez de encarnación de la justicia, ni al Estado de Estado de Derecho... El civilista educado en el comentario de leyes y sentencias tiene una alta tarea, la de buscar y luchar por una más justa ordenación jurídica (36).

8. La obra jurídica del profesor Federico de Castro, respecto de la cual los estudios sobre la autonomía privada y sus limitaciones aquí resumidos constituyen una buena manifestación, suscita en el estudioso de estos temas diversas reflexiones. Se trata de una obra extensa de contenido, profundamente renovadora en las conclusiones a que llega, y de una extraordinaria importancia en el panorama del Derecho civil español.

Sus trabajos ofrecen muchas veces una nueva visión del Derecho y un nuevo enfoque de los problemas. Ese aspecto renovador e innovador de sus estudios de Derecho civil presta a los mismos un especial atractivo y confiere a su obra el mérito de haber abierto nuevas vías para la investigación.

Su concepción del Derecho se basa en la persona, como realidad primaria y básica, en su valor especial como centro del Derecho, en su especial dignidad; y en la subordinación del mundo jurídico a la idea de justicia que lo justifica e inspira. Esa visión de personalización y humanización del Derecho civil (37) se manifiesta también en el ámbito del Derecho patrimonial. A través de sus estudios se percibe una tarea de verdadera moralización del Derecho patrimonial. Se subraya repetidas veces la primacía del valor de la justicia frente a los criterios egoístas de organización económica o de beneficio injustificado. Su visión del Derecho le lleva muchas veces a la condena de ciertas prácticas sociales, arraigadas por el uso, que implican situaciones abusivas o crean perjuicios indebidos. En definitiva, y como ya he señalado alguna vez, todo ello se traduce en una subordinación de la economía a la ética.

También se observa en su obra una fecunda conexión entre teoría y práctica, entre el diagnóstico certero de los problemas fundamentales que la realidad social plantea y la rigurosa investigación científica que sirve de fundamento a la más justa resolución de esos problemas. Esa conexión es particularmente aprecia-

(35) El arbitraje y la nueva «Lex mercatoria», pág. 678.

(36) Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, págs. 989 y 992.

(37) CASTÁN, Contestación a su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pág. 63.

ble en sus estudios sobre la autonomía privada y sus limitaciones que aquí se han referido. La necesidad de enfrentarse con algunas anómalas estipulaciones surgidas en el campo de la realidad contractual, cuya validez pretendía justificarse basándose en el dogma de la autonomía de la voluntad, condujo a De Castro a replantear de raíz toda la teoría de la autonomía privada, y a descubrir a partir de ahí sus necesarias e intrínsecas limitaciones. Tarea de investigación científica llevada a cabo con una precisión, un rigor y una profundidad ciertamente admirables. De esta manera se demuestra una vez más que el mejor instrumento para la adecuada resolución de los complejos problemas que la realidad práctica plantea es una rigurosa y responsable teoría.

Igualmente se puede destacar en estos trabajos, y en general en toda su obra escrita, la brillante y ejemplar aplicación del método histórico para el estudio de las instituciones jurídicas que, como realidades sociales que son, están sujetas a evolución y cambio permanente. La exposición del desarrollo de las figuras a través de los tiempos sorprende por su erudición exhaustiva y ayuda poderosamente a comprender el sentido de esa evolución y de su desarrollo en la época actual.

Termino recordando que el profesor De Castro fue, en el más amplio sentido de la palabra, un verdadero maestro. Su magisterio indiscutido y ejemplar puede proyectarse en un doble plano. De una parte, en el terreno científico. Pocos como él han llegado a realizar una obra intelectual tan valiosa en el ámbito de la ciencia jurídica española del siglo xx. La importancia de sus aportaciones sólo podrá valorarse cuando pase algún tiempo y se haga la historia de la ciencia del Derecho en estos años. En cualquier caso, los que hemos aprendido de él algunas ideas fundamentales en el estudio del Derecho no podremos olvidar la calidad y fecundidad de su enseñanza. En efecto, su magisterio se ha proyectado sobre sus numerosos discípulos en la Universidad, en el Seminario por él dirigido en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL y a través de sus múltiples publicaciones. Por ello no es exagerado recordar la influencia del magisterio de De Castro sobre las diversas actividades jurídicas en nuestra Patria a través de sus discípulos que en ellas han colaborado.

Pero, de otra parte, don Federico de Castro ha sido también un maestro de la vida humana. Con su ejemplaridad en el vivir nos ha enseñado a sus discípulos a ser personas, humanamente hablando, más ricas y desarrolladas, a encontrar así nuestro mejor yo. Encarnó en su vida un conjunto de virtudes, fáciles de apreciar para quienes le tratamos amistosamente durante muchos años: honradez, laboriosidad, generosidad, humildad, fidelidad a la vocación. A través de su esforzada biografía dio testimonio de una manera ejemplar de ser hombre. Para algunos de sus discípulos la lección de su vida constituye un ejemplo permanente. También en este sentido, más noble y más profundo, fue un verdadero maestro.

Tras la muerte de don Federico, la tarea que nos corresponde realizar a sus discípulos tiene que ser la de continuar su trabajo, tanto en la investigación como en la aplicación práctica del Derecho. Transmitiendo sus enseñanzas a nuevos discípulos, desarrollándolas y haciéndolas fecundas en su aplicación a nuevos planteamientos. Y luchar siempre sin desánimo por el triunfo de la justicia, que fue una de sus preocupaciones fundamentales a lo largo de su vida.

Vecindad civil y nacionalidad

Por RODRIGO BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO

SUMARIO: Presupuestos actuales para el estudio de la vecindad civil en relación con la nacionalidad.—Filiación, nacionalidad y vecindad.—Tutela, nacionalidad y vecindad.—Vecindad y nacionalidad en el supuesto del artículo 19, número 2.º del Código civil.—Vecindad y nacionalidad por carta de naturaleza.—Vecindad y nacionalidad por residencia.—Vecindad y recuperación de la nacionalidad.—Vecindad y pérdida de la nacionalidad del titular de la patria potestad, vecindad y sujeción a la patria potestad de un extranjero.—Consideraciones finales.

PRESUPUESTOS ACTUALES PARA EL ESTUDIO DE LA VECINDAD CIVIL EN RELACION CON LA NACIONALIDAD

La Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 al 26 del Código civil no abordó el tema de la vecindad civil, ignorando la estrecha relación existente entre ésta y la nacionalidad. El único grupo parlamentario que demostró sensibilidad con respecto a la mencionada relación de ambas instituciones fue el de la Minoría Catalana. En efecto, propuso como enmienda número 10 al Proyecto la redacción de un artículo 2.º del siguiente tenor:

«En todos los supuestos de adquisición no originaria de la nacionalidad española se adquirirá la vecindad civil por la que se opte, siempre que tenga alguna conexión con la persona de que se trate» (1).

(1) La enmienda se justificaba así:

«La materia de nacionalidad se halla íntimamente relacionada —como reconoció la propia exposición de motivos en el Decreto legislativo de 31 de mayo de 1974, que dio nueva redacción al título preliminar del Código civil— con la de la vecindad civil.

Al tiempo de producirse una reforma de los preceptos del Código reguladores de la nacionalidad, parece oportuno corregir la discriminación contenida en el párrafo primero del artículo 15 del Código civil —sin esperar a la modificación en concreto de la totalidad de dicho precepto— en la forma resultante del artículo que se propone y cuyo contenido parte del respeto a la autonomía de la voluntad del adquirente del nuevo «status» nacional, con la sola limitación de que su elección se centre en los distintos puntos de conexión con su realidad personal, familiar o residencial».

Además, propuso también la introducción de la siguiente disposición final (enmienda número 11):

«En el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno presentará al Congreso de los Diputados un proyecto de ley de reforma de los artículos 14 y 15 del Código civil sobre vecindad civil» (2).

Ambas enmiendas quedaron ya rechazadas por la Ponencia en el Congreso, tanto en el primer como en el segundo informe que tuvieron lugar en relación con el Proyecto de Ley. En el primero de dichos informes (3) se dice: «La Ponencia recuerda que se encuentra en trámite una Proposición de Ley sobre Vecindad Civil que, aunque limitada inicialmente, tal vez podría acoger el tema con mayor generalidad. De aceptarse este criterio, la enmienda quedaría rechazada». El segundo informe (4) es ya más expeditivo: «La Ponencia entiende que, aun siendo obvia la conexión de la Vecindad Civil con los preceptos del Código reguladores de la Nacionalidad, la enmienda excede del ámbito del presente proyecto de ley, y debe ser rechazada».

La falta de una actualización de la regulación de la vecindad civil paralela a la realizada para la nacionalidad dificulta, como se verá a continuación, un tratamiento claro y coherente de la relación que tiene que existir entre ambas instituciones, puesto que la adquisición de la nacionalidad española implica necesariamente la atribución de una vecindad civil que determine la sujeción del nacional español a uno de los sistemas jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional.

Al abordar el estudio de la incidencia de la nueva regulación de la nacionalidad en la vecindad civil, conviene pasar revista a los diferentes textos normativos actualmente vigentes que se refieren a esta última. Nuestro Ordenamiento cuenta al respecto con una diversidad de normas de procedencia y alcance dispares. Su consideración conjunta constituye un auténtico rompecabezas cuando se pretende construir a partir de ellas un sistema coherente y seguro. El anuncio de tales dificultades no deben desanimar al intérprete. Nos encontramos en un período constituyente y en tales circunstancias no se puede pretender que el Ordenamiento carezca de tensiones y dificultades. Lo impor-

(2) La enmienda se justificaba así:

«La íntima relación existente entre la regulación de la nacionalidad y la vecindad civil, y en especial el carácter informante que los criterios de regulación de aquella tienen respecto de esta última —según ya reconoció la exposición de motivos del Decreto legislativo de 31 de mayo de 1974 sobre reforma del título preliminar del Código civil—, exige que una vez aprobada la nueva regulación de la nacionalidad se proceda a reconsiderar la normativa de la vecindad civil, para su debido encaje y acomodo, y sin que en este momento convenga predeterminar el contenido concreto de la reforma interesada, por lo que se acude al procedimiento propuesto en esta Disposición final».

(3) «B. O. C.», Congreso de los Diputados, I Legislatura. Serie A. Núm. 172-I 2 (7 de noviembre de 1981).

(4) «B. O. C.», Congreso de los Diputados, I Legislatura. Serie A.:Núm. 172-I 4 (nuevo) (15 de abril de 1982).

tante es no dejarse invadir por el desánimo, ni por la pereza que, desde distintos puntos de partida, nos inducen a esperar que los diversos órganos del estado, en especial los órganos legislativos, vayan clarificando la situación. También hay que desconfiar ciertamente de las posiciones de quienes, so pretexto del cambio, pretenden sustituir al legislador, prescindiendo de alguna o algunas de las piezas del «rompecabezas» cuando no hay forma de encajarlas en el sistema que se desea alcanzar.

La vecindad civil sigue regulada básicamente en los artículos 14 y 15 del Código civil, en los que ciertamente se ha producido una modificación importante, la derogación del artículo 14.4 por la Constitución (5). Dicha derogación viene impuesta en la medida en que el precepto del Código civil es contrario a la prohibición de discriminación alguna frente a la ley por razón de sexo, establecida por el artículo 14 de la Constitución. La eficacia derogatoria directa del artículo 14 de la Constitución deriva del artículo 53.2 y de la disposición derogatoria, apartado 3, de la misma (6).

(5) Vid. los artículos 32.1 de la Constitución y 66 del Código civil.

(6) Sobre la interpretación y eficacia del artículo 14 de la Constitución, considero como mejor doctrina la expuesta por cinco magistrados del Tribunal Constitucional (doña Gloria Begué Cantón, don Luis Díez Picazo, don Francisco Tomás y Valiente, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Antonio Truyol Serra) en su voto disidente a la Sentencia número 75/1983, de 3 de agosto (cuestión de inconstitucionalidad 44/1982, «B. O. E.» de 18 de agosto):

«Para que una eventual desigualdad entre ciudadanos que ocupan situaciones iguales quede excluida del artículo 14 de la Constitución, no basta que la opción elegida por el legislador o la norma dictada presenten una justificación razonable. No basta justificar la ratio de la norma, porque si así fuera, la regla de la igualdad ante la ley del artículo 14 de la Constitución se confundiría por completo con la regla de la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.º.

El artículo 14 de la Constitución contiene tres figuras distintas:

- a) Un principio general del Derecho, de suerte que cualquier excepción a él tiene que ser sometida a una «estricta» interpretación «restrictiva».
- b) Un derecho subjetivo de los ciudadanos que les permite recabar de los Tribunales la tutela y protección para que la igualdad rota sea restablecida; y
- c) Una limitación del poder legislativo, que impide que el legislador pueda dictar normas jurídicas introduciendo desigualdades.

No se trata, por consiguiente, de justificar la razón de ser de la norma para hacer posible la desigualdad, sino de justificar la ruptura de la igualdad en sí misma, que sólo puede encontrarse en una tutela de bienes jurídicos, que estén constitucionalmente protegidos y tengan carácter superior a los que resultan sacrificados, siempre que se dé una regla de proporcionalidad entre el bien protegido y el derecho sacrificado».

En el caso se debatía la hipotética inconstitucionalidad —y consiguiente derogación— del artículo 28.2.b del Decreto 1.168/1960, de 23 de mayo (texto articulado de la Ley Especial para el Municipio de Barcelona), en el que se exige, entre otras condiciones mínimas, para concursar a las plazas de secretario general, interventor y depositario de fondos del Ayuntamiento de Barcelona, la de no rebasar la edad de sesenta años. El Tribunal rechazó la inconstitucionalidad de la norma. Hay que señalar que el voto del presidente del Tribunal tuvo en esta ocasión carácter decisivo, puesto que en la sentencia participaron únicamente diez magistrados, al estar los dos restantes ausentes.

La derogación del artículo 14.4 del Código civil alcanza, pues, a todo lo que en él suponga discriminación, es decir, desigualdad de trato injustificada, entre el hombre y la mujer. Queda derogada la sujeción de la vecindad civil de la mujer a la del marido. Queda derogada también la sujeción de los hijos no emancipados a la vecindad civil del padre, con postergación de la madre. No queda derogada, por el contrario, la sujeción de los hijos no emancipados a la vecindad civil de los progenitores, puesto que no es contraria a la Constitución. El artículo 25 del Código civil, que admite en un supuesto concreto la independencia de la nacionalidad de los hijos no emancipados con respecto a sus progenitores (también el artículo 19 C. c.), responde a razones propias de la nacionalidad que no operan dentro del campo de la vecindad civil (7).

La aplicación inmediata del artículo 14 de la Constitución y consiguiente derogación del artículo 14.4 del Código civil en los términos expuestos me ha parecido siempre evidente e indiscutible, en consonancia con los otros preceptos constitucionales antes citados (arts. 53.2 y disposición derogatoria, apartado 3).

Resulta preocupante la falta de sensibilidad de algunos de los órganos de la Administración del Estado con respecto a la aplicación inmediata (y consiguiente efecto derogatorio) del artículo 14 de la Constitución. Así, en tema de nacionalidad cabe señalar la actitud de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La interpretación dada por la misma a la aplicación del nuevo artículo 17.1, limitándola a los hijos de madre española nacidos *después* de la entrada en vigor de la Ley 51/1982 (8) es ciertamente decepcionante, entre otras razones, porque supone negar toda eficacia directa al mencionado artículo 14 de la Constitución, que debería dar lugar como mínimo a la atribución de la nacionalidad española a los nacidos de madre española a partir de la entrada en vigor de la Constitución. Por ello parece conveniente detenerse en algunos de los argumentos que se suelen esgrimir para defender ese rechazo de la eficacia derogatoria de la Constitución, en este caso del artículo 14.4 del Código civil.

Se ha venido a decir que el artículo 14.4 del Código civil no es anticonstitucional porque no contiene una discriminación propiamente dicha en contra de la mujer, sino una discriminación formal o apariencia de discriminación. En efecto, la sujeción de la mujer y de los hijos a la vecindad civil del marido y del padre no es sino un recurso técnico de carácter neutro para determinar la ley aplicable a ciertas relaciones jurídicas, que no prejuzga si dicha ley será favorable o desfavorable a los intereses de unos y otros (9); por lo que —se

(7) Favorecer la conservación y la adquisición de la nacionalidad española, respectivamente.

(8) Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre nacionalidad española. Vid. el apartado I («B. O. E.» de 20 de mayo).

En un sentido similar se pronuncia la Circular 1/1979 del Fiscal General del Estado.

(9) Así, J. DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, *Principios de la reforma en materia de*

añade— no cabe hablar de discriminación. Se trataría, pues, de un curso práctico, difícil de sustituir a veces y que, en principio, no perjudica ni favorece a nadie, ni al hombre ni a la mujer. Yo creo que tales argumentos no hacen sino limitar el campo de aplicación del artículo 14 de la Constitución, que no tiene nada que ver con algo tan difícil de determinar como lo que pueda ser ventajoso o perjudicial para las personas. Es cierto que algunas de las desigualdades mantenidas por la ley antes de la Constitución en relación con los supuestos de hecho de su artículo 14 eran más llamativas y/o menos soportables para la conciencia social, pero ello no puede conducir a reducir el efecto de dicho artículo 14 a los mencionados casos. En definitiva, discriminación equivale —como ya he apuntado— a cualquier trato diferenciado, en este caso entre el hombre y la mujer, que carezca de justificación suficiente. Pues bien, parece evidente que tal es el supuesto del artículo 14.4 del Código civil. El trato diferenciado que reciben en él la mujer y el hombre carece de justificación alguna. Ni siquiera se puede defender en el terreno de la práctica, como si se tratase de un mal menor, puesto que la unidad de la familia, por lo que a la ley personal de sus miembros se refiere, ha dejado de ser un principio absoluto informador de nuestro Ordenamiento, y puesto que, en la medida en que todavía sea un principio necesario o conveniente (con respecto a los hijos), se puede aplicar —como a continuación veremos— con preceptos no discriminatorios para la mujer (9 bis).

Un segundo argumento que se maneja para defender la continuada vigencia del artículo 14.4 del Código civil es el de la inseguridad jurídica que se crearía si se admitiese su derogación, como consecuencia de la laguna legal que se produciría. Conviene en este punto recordar principios fundamentales para cuantos nos dedicamos al estudio del Derecho. La existencia de lagunas legales es algo permanente y consustancial al Ordenamiento. La integridad se predica de este último y no de las leyes. Pero precisamente por ello el propio Ordenamiento suministra un sistema de fuentes y un sistema de interpretación y de aplicación, que incluye la integración de las lagunas normativas. Es labor de la doctrina, de los Jueces y Tribunales, y de todos los órganos del Estado, dentro del desempeño de sus funciones, salvar permanentemente las lagunas normativas mediante la aplicación de las diversas técnicas de integración de las mismas. Por ello, aunque existan lagunas normativas, «los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan» (art. 1.º.7 Código civil). Todo lo dicho conduce a concluir que la existencia de una laguna legal no puede constituir un argumento decisivo para rechazar la eficacia inmediata y derogatoria de la Constitución. Ello no quiere decir que no se haya producido, en efecto, un incremento de la

nacionalidad, RDP, 1983. Vid. p. 795 (refiriéndose también al art. 17.1 C. c. anterior a la reforma de la nacionalidad).

(9 bis) Sobre el sentido y alcance del «principio» de unidad jurídica de la familia en relación con la nacionalidad, vid. LUIS DíEZ-PICAZO, *El principio de unidad jurídica de la familia y la nacionalidad*, ADC, 1983, págs. 691 a 694.

inseguridad jurídica y que ello no sea negativo. Pero semejante situación es absolutamente inevitable en un proceso constituyente tal como el que estamos viviendo (10). La existencia de lagunas, como consecuencia de la entrada en vigor de la Constitución, debe servir de estímulo a todos los órganos del Estado y a la doctrina para la superación de las mismas y no de argumento para aplazar el cambio constitucional a su desarrollo legislativo. En definitiva, esgrimir el peligro de la laguna legal para evitar la aplicación directa e inmediata de la Constitución conduce en multitud de casos a reducir el valor de nuestro primer texto legal a norma meramente programática.

Conviene resaltar que en fecha reciente el Tribunal Constitucional no ha dudado en aceptar la eficacia derogatoria directa del artículo 14 de la Constitución con respecto a artículos del Código civil con anterioridad a las reformas del Derecho de familia llevadas a cabo por las Leyes 11 y 30 de 1981, rechazando expresamente el criterio contrario de la Audiencia Territorial de Sevilla y de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Se trata de la Sentencia 80/1982, de 20 de diciembre, dictada por la Sala Segunda en el recurso de amparo 160/1982 («Boletín Oficial del Estado» de 15 de enero de 1983), de acuerdo con la cual, el artículo 14 de la Constitución derogó de inmediato el antiguo artículo 137 del Código civil, por ser contrario a la igualdad de todos los españoles por razón de nacimiento. Conviene recomendar la lectura de los fundamentos jurídicos de dicha sentencia del Tribunal Constitucional a quienes todavía se resisten a admitir la eficacia derogatoria directa e inmediata, y en todos los supuestos en los que se produzca contradicción con textos legales anteriores, de la Constitución. El mismo criterio se explicita y aplica, en relación con normas de carácter laboral, en la sentencias de la Sala segunda 7/1983, de 14 de febrero («Boletín Oficial del Estado» de 9 de marzo), 13/1983, de 23 de febrero («B. O. E.» de 23 de marzo) y 15/1983, de 4 de marzo («B. O. E.» de 12 de abril). En la última parte del párrafo segundo del fundamento jurídico único de esta última sentencia del Tribunal Constitucional se dice lo siguiente:

«El hecho de que una Ley posterior... declare nula y sin ningún valor las normas que..., violen el principio de igualdad, no priva ni puede privar de fuerza a la Disposición Derogatoria de la Constitución, que operaba ya en consecuencia antes de la promulgación de esta Ley, cuya finalidad es la de reiterar, explicitar y concretar el concepto, no por más general menos vinculante, del texto constitucional, y no en modo alguno la de dar

(10) Lo que, por otra parte, se produce también si se opta por la solución contraria, porque ¿cuál es el criterio para decidir si la aplicación directa de la Constitución debe ser rechazada en un caso concreto so pena de dar lugar a una laguna de difícil integración? Creo que propugnar semejante solución implica mayor inseguridad, por lo arbitrario (o al menos discrecional) que puede resultar contestar en cada caso a la pregunta formulada.

fuerza de obligar a lo que, implícitamente, se entendería como simple mandato al legislador» (10 bis).

Me parece suficiente para reafirmarme fundadamente —así lo creo al menos— en la tesis, según la cual el artículo 14.4 del Código civil ha quedado derogado por la Constitución en los términos antes explicados.

Junto a los artículos 14 y 15 del Código civil también hay que contar con la vigencia, en sus ámbitos respectivos, de las Leyes 11 a 14 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra y de los artículos 7.º2 y 6.º2 de los Estatutos de Autonomía de Cataluña y de las Islas Baleares, respectivamente. No me ocuparé ahora de la problemática que plantean dichos preceptos estatutarios, así como la del artículo 5.º3 de la llamada Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra, en relación con la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre las «normas para resolver los conflictos de leyes» (art. 149.1.8 de la Constitución) (11). Pero sí que me parece conveniente precisar los términos en que deberían interpretarse los mencionados preceptos de los Estatutos de Autonomía de Cataluña y de las Islas Baleares.

De las posibles interpretaciones del artículo 7.º2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, yo creo que la que encaja mejor en el sistema general de vecindad civil, al tiempo que respeta el tenor literal del precepto, es la que reduce su alcance a los supuestos de adquisición de la nacionalidad española por residencia y, a lo sumo, por carta de naturaleza también. De acuerdo con la mencionada interpretación, dicho artículo 7.º2 concede la vecindad civil catalana a los extranjeros que adquieran la nacionalidad española por residencia (y no se opongan a ello) cuando en el momento de dicha adquisición tengan su re-

(10 bis) En el mismo sentido, favorables a la eficacia directa de la Constitución, vid. también las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: del Pleno, 52/1983, de 17 de junio («B. O. E.» de 15 de julio - fundamento jurídico 7.º); de la Sala Primera, 66/1983, de 21 de julio («B. O. E.» de 18 de agosto - fundamento jurídico 2.º); de la Sala segunda, 86/1983, de 26 de octubre («B. O. E.» de 7 de noviembre - fundamentos jurídicos 1.º y 2.º); de la Sala primera, 80/1983, de 10 de octubre («B. O. E.» de 7 de noviembre - fundamento jurídico 1.º) y 98/1983, de 15 de noviembre («B. O. E.» de 2 de diciembre - fundamentos jurídicos 1.º y 2.º); de la Sala segunda, 22/1984, de 17 de febrero («B. O. E.» de 9 de marzo - fundamento jurídico 3.º).

(11) En contra de la opinión que he mantenido anteriormente (*La vecindad civil en los estatutos de las comunidades autónomas*, RJC, 1981, núm. 2. Vid. pp. 366-367), parece conveniente hacer las siguientes observaciones. Ciertamente las leyes que aprueban los Estatutos de Autonomía, como leyes orgánicas, son leyes del Estado (arts. 81 y 147.3 C. E.), pero escapan al poder exclusivo del Estado en cuanto tienen una cierta naturaleza paccionada (arts. 146 y 151 C. E.), y así queda recogido en todos los Estatutos, en los que se requiere una aprobación cualificada del órgano legislativo para su modificación. Por ello no parece correcto regular directa o indirectamente en los Estatutos materias que sean de la exclusiva competencia del Estado. Con semejante técnica el Estado pierde dicha competencia exclusiva, al no poder modificar esa regulación sin la aprobación del órgano legislativo de la comunidad en cuestión (y, en su caso, referéndum positivo de los electores).

sidencia habitual en Cataluña (12). Una vez producido dicho efecto, la persona nacionalizada española, y con vecindad civil catalana, quedará sometida a las reglas generales sobre cambio de vecindad civil, aplicables a todos los españoles, contenidas básicamente en el artículo 14 del Código civil. Considero válida la misma interpretación para el artículo 6.º del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, copia clara (y desafortunada en lo que tiene de negativo el modelo), aunque con alguna variante en las palabras, del mencionado artículo 7.º.2.

Esta interpretación encaja con la que desde un principio he venido defendiendo para el tan censurable artículo 15.1 del Código civil (13), poniendo remedio además —naturalmente, sólo por lo que se refiere a las vecindades catalana y balear— a los efectos negativos del mismo que, aún con dicha interpretación restrictiva, no se pueden salvar. Recordaré brevemente el tratamiento que me parece preferible para el mencionado artículo 15.1. Yo creía —y sigo creyendo— que el artículo 15.1 del Código civil debía ser interpretado restrictivamente en la medida en que no respeta, injustificadamente, el principio de reciprocidad, recogido en el último párrafo del primitivo artículo 15 del Código, y el principio de igualdad entre todos los ordenamientos civiles coexistentes en España, expresamente recogido en la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil (Ley 3/1973, de 17 de marzo). Por ello excluyo de su ámbito de aplicación todos los supuestos en los que la nacionalidad no se adquiere por residencia, no sólo el caso de recuperación del artículo 15.2 del propio Código civil, sino todos aquellos en los que el punto de conexión para la atribución de la nacionalidad no es la residencia, permitiendo así que en ellos pueda seguir jugando el principio de igualdad o de reciprocidad (recogido expresamente en la Ley 11 de la Compilación de Navarra), al integrar la correspondiente laguna legal en base al mencionado principio. Semejante interpretación encuentra también algún apoyo en la Exposición de Motivos del texto articulado del Título Preliminar (Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo), según la cual los redactores del artículo 15.1 pensaron únicamente en la adquisición de la nacionalidad por residencia (también por carta de naturaleza) (14).

(12) Sobre las posibles interpretaciones del artículo 7.º.2 del Estatuto de Cataluña y las ventajas y desventajas que derivan de unas y otras, Vid. mi trabajo citado en la nota anterior.

(13) *La adquisición y pérdida de la vecindad civil en el nuevo Título Preliminar del Código civil*, en *Conferencias sobre Derecho Foral*, Seminario de Derecho Foral de la Facultad de Derecho de San Sebastián, Curso 1975-1976, publicaciones de la Excm. Diputación Foral de Guipúzcoa. Vid. pp. 25 y ss.; *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, Vol. I. Vid. páginas 718 y ss.; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Ed. Revista de Derecho Privado —EDERSA—, Madrid, 1978, T. I. Vid. pp. 503 y ss.

(14) «En principio, la adquisición de la nacionalidad española lleva aparejada la vecindad civil común. Sin embargo, tal regla, de obligada observancia en la adquisición de la nacionalidad por carta de naturaleza sin base en la residencia, cede cuando el extranjero lleve residiendo en un territorio de Derecho foral el tiempo exigido por la adquisición de la vecindad y opte por ella en el expediente de nacionalidad, con lo que el tiempo de residencia produce un doble efecto jurídico».

Las mismas razones que inducían a esa interpretación del artículo 15.1 del Código civil son válidas también para evitar que los artículos 7.º2 y 6.º2 de los Estatutos de Cataluña y Baleares se apliquen absolutamente a todos los casos de extranjeros que, al nacionalizarse como españoles, residan en Cataluña o en las Islas Baleares, respectivamente. Sólo así cabe evitar una distorsión de nuestro sistema de vecindad civil, como sería atribuir tales vecindades civiles a los menores que adquieran la nacionalidad española por vía de los artículos 18 ó 19 por el mero hecho de residir en Cataluña o en las Islas Baleares, aunque sus progenitores tengan otras vecindades civiles. Conviene insistir en que la derogación del artículo 14.4 del Código civil no alcanza a la sujeción de los hijos a la vecindad civil de sus progenitores.

Es necesario, sin embargo, hacer algunas precisiones con respecto al valor que pueda tener actualmente la aplicación a los mencionados preceptos —artículos 15.1, 7.º2 y 6.º 2 del Código civil, del Estatuto de Cataluña y del Estatuto de las Islas Baleares, respectivamente— de ese criterio que he expuesto de interpretación restrictiva de los mismos. Por un lado, la nueva regulación de la nacionalidad y la quiebra del valor general del principio de unidad familiar dejan menos margen a la existencia de supuestos de hecho de adquisición de la nacionalidad basados en criterios distintos a los de residencia. Ciertamente quedan —como ya he apuntado— los casos de los artículos 18 y 19, número 1.º; pero todos los demás supuestos se han vuelto problemáticos en cuanto se combinan casi siempre con la residencia. Me estoy refiriendo sobre todo a los casos que en la regulación anterior de la nacionalidad se configuraban como derechos de opción y que ahora han pasado a quedar englobados en el artículo 22 del Código civil. La conclusión provisional que cabe extraer de la mencionada observación es que la interpretación restrictiva de los artículos 15.1, 7.º2 y 6.º2 da menos juego ahora que antes para liberar de sus condicionamientos el tratamiento de la materia. Volveré sobre este tema más adelante.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la interpretación restrictiva de los artículos 7.º2 y 6.º2 puede parecer menos necesaria, puesto que, de acuerdo con los mismos, el extranjero que se nacionaliza siempre puede evitar la atribución de la vecindad civil catalana o balear manifestando su voluntad en sentido contrario. De esta manera la parte que es sin duda más imperfecta en los mencionados preceptos, concediendo a los sujetos que contemplan una opción de carácter general sin justificación alguna, se transformaría en un atenuante de los excesos a los que podría conducir una interpretación no restrictiva de los mismos.

No obstante, a pesar de las consideraciones que acabo de realizar, sigo creyendo conveniente defender una interpretación restrictiva de los artículos 7.º2 y 6.º2 de los Estatutos catalán y balear, tratando de reducir su campo de aplicación al caso de adquisición de la nacionali-

dad por residencia y, quizá también, por carta de naturaleza (15). Las razones son las siguientes:

- 1.º Porque así se protege debidamente la vecindad civil catalana o la balear frente al injustificado expansionismo del artículo 15.1 del Código civil, excepción hecha de la posible renuncia a las mencionadas vecindades civiles, que me parece imposible salvar, dado el tenor literal de los preceptos estatutarios en cuestión.
- 2.º Porque así se permite que la interpretación restrictiva del artículo 15.1 del Código civil produzca todos sus efectos en beneficio de las demás vecindades civiles no protegidas por propios preceptos.
- 3.º Porque dicha interpretación puede armonizar mejor con el principio de reciprocidad recogido en la Ley 11 de la Compilación navarra.
- 4.º Porque, además, semejante interpretación del Código civil y de los Estatutos de Autonomía, limitadora de las tendencias expansionistas de los ordenamientos civiles coexistentes en nuestro país, viene impuesta por el principio de solidaridad entre las Comunidades Autónomas recogido por los artículos 2.º y 138 de la Constitución (16).
- 5.º Finalmente, porque ello favorece la unidad total o parcial de la familia, que parece deseable, por razones de seguridad y sencillez, aunque el principio de unidad familiar haya dejado de tener el valor general que antes tenía en los temas de nacionalidad y de vecindad civil.

FILIACION, NACIONALIDAD Y VECINDAD

De acuerdo con el nuevo artículo 17-1.º del Código civil, el hijo de madre española es español. Lo que no hace sino confirmar un cambio legislativo introducido ya antes directamente por la Constitución. Me remito a todo lo expuesto anteriormente en relación con el artículo 14 de la misma y con su eficacia directa e inmediata. En este caso de atribución originaria de la nacionalidad si únicamente la madre es española (y el padre no lo es), el hijo tendrá también su vecindad civil. Este resultado no difiere de lo que ocurriría si el artículo 14.4

(15) Salvo si se entiende que quien adquiere la nacionalidad por esta última vía puede elegir libremente la vecindad civil que quiera. Semejante trato privilegiado tendría como posible fundamento precisamente la naturaleza excepcional de la carta de naturaleza. Puede ser coherente conceder el privilegio de elección de vecindad civil a quien se concede el privilegio de elección de la nacionalidad española. Se trataría de conceder lo menos a quien se concede lo más.

(16) Me resisto a admitir que estos preceptos constitucionales supongan la derogación inmediata del artículo 15.1 C. c. en lo que el mismo tiene de contrario a la igualdad de trato de las distintas vecindades civiles.

del Código civil no hubiese quedado derogado por la Constitución en los términos especificados en el epígrafe anterior: la expresión «en defecto de éste», contenida en el mencionado artículo 14.4, debía interpretarse no sólo como inexistencia del padre por fallecimiento o falta de determinación legal del mismo, sino también como imposibilidad de atribuir al hijo la vecindad civil del padre si este último era extranjero. Lo mismo cabe decir en relación con el artículo 17.2.º del Código.

El tema se complica cuando —tal y como ocurre en la mayoría de los casos— ambos progenitores o adoptantes (art. 18 C. c.) son españoles, si tienen distinta vecindad civil. Con la derogación del artículo 14.4 del Código civil esa diversidad de vecindad civil de progenitores puede producirse tanto si no están casados como si lo están (17). También hay que contemplar el supuesto de adopción por uno de los cónyuges del hijo del otro. En todos estos casos se plantea el problema de determinar cuál será la vecindad civil del hijo no emancipado. Parece que la sujeción de los hijos a la vecindad civil de los progenitores tiene que producirse en estos casos por vía de la patria potestad (18). Luego si uno solo de aquéllos es titular de la patria potestad (artículos 111 y 170 C. c.), el hijo seguirá su vecindad civil. También parece posible atribuir al hijo la vecindad civil de aquel de sus progenitores que ejerce la patria potestad (artículos 156 y 159 C. c.), aunque ciertamente cabe dudar de que semejante criterio pueda dar lugar a una vecindad civil suficientemente estable para el hijo no emancipado. Si se rechaza por ello este criterio de atribución, el problema se reconduciría a lo que se expone a continuación.

La laguna más difícil de integrar con la derogación del artículo 14.4 del Código civil es la del caso más frecuente, cuando los progenitores están casados y ejercen conjuntamente la patria potestad (art. 154 C. c.). En el Congreso de Zaragoza de 1981 la conclusión segunda de la ponencia de vecindad civil proponía *de lege ferenda* lo siguiente:

«determinarán la vecindad los padres de mutuo acuerdo, igual para todos los hijos, sin que puedan elegir una distinta de la que ostentan el padre o la madre. En defecto de un acuerdo, conviene establecer criterios objetivos» (19).

(17) La adopción conjunta sólo puede tener lugar por cónyuges adoptantes (art. 172, último párrafo C. c.), que, de acuerdo con lo dicho, pueden tener vecindades civiles distintas.

(18) Es cierto que la nacionalidad de los hijos viene determinada ahora por el mero dato de la filiación (arts. 17, 19 y 25 C. c.). Lo mismo ocurre con la vecindad civil, aunque la determinación de la filiación una vez producida la emancipación no tiene por qué producir la atribución de la vecindad civil correspondiente al padre o a la madre, en contra de lo que ocurre para la nacionalidad (art. 17, último párrafo C. c.). Pero el artículo 14.4 nos remite necesariamente a la patria potestad cuando ambos progenitores sean españoles y con vecindad civil distinta.

(19) La falta de concreción de tales criterios objetivos respondió a la dificultad de alcanzar algún acuerdo sobre los mismos.

Pero en la situación actual no resulta fácil admitir la mencionada solución. De hecho no creo que ningún encargado del Registro Civil estuviese dispuesto a inscribir una declaración de voluntad de los progenitores con semejante contenido.

Las únicas soluciones posibles serían las de acudir a la vecindad civil del domicilio o a la del lugar de nacimiento del menor (20). Se trata de criterios objetivos que, pensando también en una reforma legislativa de las características correspondientes a la conclusión del Congreso de Zaragoza reproducida, podrían servir, tal y como se dice en la misma, para solucionar los supuestos de desacuerdo.

El recurso a la vecindad del domicilio puede tener un apoyo, por analogía, en el artículo 9.º.10 del Código civil, que prevé como ley personal la del lugar de residencia habitual cuando la nacionalidad sea indeterminada. Por otro lado, dicha vecindad civil coincide con la tendencia de los diversos órganos del Estado a aplicar la ley del territorio, expresamente recogida en algunos de los Estatutos de Autonomía: así, en el catalán (art. 7.º1), en el gallego (art. 38.1) y en el balear (art. 7.º). Por último, hay que añadir que normalmente esa vecindad civil del domicilio o residencia habitual terminará siendo la común de toda la familia, como consecuencia de la aplicación del artículo 14.3-2.º del Código civil.

La atribución de la vecindad civil del lugar de nacimiento es práctica en la medida que tiene un punto de apoyo claro en el actual artículo 14.5 del Código civil; aunque no fuese pensado para este supuesto de hecho, el caso es que resulta perfectamente subsumible en él. Ello es así siempre que, tal y como yo lo he entendido (21), dicho precepto no sea interpretado como encaminado a facilitar la prueba de la vecindad civil, sino como receptáculo del papel residual que al «ius soli» le corresponde en la determinación de la vecindad civil cuando el «ius sanguinis» no puede operar: por desconocerse la identidad de los progenitores, porque éstos no sean españoles; y, ahora, finalmente, en el caso que nos ocupa, porque la aplicación del «ius sanguinis» introduce también la duda («En caso de duda») sobre la vecindad civil del hijo, al remitirnos a dos vecindades civiles, la del padre y la de la madre. Recordaré someramente que las razones en que fundamento mi rechazo a ver en el artículo 14.5 del Código civil la recepción legal de una presunción se basan en que ello distorsionaría el sistema probatorio de la Ley de Registro Civil (22), así como el propio funcionamiento sustancial de la vecindad civil; además, no se corresponde con el sentido que dicha norma tenía en el Proyecto de

(20) Si la familia vive en el extranjero ambas soluciones pueden fallar. Al menos en ese caso habría que acudir al acuerdo de los progenitores que, de no existir podría ser sustituido por una decisión judicial (por aplicación analógica del artículo 156 C. c.).

(21) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Ed. Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1978, T. I. Vid. pp. 486-488.

(22) Artículo 68, párrafo 2.º. Por otra parte, dicho precepto debería ser adaptado a la nueva situación de disparidad de vecindad civil entre los progenitores.

reforma del Título Preliminar de 1962, antecedente inmediato de la misma. Finalmente —añado ahora—, la interpretación que he venido proponiendo salva una laguna legal (casos de inoperancia del «ius sanguinis») cuya integración no sería —creo yo— tan unívoca (aplicación analógica del artículo 17) y clara como ha pretendido buena parte de la doctrina.

Tanto el recurso a la vecindad civil del domicilio como el recurso a la vecindad civil del lugar de nacimiento rompen con la parte todavía vigente del artículo 14.4 del Código civil, la unidad de vecindad civil entre hijos no emancipados y uno de los progenitores. El segundo de aquéllos rompe además con la unidad de vecindad civil entre los hermanos. No obstante, esta objeción no me parece actualmente decisiva. Es cierto que el nuevo artículo 25 (también en parte el nuevo artículo 19) no implica la derogación de esa regla de unidad de vecindad civil entre progenitores e hijos, recogida en el artículo 14,4 del Código, y así lo he dicho en mi exposición anterior. Pero ello no quiere decir que aquél carezca totalmente de incidencia en la interpretación de esa regla. Evidentemente ahora el principio de unidad se ha debilitado y admite excepciones, como las que se producirían con cualquiera de las dos soluciones a las que me he referido. Son excepciones totalmente admisibles en un nuevo contexto en el que padres e hijos pueden no tener la misma nacionalidad española, en el que unos hermanos y otros pueden no tener la misma nacionalidad española, según que hayan nacido antes o después de la adquisición o de la pérdida de esa nacionalidad (arts. 19 y 25 C. c.) por sus progenitores.

No es mala ocasión, a la vista de las dificultades que se plantean, para recordar lo sencillo que sería superarlas mediante la unificación de la vecindad civil con la administrativa, la política y la residencia habitual, *de lege ferenda* (23). Pero es evidente que esa vía ha sido explícitamente rechazada por la mayor parte de la doctrina y, consecuentemente, ha quedado cerrada, al menos por el momento.

Por lo que se refiere a los casos contemplados en los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 17, la inoperancia del «ius sanguinis» para la determinación de la vecindad civil (en cada supuesto por distintas razones) obliga a recurrir al «ius soli», como ya he apuntado antes, al amparo del artículo 14.5 del Código civil. No existen cambios en estos supuestos con respecto a la solución que se daba para los antiguos números 3.º y 4.º del anterior artículo 17 del Código.

Lo dicho en relación con los artículos 17-1.º y 18 del Código civil es de aplicación al supuesto del artículo 19-1.º cuando se refiere a menores sujetos a la patria potestad de españoles (progenitores naciona-

(23) Sobre la posibilidad de utilizar el art. 7.º2 del Estatuto de Cataluña para conseguir semejante unificación, vid. mi trabajo sobre *La vecindad civil en los estatutos de las comunidades autónomas*, RJC, 1981, núm. 2, pp. 363 y ss.

En contra, Luis GARAU JUANEDA, *Comunidades Autónomas y Derecho interregional*, en «Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho internacional», VI Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1982. Vid. pp. 150 y ss.

lizados españoles después del nacimiento de los menores o adoptantes simples españoles de menores extranjeros (24). De acuerdo con la interpretación restrictiva que propugno para los artículos 15.1 del Código civil y para los artículos 7.º y 6.º de los Estatutos de Cataluña y de las Islas Baleares, respectivamente (y que ya he aplicado al supuesto del artículo 18 al prescindir de la residencia del adoptando y atribuirle en principio la vecindad civil del o de los adoptantes), creo que procede aquí también aplicar, en la medida de lo posible la parte que sigue vigente del artículo 14.4 y que atribuye a los hijos la vecindad civil de los progenitores mientras permanezcan bajo su patria potestad. La opción de la que hablaba cuando la vecindad civil de los progenitores o de los adoptantes sea distinta (a favor de la vecindad de uno o del otro) debería realizarse, en su caso, por el propio menor al tiempo de optar por la nacionalidad española en los términos previstos en el artículo 20 del Código civil. Los representantes legales se limitan a asistir al menor en su declaración de opción (25).

TUTELA, NACIONALIDAD Y VECINDAD

La determinación de la vecindad civil se complica cuando el caso del artículo 19-1.º del Código se refiere a un menor (o a un mayor (26) sometido a la tutela de un español. Esta atribución de la nacionalidad carece de antecedentes (27) y, consecuentemente, no está prevista en relación con la vecindad civil. Quizá la solución más sencilla sea la de atribuir al tutelado la vecindad civil del tutor, puesto que gracias al mismo adquiere la nacionalidad española. Parece razonable considerar que si el tutor condiciona la adquisición de la nacionalidad, debería condicionar también la adquisición de una vecindad civil. Por otra parte, se consigue así dar un tratamiento unitario al supuesto de hecho contemplado por la norma, tanto si el tutelado reside en territorio español como si no es así.

Si se acepta que en el momento de la nacionalización el tutelado, menor de edad o mayor de edad incapacitado (28), adquiere la vecin-

(24) También adoptantes nacionalizados españoles después de la adopción.

(25) Curiosamente, los catorce años de edad sirven ahora para optar por la nacionalidad española (con asistencia de los representantes legales), pero no para adquirir la vecindad civil del lugar de nacimiento, para lo que tendrá que esperarse a la emancipación (art. 14.2 C. c.).

(26) Cabe preguntarse seriamente sobre la oportunidad de semejante vía de adquisición de la nacionalidad española, así como la contemplada en el apartado 2.º del artículo 19 C. c. En cualquier caso brindan amplias oportunidades al fraude de ley.

(27) No estaba prevista en el Proyecto del Gobierno y fue introducido ya en la Ponencia sobre la base de la enmienda número 7, cuyo primer firmante era don José Luis Figuerola Cerdán (Grupo Centrista-UCD).

(28) No parece que pueda extenderse esta vía de adquisición de la nacionalidad a las personas sometidas a curatela (nuevo art. 286 C. c.) o a guarda de hecho (nuevos arts. 303 y ss.).

dad civil de su tutor, cabe preguntarse si a partir de ese momento seguirá también los cambios que se produzcan en la vecindad civil de ese tutor. La contestación debe ser negativa, ya que, de lo contrario, habría que aceptar que, a partir de la Ley 51/1982 todos los tutelados habrían de seguir en todo momento la vecindad civil de sus tutores, so pena de constituir una categoría especial de tutelados, los nacionalizados por vía del artículo 19-1.º del Código civil, diferenciados de todos los demás. Ninguna de las dos posibilidades aparece justificada en nuestro sistema actual de vecindad civil, en el que normalmente tutor y tutelado tienen vecindad civil independiente la una de la otra. La atribución inicial de la vecindad civil del tutor al tutelado debe constituir, pues, un caso excepcional, limitado al momento especial o irrepetible de la nacionalización. Eso quiere decir que la vecindad civil del tutelado seguirá siendo la inicialmente conseguida a través de su tutor hasta el momento de la emancipación o de la recuperación de la plena capacidad (29).

Frente a esta solución no queda otra alternativa que la de aplicar el artículo 15.1 del Código civil y los artículos 7.º.2 y 6.º.2 de los Estatutos de Cataluña y de las Islas Baleares, mediante una interpretación más amplia de los mismos que la que he venido defendiendo. Ello conduciría a que la mayoría de las veces (entre otras, aquéllas en que el tutelado no resida en España) se aplicase la vecindad civil común, salvo cuando hubiese previa residencia en Cataluña o en las Islas Baleares, a reserva siempre de la posible renuncia a las correspondientes vecindades civiles (que se ejercería por el tutelado mismo en el momento de la opción por la nacionalidad española, con la asistencia del tutor), salvo también cuando hubiese previa residencia en Navarra (Ley 11 de la Compilación y Ley 13). Sinceramente, yo creo que esta solución es peor que la anterior, por ser excesivamente favorable para la vecindad civil común (30), por facilitar el fraude cuando se apliquen los artículos 7.º.2 y 6.º.2 de los Estatutos catalán y balear, por romper el principio de unidad entre el tutor y el tutelado que propicia (para la nacionalidad) el artículo 19 del Código.

VECINDAD Y NACIONALIDAD EN EL SUPUESTO DEL ARTICULO 19, NUMERO 2.º, DEL CODIGO CIVIL

Aquí la referencia a la vecindad civil de los progenitores, adoptantes o tutor es mucho más problemática. Es cierto que la opción que se concede para adquirir la nacionalidad española se basa en haber estado sometido a la patria potestad o a la tutela de aquéllos, pero hay que tener en cuenta que a partir de ese momento la vecindad civil de unos y otros serán absolutamente independientes. El extranjero nacionalizado, emancipado y plenamente capaz, podrá cambiar de vecindad civil

(29) Ni siquiera debe aceptarse la posibilidad de cambio con la asistencia del tutor.

(30) Y, consecuentemente, perjudicial para las demás vecindades civiles.

con plena autonomía de acuerdo con las previsiones del artículo 14.3. Disminuye, pues, considerablemente el sentido que pueda tener atribuirle inicialmente la vecindad civil de aquéllos. No obstante esa será la solución obligada en todo caso si no se quiere recurrir a la vecindad civil común cuando la persona en cuestión no resida en España, o no resida en Cataluña o en las Islas Baleares, o en Navarra. Por ello, yo me seguiría inclinando por la no aplicación de los artículos 15.1, 7.º.2 y 6.º.2 del Código civil, del Estatuto de Cataluña y del Estatuto de las Islas Baleares, respectivamente, así como de la Ley 13 de la Compilación de Navarra.

VECINDAD Y NACIONALIDAD POR CARTA DE NATURALEZA

La Ley 51/1982 no ha introducido cambios en esta forma de adquisición de la nacionalidad española que repercutan en un tratamiento distinto de la vecindad civil. La conclusión cuarta de la ponencia de vecindad civil del Congreso de Zaragoza de 1981 concedía en ese supuesto un derecho de opción al extranjero para elegir libremente cualquier vecindad civil. La interpretación restrictiva del artículo 15.1 del Código civil (y de los artículos 7.º.2 y 6.º.2 de los Estatutos de Cataluña y de las Islas Baleares, respectivamente) permite ya alcanzar ese resultado. Si se rechaza esa interpretación restrictiva, habrá que aplicar la vecindad civil común, salvo si el extranjero reside en Cataluña, en las Islas Baleares o en Navarra. Obsérvese que éste es el único supuesto en que me parece relativamente justificado que se conceda al extranjero nacionalizado la posibilidad de renunciar en su caso a la vecindad civil catalana o balear.

VECINDAD Y NACIONALIDAD POR RESIDENCIA

La aplicación del artículo 15.1 y, consecuentemente la de los artículos 7.º.2 y 6.º.2 de los Estatutos catalán y balear (también la Ley 11 de la Compilación navarra), me parece inevitable en los supuestos de adquisición de la nacionalidad española por residencia de diez o de dos años (art. 22, párrafos 1.º y 2.º C. c.). Ello produce un resultado bastante desequilibrado en relación con el deseable principio de igualdad de las diversas vecindades civiles coexistentes en España. Los nacionalizados adquirirán la vecindad civil común, salvo si residen en Navarra (Ley 11 de la Compilación), en Cataluña o Baleares y no renuncian a la correspondiente vecindad civil, siempre que no opten por otra vecindad (Galicia, País Vasco, Aragón) si se dan los requisitos previstos al efecto por el propio artículo 15.1 del Código civil.

En cambio, no resulta tan clara la aplicación de los mencionados preceptos para los cuatro supuestos contemplados en el párrafo 3.º del artículo 22 del Código civil, para los que basta con un año de residen-

cia. Cierto que se trata de supuestos de adquisición de la nacionalidad por residencia, los que precisamente reservábamos para esos preceptos, a pesar de la interpretación restrictiva de los mismos. Pero resulta que estos supuestos requieren una residencia especialmente breve porque en sus beneficiarios concurren otras circunstancias (31) que podrían servirnos de base para concederles una vecindad civil distinta: la del lugar de nacimiento (número 1.º), la de los progenitores, adoptantes o tutor (números 2.º y 3.º), la del cónyuge (número 4.º). Podríamos decir que el punto de conexión para la concesión de la nacionalidad española es mixto: residencia más lugar de nacimiento, o filiación, o parentesco, o tutela, o matrimonio. Puede inducir a hacer pesar más este segundo elemento para la concesión de la vecindad civil el hecho de que, como ya he dicho, la consideración prevalente de la residencia conduce a un resultado desequilibrado, básicamente como consecuencia del artículo 15.1 Código civil. Pero quizá ello no debe distorsionar la configuración que nuestro Ordenamiento da a estos supuestos de adquisición de la nacionalidad, en los que la circunstancia final y decisiva para dicha adquisición es precisamente la residencia en España, aunque sólo sea por un año. En tal sentido las circunstancias consideradas en los tres primeros números del párrafo 3.º del artículo 22 no garantizan un mayor arraigo a algunas de las Comunidades de nuestro país que ese período de un año de residencia. En cambio, la solución podría ser la contraria en el número 4.º cuando se trate de un matrimonio no disuelto. A ello se suma la conveniencia de propiciar la unidad de la vecindad civil en el seno de una familia, empezando por el matrimonio. La que evidentemente no existe cuando el matrimonio se ha disuelto. No obstante, tampoco me inclino por conceder al cónyuge de español o española, que adquiere la nacionalidad al amparo de ese apartado número 4.º del artículo 22 del Código, la misma vecindad civil que ostente su consorte español, mientras el matrimonio no esté separado ni disuelto.

Hay que tener en cuenta que en estos últimos cuatro casos del artículo 22 el tiempo abreviado de residencia de un año no permitirá normalmente hacer uso de la opción que concede el artículo 15.1 Código civil para la adquisición de la vecindad civil correspondiente al lugar de residencia. Supone ciertamente una distorsión del sistema que con un año de residencia se pueda adquirir la nacionalidad española, pero no la vecindad civil del lugar de residencia. Ello proviene de que en el momento de redacción del artículo 15.1 el tiempo más breve para la adquisición de la nacionalidad por residencia era de dos años, lo que coincidía con el período de dos años del artículo 14.2 para los cambios voluntarios de vecindad civil.

(31) Esas circunstancias o similares eran las que en la regulación anterior permitían directamente la adquisición de la nacionalidad por opción, sin necesidad de residencia alguna (arts. 18 y 21 C. c. anteriores).

VECINDAD Y RECUPERACION DE LA NACIONALIDAD

Es este el único caso en que el artículo 15.2 del Código civil establece una regulación acorde con el principio de igualdad entre todos los ordenamientos civiles españoles. De ahí que sea deseable su vigencia general, sin excepción alguna. Ello se consigue con la interpretación restrictiva de los artículos 7.º.2 y 6.º.2 de los Estatutos de Autonomía de Cataluña y de las Islas Baleares, respectivamente. Hay que tener en cuenta que la Ley 13 de la Compilación de Navarra no supone excepción a la vigencia general del artículo 15.1, puesto que se limita a establecer una presunción y tiene un valor meramente probatorio. En cambio, la Ley 12.2 de la Compilación es la que se ocupa de la regulación sustantiva de este supuesto y, en consonancia con el principio de reciprocidad de la Ley 11, atribuye la vecindad civil navarra a los navarros que recuperen la nacionalidad española que hubiesen perdido.

Aunque el artículo 26 prevea, como normal, la residencia durante un año, la doctrina no ha considerado nunca la recuperación de la nacionalidad como un caso de adquisición de la misma por residencia. No veo, pues, dificultad alguna para esquivar en este supuesto de recuperación la aplicación de los mencionados preceptos estatutarios, que, por otra parte, serán siempre ineficaces cuando se dispense el requisito de la residencia (art. 26, pár. 2.º, C. c.).

VECINDAD Y PERDIDA DE LA NACIONALIDAD DEL TITULAR DE LA PATRIA POTESTAD, VECINDAD Y SUJECION A LA PATRIA POTESTAD DE UN EXTRANJERO

Se trata de considerar la repercusión que en la vecindad civil del menor puedan tener los supuestos contemplados en el artículo 25 del Código civil. El español que pase a depender de la patria potestad de extranjeros conservará, junto con la nacionalidad española la vecindad civil que tuviese en ese momento, y que permanecerá inalterable (salvo si esos extranjeros adquiriesen la nacionalidad española) hasta su emancipación. Lo mismo ocurrirá cuando los titulares de la patria potestad (que la ejerzan) pierdan la nacionalidad española.

La cuestión se complica cuando cualquiera de los dos supuestos que acabo de tratar afectan únicamente a uno de los dos posibles titulares de la patria potestad, mientras que el otro es español. Si ambos ejercen conjuntamente la patria potestad, la vecindad civil del menor debería quedar sujeta a la vecindad civil del progenitor o adoptante español. La misma solución resulta evidente si el progenitor o adoptante español es el que ejerce la patria potestad en exclusiva. El supuesto más complicado es aquél en que el ejercicio de la patria potestad corresponda exclusivamente al progenitor o adoptante extranjero. Parece que en este caso debería optarse por mantener la vecindad civil del menor al margen de la de ese titular de la patria potestad que no la ejerce.

CONSIDERACIONES FINALES

La breve exposición realizada sirve para confirmar lo complicada e incierta que resulta en estos momentos la regulación de la vecindad civil. En relación con ella se han ido produciendo un conjunto de normas a lo largo del tiempo, de naturaleza muy diversa, que encajan mal las unas con las otras y que, al mismo tiempo, presentan lagunas con respecto a determinados supuestos. Ello pone de relieve lo necesario que es «la promulgación de una ley general, válida para todo el territorio español, en la que, con criterios de igualdad para todas las Comunidades españolas, se regule lo concerniente a la vecindad civil», «en el marco de una ley general de conflictos de Derecho interregional», tal y como se dice en la conclusión séptima de la ponencia de vecindad civil del Congreso de Zaragoza de 1981, reiterando una vez más la aspiración continuamente manifestada por todos cuantos nos dedicamos al estudio del Derecho. Mientras que esa deseada legislación se produzca tendremos que seguir aplicando las normas de que disponemos, interpretándolas de acuerdo con la realidad social de nuestro tiempo, como indica el artículo 3.º.1 del Código civil. La interpretación que yo he ofrecido intenta llevar a cabo semejante interpretación partiendo de dos presupuestos que se complementan: el respeto a la Constitución y el respeto por igual a todas las vecindades civiles españolas.

Notas sobre un caso de supresión o de exoneración de obligaciones legales de un contratante

(Arts. 1.475-3.º, 1.476 y 1.477 del C. c.)

Por ROBERTO BLANQUER UBEROS

Notario

I. INTRODUCCION

Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente (art. 1.445 del C. c.), y por él el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta (art. 1.461 del C. c.); en virtud del saneamiento el vendedor responderá al comprador: 1.º de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida, 2.º de los vicios o defectos ocultos que tuviere (art. 1.474 del C. c.).

El saneamiento en caso de evicción tendrá lugar, o procederá, cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada; y el vendedor responderá de evicción aunque nada se haya expresado en el contrato (párrafos primero y segundo del art. 1.475 del C. c.).

Dentro de la tradición romanista (1) nuestro Código civil concibe el contrato de compra y venta definido, a los efectos que nos interesan, por estas notas:

- a) Es un tipo contractual idóneo para articular jurídicamente actos de la realidad económica y social de cambio de bienes por dinero.
- b) Es un contrato bilateral y oneroso. Como bilateral genera obligaciones a cargo de ambas partes (la de entrega de la cosa y la de entrega del precio) y como oneroso para cada parte contratante se

(1) Badenes Gasset, Ramón, «El contrato de compraventa». Ed. Tecnos, Madrid, 1969, págs. 57 y anteriores. Ferrandis Vilella en Castán Tobeños, «Derecho civil español, común y foral», tomo cuarto, décima edición. Ed. Reus, Madrid, 1977, págs. 66 y otras. Albadalejo, Manuel, «Derecho civil II, Derecho de obligaciones», tercera edición. Librería Bosch, Barcelona, 1975, pág. 9.

entiende por causa la obligación a cargo de la otra parte (art. 1.274). Y en principio y en general, conmutativo.

c) Es un contrato de alcance variable, en cuanto al significado de la entrega de la cosa objeto de la venta.

d) Es un contrato que persigue una finalidad traslativa de dominio, de manera normal, aunque no de manera exclusiva o necesaria (2).

II. DIVERSOS SIGNIFICADOS DEL ALCANCE DE LA OBLIGACION DE LA «OBLIGACION DE ENTREGA» DE LA COSA VENDIDA

A) *Significado típico*.—Según los preceptos generales transcritos, según el artículo 1.502, al permitir al comprador, si fuese perturbado en la posesión o en el dominio de la cosa adquirida o si tuviese fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, y, en particular, según el artículo 1.462, párrafo primero, conforme al cual se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador la obligación de entrega tiene, según el propio sentido gramatical y ordinario de tal expresión, el alcance de la doble obligación de entregar la cosa vendida al poder y posesión del comprador y de mantener a éste en el goce quieto y pacífico de la posesión y poder de la cosa (3).

B) *Mayor alcance que el significado típico*.—Es el caso de que el vendedor, de manera expresa, se obligue a transmitir al comprador no sólo el poder y posesión de la cosa vendida, sino expresamente la propiedad de la cosa vendida. Es indiferente que se trate de transmisión en pleno y libre dominio, o con sujeción a gravámenes. Lo definitorio de esta modalidad es el compromiso de transmitir propiedad. Una manifestación particular, e indirecta, de este caso se produce cuando el vendedor asegura ser propietario dándose a esta circunstancia el carácter de presuposición o base de la venta (4).

(2) Pueden consultarse las obras antes citadas, también «La compraventa según el nuevo Código civil italiano», Ruggero Luzzatto, trad. y notas por Francisco Bonet Ramón. Inst. Ed. Reus, Madrid, 1953. Karl Larenz, «Derecho de obligaciones», tomo II. Ed. Rev. Der. Priv. Madrid, 1959. Luis Díez Picazo y Antonio Gullón, «Sistema de Derecho civil», volumen II, cuarta edición revisada al día. Ed. Tecnos, Madrid, 1983.

(3) El problema de la transmisión de dominio en la compraventa es clásico en nuestro Derecho. Excluyen los límites de estas notas el intento de una nota bibliográfica sobre este tema y de un apunte de Derecho comparado. Los artículos 609 y 1.095 configuran, con los referentes a la compraventa, el sistema de nuestro Derecho.

(4) Siguiendo los sistemas de otros ordenamientos, y al amparo del ámbito de lícita y eficaz actuación del principio de autonomía de la voluntad, cabe pactar como presupuesto o base de la perfección del contrato que el vendedor ostente la condición de propietario de la cosa y cabe pactar como contenido y finalidad del contrato que el vendedor transfiera al comprador la propiedad de la cosa, mediante la entrega de la misma

C) *Menor alcance que el significado típico.*—La obligación del vendedor tiene menor alcance cuando no se extiende al saneamiento de la cosa objeto de la venta, sino se limita a su entrega. Da lugar a un tipo de compra y venta simplificado, indudablemente primitivo, que no deja de ser un tipo legal en nuestro sistema: aquél en el cual el vendedor está obligado a la entrega de la cosa vendida, pero no a su saneamiento por evicción (5).

No nos interesa el significado de la obligación de saneamiento por vicios ocultos y la trascendencia de su presencia o ausencia en relación al alcance de la «obligación de entrega».

III. LOS PACTOS REFERENTES AL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN Y SU ALCANCE RESPECTO DE LA «OBLIGACION DE ENTREGA»

En el epígrafe anterior nos hemos referido a unos tipos, legales y usuales, de compraventa según el alcance de la «obligación de entrega», diseñándolos con claro intento de presentarlos con clarificadora simetría.

En la realidad de los contratos, celebrados día a día por la práctica usual, no se diseñan éstos según tipos definidos doctrinalmente con más o menos precisión, sino que no siendo los contratantes expertos en derecho se establecen cláusulas expresivas de las declaraciones de voluntad formadas y formuladas: a) mediante el empleo de palabras, expresiones, giros y locuciones del lenguaje vulgar: b) expresando la finalidad pragmática, meramente práctica, de las partes (6).

Nuestro derecho no regula al contrato de compraventa de manera técnica y conceptuosa, sino con lenguaje llano y técnica sencilla, buscando la facilidad de la aplicación del Derecho tanto en atención a la cele-

o incluso atribuyendo a la perfección del contrato «per se» el carácter de «acuerdo o conformidad que comporta la entrega de la cosa» (art. 1.463 del C. c.). En el primer caso la falta de la base o presuposición comporta la imposibilidad del nacimiento de la relación contractual y en el segundo caso la correspondencia correspondiente al sinalagma, genético y funcional, se produce de manera plena, así como sus efectos.

(5) La venta a riesgo y ventura es un tipo de compra y venta en la que el sinalagma se concreta a las entregas de precio y de la cosa de manera total y plena. Verificada la entrega de ambos se consume y extingue totalmente la compraventa, sin que los eventos posteriores, cualquiera que sea su trascendencia práctica, justifiquen volver a ella. No me planteo los problemas de riesgo por pérdida de la cosa antes de la entrega y del pago del precio; me bastan los problemas de evicción de la cosa entregada una vez pagado el precio. Respecto de estos últimos problemas la situación es muy análoga a la de la primitiva compraventa consensual romana, coexistente con la mancipatio, antes de la introducción de la *satisfatio* o *repromissio secundum mancipium* o de la *estipulatio habere licere* o *duplae* para caso de evicción.

(6) De ahí la importancia de la labor de asesoramiento, consejo y conformación de voluntad que tienen encomendada los notarios al autorizar los contratos y demás actos extrajudiciales (art. 1 L. N.) y al redactar las escrituras matrices (art. 17 L. N.).

bración, interpretación y cumplimiento de los contratos como en contemplación a las solución de pleitos y diferencias que puedan surgir acerca de dichas facetas o aspectos de la vida y consumación de los dichos contratos. Por ello nuestro derecho se ocupa de los pactos configuradores del alcance de la «obligación de entrega» y no los tipos contractuales correspondientes (7).

En principio se afirma la posibilidad de estos pactos; y después de imponer al vendedor la responsabilidad por evicción aunque nada se haya expresado en el contrato añade que «los contratantes, sin embargo, podrán aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor» (párrafo tercero del artículo 1.475 del C. c.) (8).

Además de establecer esta posibilidad, el Código civil establece normas que tienen, a mi parecer, una doble finalidad: Una es la de atribuir determinada eficacia a los pactos según su construcción gramatical; otra es la de valorar el pacto introducido según la intención, la voluntad práctica realmente perseguida por las partes. Por ello debemos referirnos, con detalle a tales pactos.

Y dado el enfoque de estas leves consideraciones prescindimos de toda referencia a los pactos o cláusulas que aumentan la obligación legal del vendedor y a los que, según sus términos literales, sólo persigan su limitación.

IV. PACTOS DE SUPRESION «PURA Y SIMPLE» DE LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR POR EVICCIÓN.

Son los pactos o cláusulas mediante los cuales, según sus propios términos, se suprime la obligación legal (de responder de la evicción) a cargo del vendedor (art. 1.475, 3.º del C. c.) o se exime al vendedor de responder por evicción (art. 1.476 del C. c.), o mediante el cual el comprador hubiese renunciado al derecho de saneamiento para el caso de evicción (dicción inicial del art. 1.477 del C. c.). Son, en definitiva, pactos de exoneración de una obligación o responsabilidad contractual procedente según el tipo legal del contrato.

Estos pactos son válidos «per se». Porque la ley prevé que se concierten o establezcan (art. 1.475, 3.º del C. c.) y porque atribuye una determinada eficacia a su introducción en el contrato (art. 1.477 del Código civil).

(7) Resultaría muy interesante, aunque nos desviaría de nuestra finalidad, contemplar el régimen de riesgos (por pérdida fortuita) de la cosa vendida antes de la entrega y compararlo con el régimen de evicción y analizar los diversos pactos posibles. Badenes, *op. cit.*, traj. 606, recoge la doctrina italiana, cuyo código vigente ha recogido fielmente las consecuencias de las construcciones dogmáticas. Lo que debemos preguntarnos es acerca de la armonía interna total de cada sistema y de su adecuación a la idiosincracia y manera de ser de los pueblos respectivos.

(8) De la mera existencia de esta posibilidad se deduce que la evicción no es esencial a la compraventa. Es una deducción razonable y común en la doctrina.

Acontece que tienen una particularidad de no pequeña trascendencia: el efecto atribuido por el Código civil al pacto de pura y simple exoneración al vendedor de la responsabilidad en caso de evicción no es el de exoneración de toda la responsabilidad legal, sino el de exoneración de sólo una parte de ella (9).

En efecto, cuando nada se haya pactado sobre el saneamiento para el caso de evicción el comprador tendrá derecho a exigir del vendedor (en caso de evicción, y concurriendo los demás presupuestos para hacer efectiva la responsabilidad de éste): 1.º El precio que tuviese la cosa vendida al tiempo de la evicción, sea mayor o menor que el de la venta; 2.º Los frutos y rendimientos, si se le hubiese condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio; 3.º Las costas del pleito que haya motivado la evicción y en su caso las del seguido con el vendedor para el saneamiento; 4.º Los gastos del contrato, si los hubiera pagado el comprador, y 5.º Los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato, si se vendió de mala fe (artículo 1.478 del C. c.). Cuando se haya pactado pura y simplemente la supresión de la obligación de saneamiento, o se haya eximido al vendedor de esta responsabilidad o el comprador hubiese renunciado al derecho correspondiente, no se produce la exoneración de responsabilidad por evicción, sino que el vendedor deberá «entregar únicamente el precio que tuviese la cosa vendida al tiempo de la evicción» (art. 1.477 del C. c.).

Debemos, pues, afirmar que el puro y simple pacto de exoneración de responsabilidad no exonera de toda responsabilidad, sino que sólo exonera de parte de la responsabilidad. Exonera solamente de la responsabilidad por los conceptos de los números 2.º al 5.º, inclusive, del artículo 1.478 del Código civil y no exonera de la responsabilidad por el concepto del núm. 1.º de este último artículo.

Dicho de otra manera: El vendedor exonerado de responsabilidad para caso de evicción por pacto puro y simple de exoneración o de renuncia sigue respondiendo de evicción, y a virtud del pacto de exoneración de responsabilidad por evicción dicha responsabilidad se limita a la entrega del precio de la cosa vendida al tiempo de la evicción (10). Es claro, aunque no nos interese su estudio, que esta entrega no tiene significado resolutorio ni restitutorio, sino indemnizatorio.

(9) Por ello entiendo que podemos decir que el saneamiento en caso de evicción es un efecto natural, y tan natural que la ley lo mantiene, aunque sea sólo en parte, incluso en caso de pacto puro y simple de eximir al vendedor de la responsabilidad de saneamiento por causa de evicción. En otros términos, el Código permite el pacto contrario, y a la vez que lo permite, minimiza los efectos de tal pacto.

(10) En nuestro Derecho la renuncia pura y simple al saneamiento de evicción no es la renuncia a los efectos naturales de la pérdida del objeto del contrato y, al ser oneroso, a la desaparición de su causa (como en principio apunta Badenes y como sucede en el Derecho alemán e italiano moderno y francés), con los consiguientes problemas en relación al artículo 6.2 del C. c., sino que la renuncia pura y simple al saneamiento en caso de evicción tiene el valor de una reducción de la responsabilidad del vendedor por dicho saneamiento.

Por tanto, la eficacia del pacto o de la cláusula no es la que corresponde a la voluntad manifestada (pura y simple exoneración o liberación de responsabilidad), no es una eficacia negocial según el principio de autonomía de la voluntad, es una eficacia legalmente establecida y tasada. Es una eficacia parcial ya que el pacto o la cláusula exoneran no de toda sino de parte de las responsabilidades legales (o de parte de la extensión de la responsabilidad legal) y es una eficacia tasada, porque la ley delimita el efecto parcial de la exoneración o de la liberación o de la renuncia pura y simple, estableciendo la responsabilidad legal subsistente no obstante la renuncia, o exoneración concedida y expresada como pura y simple voluntad de liberación al vendedor de sus responsabilidades caso de evicción.

V. PACTOS DE SUPRESION DE LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR «CON CONOCIMIENTO DE LOS RIESGOS DE EVICCION POR PARTE DEL COMPRADOR QUE SE SOMETE A SUS CONSECUENCIAS»

Según el artículo 1.477 del Código civil el pacto o cláusula de supresión de la obligación legal del vendedor de responder de la evicción, o el que exima al vendedor de esta responsabilidad, o el de renuncia por el comprador al derecho al saneamiento producirán plenamente el efecto de exoneración de responsabilidad o de renuncia de derecho cuando «el comprador hubiese hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias» (11).

Conviene precisar modalidades de la presentación del supuesto de hecho.

A) Cuando la manifestación de voluntad negocial expresa la exo-

(11) La doctrina inmediatamente posterior a la publicación del C. c. (Sánchez Román, Manresa, Scaevola) apuntaron problemas de redacción contractual —de formulario contractual o notarial— y a problemas de real conocimiento —aunque no expresado en el texto del contrato—. Conviene apuntar que, conocidos y contemplados los riesgos de evicción, las partes no convierten (como podían hacer por convenio) dicha evicción en un evento resolutorio mediante la correspondiente condición, ni regulan convencionalmente efectos anulatorios de la evicción con sus correspondientes indemnizaciones, sino que las partes, a la vista de tales riesgos, deciden que la sobrevenida de los mismos no producirá responsabilidad del comprador. El ordenamiento respeta ahora el pacto conscientemente concluido desde posiciones de igualdad, y en cambio minimiza el alcance del pacto adoptado sin que conste la contemplación y reflexión acerca del riesgo (art. 1.477, primer inciso, del C. c.). Este precepto 1.477 del C. c. se presta a serias reflexiones acerca del significado y alcance del principio de la autonomía de la voluntad y de sus limitaciones, establecidas para asegurar una posición de igual y equivalente libertad a ambas partes. Acerca de estas cuestiones véanse las reflexiones de Hernández Gil en «Derecho de obligaciones», y de Castro, en «Negocio jurídico», y en «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes».

neración de responsabilidad o la renuncia al saneamiento en relación a un determinado riesgo de evicción cuyas consecuencias, caso de realizarse, se aceptan. Tres notas parece que deben concurrir en la manifestación: a) la exoneración o renuncia; b) la hipótesis de evicción que se contempla como riesgo; c) el sometimiento a las consecuencias de que se produzca la evicción y no proceda el saneamiento a causa de la renuncia o no sea exigible la responsabilidad a causa de la exoneración. Concurriendo las tres notas el efecto liberatorio de responsabilidad o el efecto extintivo de la renuncia se producen de manera total.

Comparando esta cláusula con la pura y simple de renuncia o exoneración se aprecia la diferencia de planteamiento fáctico; de la que nos ocupa resulta clara y paladinamente que el comprador «sabe lo que hace», que asume «consciente y responsablemente» una posición contractual arriesgada. Y comparando los efectos de una y de otra resulta claro que el legislador no restringe la autonomía privada en esta materia de exoneración de responsabilidad por evicción, sino impone cautela en la interpretación de las «palabras y términos», pues aun siendo «claros» los de la cláusula de pura y simple renuncia o exoneración no les atribuye su propio significado literal.

En efecto, el legislador prevé la exclusión negocial del saneamiento en caso de evicción; pero sólo permite la plena supresión de tal responsabilidad del vendedor cuando no sólo está clara la voluntad negocial en tal sentido, sino también está claro que tal voluntad se ha formado con pleno conocimiento de la situación de hecho y de su trascendencia.

Esta norma configuradora de la autonomía de la voluntad tiene una derivación o manifestación de carácter y alcance interpretativo: el pacto, la cláusula o la manifestación de voluntad pura y simplemente expresivas de exoneración de responsabilidad o de renuncia de derecho no son objeto de interpretación según el significado usual de sus términos, aunque sean claros, sino son objeto de una valoración legal que les atribuye valor parcial, según antes dijimos.

B) Cuando la voluntad negocial se manifiesta con palabras o términos de exoneración o renuncia pura y simple, pero se ha formado y se ha manifestado sometándose a las consecuencias de un conocido riesgo de evicción.

El caso es subsumible en el anterior, letra A), en cuanto al fondo del asunto, siempre que el vendedor pruebe el hecho del conocimiento del riesgo de evicción por el comprador y de la aceptación por éste de las consecuencias. El Código civil requiere un presupuesto para el efecto de exoneración o renuncia; y basta la realidad del mismo, sin requerir su expresión en la manifestación de voluntad negocial, esto es, sin requerir ni formas ni formulismos para su eficacia.

El vendedor deberá probar, para lograr la plenitud del efecto exoneratorio de una cláusula concebida en términos puros y simples, que ésta fue incluida en el contrato «con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometándose a sus consecuencias». Y aunque es más cómo-

da tal prueba si la propia cláusula es utilizable como medio (como ocurre en el caso A) no es imposible que el supuesto de cláusula de renuncia «pura y simple» otorgada por comprador que los conoce y se somete a riesgos» se dé en la práctica.

C) Cuando la manifestación de voluntad negocial se produce acompañando a los términos de exoneración o de renuncia una «genérica referencia» al conocimiento de los riesgos de la evicción y al sometimiento a sus consecuencias.

Desde un punto de vista documental o formal el caso es diverso del anterior inmediato letra B), pero si se contempla como cuestión de fondo o material el caso es el mismo, pues no cabe la menor duda acerca de la exigencia del Código civil en el artículo 1.477 para el pleno efecto extintivo de la cláusula de renuncia. El Código civil exige que el comprador conozca, y no sólo que alegue conocer ni que se diga que conoce, los riesgos sometiéndose a sus consecuencias; exige que los conozca efectivamente, exige que la cláusula sea contraída con perfecto conocimiento «de causa».

La «genérica referencia» al conocimiento de riesgos consignada en la manifestación de voluntad contractual no es suficiente por sí sola para producir el pleno efecto liberatorio perseguido por la declaración de exoneración o el extintivo correspondiente a la cláusula de renuncia y se precisa para tal efecto la prueba del real conocimiento de riesgos y consiguiente sometimiento a sus consecuencias; pero no debe ignorarse el valor de tal «genérica referencia» como un medio más destinado a la prueba del real conocimiento y consiguiente sometimiento.

La consignación en el texto contractual de lo referente al riesgo de evicción conocido y asumido no es requisito para el efecto jurídico de exoneración de responsabilidad, ya que éste no está sujeto a formalidades o formulismos determinados. A la vez la consignación de tal extremo es una facilidad para la efectividad plena de la exoneración. Como no deja de ser una facilidad, aunque menor, la consignación de una «genérica referencia».

La mera «genérica referencia» puede dar lugar a una efectiva exoneración, si invocado tal efecto por el vendedor el comprador así lo admitiese, en trance de pretensiones posteriores a la evicción, sin que, atendido el conocimiento de riesgos por el propio comprador deba probarlo el vendedor como existente al tiempo de contratar.

Finalmente debo advertir que el conocimiento de un riesgo de evicción no justifica la plenitud del efecto liberatorio de una cláusula de exoneración cuando la evicción tiene lugar por otra causa, pues las consecuencias de tal evicción en relación a la cláusula de renuncia o exoneración no se enmarcan en el inciso final del artículo 1.477, sino en la primera proposición de éste, siendo responsable el vendedor solamente del precio de la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya que decaída la cláusula de su carácter calificado valdría como renuncia o exoneración pura y simple.

VI. LA MALA FE DEL VENDEDOR

Según el Código civil la mala fe del vendedor hará nulo todo pacto que le exima de responder de la evicción de la cosa vendida (artículo 1.476 C. c.).

Si el vendedor procede de mala fe el pacto de exoneración es nulo, por lo que la responsabilidad por evicción será regulada según la norma del artículo 1.478, que configura el supuesto típico legal.

¿Cuándo procede el vendedor de mala fe? Es indiscutible que cuando conoce la causa de evicción y la oculta al comprador. Siendo indiferente que la manifestación de voluntad contractual este concebida en términos «puros y simples» o que contenga, además, una «genérica referencia» a riesgo de evicción (12).

Parece que no puede imputarse mala fe al vendedor cuando del propio contrato resulta que el comprador conoce el riesgo específico de evicción y se somete a sus consecuencias. Ni cuando el vendedor puede probar que ha comunicado al comprador la causa de la evicción respecto de la que reclama la efectividad (plena o limitada) de la cláusula de exención o exoneración de responsabilidad.

Excede de la modesta finalidad de este trabajo analizar el caso del concurso de mala fe del vendedor (conoce causa de evicción y la oculta al comprador) con la peculiar conducta del comprador que conociendo la causa de evicción oculta tal conocimiento con la intención de obtener las ventajas del comprador correspondientes a una cláusula de exoneración de responsabilidad del vendedor y de invocar después la plena responsabilidad caso de acontecer la evicción con invocación de mala fe del vendedor. Claro que si reconducimos el tema a la dolo contractual, como supuesto de mala fe contractual, conforme al artículo 1.270 del Código civil, la mala fe de ambas partes se compensa, la cláusula de exoneración es válida... aunque, repito, no es oportuno dilucidar si con los limitados efectos del artículo 1.477 en su primer inciso o con los plenos de su inciso final. Pienso, es obligado decir esto como mínimo, que la solución justa tendrá en cuenta si la cláusula de exoneración produjo, por el mero hecho de su consignación en el texto contractual, ventajas para el comprador, razonablemente compensatorias del riesgo asumido.

VII. LA VENTA A RIESGO Y VENTURA DEL COMPRADOR

Se trata de una modalidad de compraventa diversa del tipo legal; pero prevista en el Código civil. La previsión es, en realidad, de los pactos que conducen a esta modalidad.

(12) El art. 1.476 podía ser un caso particular de dolo, esto es, de aplicación de la doctrina del dolo contractual a la obtención del pacto de exoneración mediante la ocultación al comprador del riesgo de evicción conocido por el vendedor (arts. 1.265 y 1.270 del C. c.).

En mi opinión la compraventa a riesgo y ventura del comprador es posible convenirla en términos generales, y sin necesidad de una detallada y especificada mención de los riesgos de evicción.

Claro es que supone una concepción del problema con un enfoque radicalmente diverso al seguido hasta aquí. No se trata de una venta en la que se inserta una cláusula o mención de exoneración o remisión de responsabilidad o de renuncia al derecho de saneamiento.

Se trata de una compra y venta concebida como contrato con finalidad simple de entrega de la cosa, por lo que el precio se fija como contraprestación de tal obligación, esto es se concibe el contrato como conmutación de mera entrega de cosa a cambio de un precio que no es el correspondiente al objeto de la venta en sí, sino a su mera entrega. Al no haber correspondencia entre cosa y precio queda justificada la asunción de riesgos por el comprador, sin precisar referencia a los riesgos de evicción y al sometimiento a sus consecuencias (13).

Claro que prácticamente el resultado es el mismo al de una venta con pacto de renuncia a saneamiento de evicción con expresión y conocimiento de todos los riesgos posibles. Y claro es, también, que en la práctica puede conformarse la voluntad negocial hasta hacer concurrir en el caso concreto la concepción de la venta con exoneración de responsabilidad por evicción (con todos los requisitos para la plena efectividad) y de la venta con precio fijado en atención a la asunción de riesgo y ventura por el comprador expresada en el propio texto contractual.

VIII. CONCLUSIONES DEDUCIBLES DEL REGIMEN LEGAL DE UNAS CLAUSULAS DE EXONERACION. SU APLICACION EN CLAUSULAS DE EXONERACION EN CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS

Primera.—El pacto de pura y simple exoneración es válido.

Segunda.—El pacto de pura y simple exoneración no produce los efectos correspondientes al sentido propio y usual de sus términos,

(13) En definitiva, el apoyo de esta modalidad está en la coincidencia del elemento objetivo intrínseco en el contrato de la correspondencia entre entrega de la cosa y pago del precio, en sus estrictos términos, como sinálgama de significado genético y funcional con el elemento real y trascendente de una justificación por la diferencia entre precio convenido con el precio usual en compraventa plena del mismo objeto, cuya diferencia en menos es la correspondencia o contrapartida a la reducción de derechos, garantías o seguridades del comprador. Recordemos cómo De Castro dedica su atención como condiciones generales merecedoras de especial régimen a las de exoneración de responsabilidades cuando no van acompañadas de la compensación correspondiente; esto es, lo preocupante para el jurista no es la exoneración en sí, sino la exoneración injustificada, u obtenida sin contrapartida (pág. 83 de su obra citada sobre condiciones generales. Ed. Civitas, Madrid, 1975).

aunque sean claros y sencillos éstos, sino los efectos parciales, de exoneración parcial, que determina la ley.

Tercera.—El efecto pleno liberatorio del pacto de exoneración requiere que éste se produzca entre partes conscientes, singularmente aquella cuyos derechos disminuyen a causa de la exoneración, del alcance del pacto.

Cuarta.—Las razonables compensaciones obtenidas por el comprador son medio de prueba aceptable para acreditar su conocimiento de los riesgos de evicción compensados.

Quinta.—El pacto de exoneración puede ser nulo cuando es introducido de mala fe por una parte contratante. La nulidad no surge del pacto en sí, ni de la desproporción de prestaciones resultante del mismo; la nulidad surge por causa de mala fe, por causa de la conducta contractual de la parte beneficiaria del pacto de exoneración.

Sexta.—La defensa del tipo legal, así como el aseguramiento de la seriedad de la generación de los contratos, no requieren soluciones anulatorias, bastando soluciones interpretativas y delimitativas de la eficacia.

Séptima.—La solución anulatoria se justifica bien cuando así resulta conforme a los principios y reglas generales de la contratación, bien cuando se establece como supuesto de aplicación singular o especial simplificadora y directa de estos últimos (14).

(14) Como dice De Castro, op. cit., últ., pág. 86, hay cláusulas comprendidas en condiciones generales que son nulas «per sé» y lo serían igualmente de estar contenidas en un contrato individual. Por ello no parece oportuno vehículo legislativo la legislación de condiciones generales para declarar la nulidad de una cláusula como contraria a derecho, incluso para caso de incluirla en contratos singulares.

Las bases de actualización para las cantidades debidas por cargas, alimentos o pensión en el Convenio Regulator de Separación Matrimonial y Divorcio

Por JOSE BONET CORREA

1. Entre los civilistas españoles, don Federico de Castro y Bravo es uno de los grandes maestros que, al tratar la teoría y la praxis del negocio jurídico ha caracterizado precisamente la distinción entre los «negocios jurídicos patrimoniales» y los «negocios jurídicos del Derecho de familia» (1). Ya entre sus mejores discípulos, Díez-Picazo, respecto a este tipo de relaciones jurídicas híbridas (2), hizo ver el olvido en que incurre la doctrina española, aunque no haya dejado de mencionarlas, por lo que no han faltado sus análisis indirectos o de ciertas modalidades tanto desde el aspecto normativo (3) como desde su perspectiva histórica (4).

(1) CASTRO Y BRAVO, F. de: *El negocio jurídico*. Madrid, 1967, p. 275.

(2) Díez-PICAZO, L.: *El negocio jurídico del Derecho de familia*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia (junio 1962), p. 771 ss.

(3) Cfr. RAVENTÓS Y NOGUÉS, M.: *El Derecho de familia y el Derecho privado*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (1925), p. 684 ss.; TARRAGATO, E.: *Los sistemas económicos matrimoniales*. Madrid, 1926; SANTA CRUZ, J. y GIMÉNEZ ARNAU, F.: *La posición del Derecho de familia en la doctrina del profesor Cicu*, en Revista de Derecho Privado (1927), p. 241 ss.; VALLET DE GOTTISOLO, J.: *El derecho patrimonial familiar y sucesorio en el Código civil y en su aplicación práctica*, en La Notaría (1946), p. 14 ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L.: y ALBALADEJO, M.: *Derecho de familia. I. El matrimonio y su economía*. Barcelona, 1963; BADENES GASSET, R.: *Conceptos fundamentales del Derecho. Las relaciones jurídicas patrimoniales*. Barcelona, 1972; LÓPEZ MEDEL, J.: *Familia y régimen económico patrimonial*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 536 (1980), p. 9 ss.; ÁLVAREZ-SALA WALTER, J.: *Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes de libertad de estipulación capitular*, en Revista de Derecho Notarial, 112 (abril-junio 1981), p. 7 ss.; BISBAL, J.: *Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio*, en Revista Jurídica de Cataluña, 2 (abril-junio 1982), p. 349 ss.; RAMOS OREA, T.: *Matrimonio y otros contratos: Aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente*, en Revista de Derecho Notarial, 113-114 (julio-diciembre 1981), p. 239 ss.; DELÁS UGARTE, M.: *Los efectos patrimoniales de la declaración de nulidad del matrimonio en el Derecho italiano*, en Revista Jurídica de Cataluña, 2 (abril-junio 1982), p. 433 ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *El régimen económico matrimonial*, en Las reformas del Código civil por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981. Madrid, 1983, p. 63.

(4) Cfr. FONT RIUS, J. M.ª: *La ordenación paccionada del régimen matri-*

Ahora, a propósito de este homenaje de afecto y recuerdo al maestro desaparecido (q. e. p. d.), voy a tratar alguno de los aspectos recientes de estos negocios del Derecho de familia que aparecen con la reforma realizada por la Ley 30. de 7 de julio de 1981, que modifica el texto del articulado del Código civil sobre el matrimonio y su régimen de separación, divorcio y nulidad.

Concretamente, uno de los aspectos que requiere una cierta puntualización es el referente a las «bases de actualización» de las cantidades debidas por las cargas matrimoniales, por alimentos o por la pensión del convenio regulador que los cónyuges establezcan en caso de separación o divorcio, así como su distinción del nuevo convenio debido a una «alteración sustancial de las circunstancias» en las relaciones personales y patrimoniales de las partes (cónyuges e hijos).

2. El convenio regulador que llevan a cabo voluntariamente los cónyuges a causa de su separación o divorcio presenta uno de los ejemplos más característicos entre los negocios del Derecho de familia, al mostrar unos ciertos márgenes potestativos en cuanto a la autonomía de la voluntad de las partes, si bien se vea sometido a unas limitaciones institucionales concretadas en vista de la igualdad de los derechos personales de cada cónyuge (art. 66 C. c.), de la muy específica defensa del «interés familiar» (art. 103, 2.^a C. c.), así como de las restricciones más generales establecidas por las leyes o las buenas costumbres (art. 1.328 C. c.).

La propuesta de un convenio regulador en caso de separación matrimonial a petición de ambos cónyuges, o del uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio (art. 81, 1.^o C. c.), al igual que el originado por divorcio cuando sea solicitado por ambos, o por uno con el consentimiento del otro (art. 85, 5.^a C. c.), tendrá que ser acompañada necesariamente en el momento de la demanda o de su escrito inicial.

Este convenio regulador, según el artículo 90 del Código civil, al que se refieren los artículos 81 y 86, deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

A) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.

B) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

C) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como las bases de actualización y garantías en su caso.

D) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

E) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio, serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación, si procede (5). Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por vía de apremio.

Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.

Además, según el artículo 93, el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

También, el convenio regulador realizado por los cónyuges habrá de tomar en cuenta el empeoramiento de la situación económica que puede padecer uno de ellos a consecuencia de la separación o del divorcio; en este caso habrá de ser tenido en cuenta el acuerdo a que hayan llegado las partes, ya que el perjudicado tendrá derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, así como las garantías para su efectividad y las bases para actualizarla (art. 97 C. c.).

Por último, en el convenio regulador acordado por ambos cónyuges que se separan o divorcian habrá que «establecer las bases para la actualización de cantidades» que uno de ellos deberá abonar al otro por contribución a las cargas procedentes del matrimonio y, concretamente, en cuanto al «trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad» (art. 103, 3.ª, C. c.).

3. En este convenio regulador, por el que los cónyuges prevén las consecuencias que su separación o divorcio provocarán respecto a sus compromisos ineludibles (derechos y obligaciones) anteriormente contraídos, habrá que concretar, «al menos» (artículo 90 C. c.), los que se refieren a las relaciones personales y los que afectan a las relaciones patrimoniales.

En cuanto a las relaciones personales, pues, el convenio regulador, si existe prole, se referirá: A) A la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la

(5) Al ser rechazado por segunda vez el convenio regulador propuesto por los cónyuges, ya no cabe otro (Disposición adicional 6.ª, punto 9 de la Ley de 7 de julio de 1981).

patria potestad de ambos, su ejercicio, así como el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos (6); y B) a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar (7).

Por lo que se refiere a las relaciones patrimoniales, el convenio regulador ha de contener necesariamente lo que atañe a «las cargas del matrimonio», a los «alimentos» debidos y a la «pensión» que uno de los cónyuges tiene derecho a recibir del otro en caso de haber empeorado su situación económica a consecuencia de la separación o divorcio (art. 97 C. c.), así como lo referente a la liquidación del régimen económico del matrimonio (8).

Con la separación y el divorcio, pues, por mucho que se quieran desarraigar las personas que han constituido una familia, no conseguirán otra cosa más que un distanciamiento personal relativo, tanto en la convivencia como en lo patrimonial, donde la «liquidación» de un régimen económico no alcanzará más allá de una mera sustitución por otro. El que la propia ley tenga que acudir a establecer un nuevo régimen de visitas respecto de la convivencia anterior, de comunicación y estancia de los hijos, habla por sí mismo respecto a unos lazos indestructibles que biológica y jurídicamente se mantienen por un «interés familiar» (art. 103, 3 C. c.) y

(6) Cfr. VIVES VILLAMAZARES, M.: *El derecho de los ascendientes al trato y comunicación con sus descendientes*. Valencia, 1950 y *La guarda de los hijos en la separación matrimonial de hecho* en *Anales de la Universidad de Valencia* (1956), p. 1 ss.; JAREÑO DARAMAS, M.: *Manual de medidas provisionales*. Barcelona, 1963, p. 42; MARTÍN OSTOS, S.: *Anotaciones procesales a la nueva Constitución (desde una perspectiva jurisdiccional de menores)*, en *Pretor*, 103 (enero-marzo 1979), p. 19; RICO PÉREZ, F.: *La protección de los menores. En la Constitución y en el Derecho civil*. Madrid, 1980; VARIOS: *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales. Teoría y praxis*, 2.ª ed. a cargo de Viladrich. Pamplona, 1982; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita. Ensayo de una construcción unitaria*, en *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales*, cit. p. 34; PÉREZ GORDO, A.: *Los juicios matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*. Barcelona, 1982; GARCÍA CANTERO, G.: *Artículo 94*, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2.ª ed. II (Madrid, 1982), p. 396; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Artículo 94*, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Código civil*. Madrid, 1982, p. 683; VALGOMA, M. de la: *Derecho de visita a favor del padre no conviviente con hijo extramatrimonial*, en *La Ley*, 665 (14 abril 1983), p. 1.

(7) Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *El régimen económico del matrimonio*, en *La reforma del Derecho de familia en el Código civil*. Madrid, 1979, p. 22; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: *Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En torno de rectificación)*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 553 (noviembre-diciembre 1982), p. 1599.

(8) Cfr. ALVAREZ-SALA WLATER, J.: *Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular*, en *Revista de Derecho Notarial*, 112 (abril-junio 1981), p. 7 ss.; AVILA ALVAREZ, P.: *El régimen económico matrimonial en la reforma del Código civil*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 547 (noviembre-diciembre 1981), p. 1373 ss.; GARRIDO DE PALMA, V. M.: *El matrimonio y su régimen económico*, en *El nuevo Derecho de familia español*. Madrid, 1982, p. 163; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *El régimen económico matrimonial*, en *Las reformas del Código civil por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*. Madrid, 1983, p. 63.

por encima de las posteriores veleidades y caprichos de los hombres. Igualmente sucede para los aspectos patrimoniales del matrimonio donde su ruptura tampoco lleva a una liquidación total de intereses, sino a un nuevo ordenamiento; lo que antes podían constituir «contribuciones» ahora resultan «cargas», «alimentos» debidos o el pago de una «pensión» al cónyuge separado, económicamente más débil a consecuencia de la ruptura. Ahora no es el momento de tratar el aspecto más fundamental del carácter institucional del matrimonio, aceptado por los más clásicos y denostado por los más circunstancialistas. Pero sí vamos a examinar uno de sus aspectos patrimoniales que permanecen a pesar de la quiebra matrimonial.

4. En cuanto al aspecto patrimonial del convenio regulador por separación o divorcio, los cónyuges habrán de comenzar por proponer la liquidación de su régimen económico matrimonial (art. 90 y 1.392 ss. C. c.), si bien no se producirá hasta que se dicte la sentencia firme por el Juez (art. 95 C. c.); no obstante, atendidas las circunstancias previas, los cónyuges tendrán que determinar la continuación del uso de la vivienda y, previo inventario, los bienes y objetos de ajuar que continúan en ésta y los que se lleva otro cónyuge y las medidas cautelares para la conservación de los derechos de cada uno (art. 90, B y 103, 2.^a C. c.), el señalar los bienes gananciales o comunes que, también previo inventario, se hayan de entregar el uno al otro y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo (artículo 103, 4.^o C. c.); también deberán determinar el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio (art. 103, 5.^o C. c.); además, los cónyuges que se vayan a separar o divorciar deberán fijar la contribución de cada uno a las cargas del matrimonio, los alimentos y las «litis expensas», si procede, estableciendo las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro (arts. 90, C y 103, 3.^a C. c.). Por último, en el caso de que un cónyuge, al que la separación o divorcio le produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro e implique un empeoramiento en su situación anterior matrimonial, tiene derecho a recibir una pensión que deberá ser acordada fijándose, también en la resolución judicial, las bases para actualizarla, así como las garantías para su efectividad (arts. 9, F y 97 C. c.).

De todos estos extremos, a los que deberán referirse en su convenio regulador los cónyuges, hay que señalar como novedoso y necesitado de concreción, el que atañe al modo de establecer y

fijar «las bases para la actualización» de las llamadas «cargas del matrimonio» y los «alimentos» (art. 90, C del C. c.), así como la «pensión» (arts. 97 *in fine* y 100 C. c.) y, en general, de «cantidades» que por otros conceptos un cónyuge haya de abonar a otro (artículo 103, 3.^a C. c.).

5. Efectivamente, en todos estos casos se trata de cantidades o sumas de dinero que son la resultante del proceso valorativo de cada extremo considerado bajo el concepto asignado. Así, las «cargas del matrimonio» serán aquéllas que se devengan por los gastos de sostenimiento de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos menores, los que originen los desplazamientos para el régimen de visitas, de comunicación o de estancia, u otros, además de las cantidades que resulten por el concepto de «alimentos», o sea, todo lo que es necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, al igual que la suma por la «pensión» debida si la separación o divorcio vienen a originar un desequilibrio económico para uno de los cónyuges en relación con la situación matrimonial económica anterior; todas estas «cargas», «alimentos» o «pensión», que no podrán ser prestados en convivencia ya que su causa propia es la separación o divorcio personal y patrimonial, habrán de ser cuantificados monetariamente.

Ahora bien, las cantidades o sumas de dinero resultantes del proceso valorativo correspondiente serán efectivamente debidas; sin embargo, no por ello estamos aquí en presencia de unas simples deudas dinerarias, o «pecuniarias» como las denomina la doctrina más frecuentemente, sino ante unas deudas dinerarias finales, o también más reconocidas doctrinalmente como «deudas de valor» (9).

Efectivamente, la determinación de las cantidades de dinero debidas por las cargas matrimoniales, los alimentos o la pensión son, en cada caso, la concreción de una valoración final de situaciones y relaciones personales en unas circunstancias muy concretas para cada caso; la fijeza que comporta la suma o cantidad está en función de la valoración de dichas circunstancias, si bien para aquel momento inicial o sucesivos durante su tracto, si permanecen sus circunstancias concretas, tanto intrínsecas, o sea, las personales y patrimoniales de las partes, como las extrínsecas, es decir, las externas o ambientales de carácter social o público.

Al cambiar las circunstancias externas, las no previstas ni posibles de prever, porque son ajenas a los presupuestos personales y patrimoniales de los cónyuges que se separan o divorcian, como ocurre con las alteraciones monetarias, ya sean de signo inflacionista o deflacionario, que provocan la pérdida o el alza del poder adquisitivo de la moneda, van a repercutir necesariamente en aquellas cantidades o sumas determinadas en el convenio regulador como cargas, alimentos o pensión, disminuyendo (pues, en lo

(9) Cfr. BONET CORREA, J.: *Las deudas de dinero*. Madrid, 1981, p. 313 ss.

que va de siglo domina la inflación) igualmente su concreto e inicial poder adquisitivo, por lo que se altera lo convenido y se hacen insuficientes para la finalidad a que deben atender.

A remediar y corregir los efectos de las alteraciones monetarias, la norma prevé y dispone que los cónyuges en su convenio regulator y, en su defecto el Juez, establezcan unas «bases de actualización» respecto de las cantidades que hayan de abonarse en concepto de cargas, alimentos o pensión a la parte que económicamente se encuentre en situación desfavorable a la que tenía matrimonialmente.

6. ¿Cuáles son las bases concretas que pueden elegir los cónyuges para que se produzca la justa actualización de dichas cargas matrimoniales, los alimentos debidos y la pensión demandada por el empobrecido a consecuencia de la separación o el divorcio que se pide?

La normativa al respecto no concreta esta circunstancia, lo cual, permite interpretar que el Código civil deja aquí un mayor margen al ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes de este negocio del Derecho de familia, cuyos límites quedan al cuidado del arbitrio judicial de quien depende la aprobación del convenio regulator.

Las bases de actualización que han de corregir una alteración monetaria serán de un modo lógico y consecuente con aquellos índices económicos que reflejen precisamente el alza o la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. La elección de unos índices de valor económico que reflejan con mayor precisión, adecuación y equidad, en base a su generalización y técnicas de elaboración oficial, son los que determina anualmente en España el «Instituto Nacional de Estadística»; por tanto, un índice que sea concordante con una serie de atenciones vitales o alimentarias es el que se elabora para el «nivel medio de vida» o el «índice de precios al consumo» (10), donde se reflejan concretamente las repercusiones que provoca el cambiante poder adquisitivo de la moneda de curso oficial en España. Me parece que cualquier otra referencia a índices económicos simples o particularizados, desconectados con aquella naturaleza alimentaria de las cargas o pensiones matrimoniales, como sucedería por la elección de un índice valor oro, petróleo, aceite, etc. (11), podría conducir a unas bases de actualización sin conmutatividad o con falta de equivalencia resultando

(10) Cfr. IÑIGO: *El nuevo sistema de números índices de precios al consumo del Instituto Nacional de Estadística*, en *Boletín de Estudios Económicos de la Universidad de Deusto*, XXXII (agosto 1977), p. 353 ss.; LÓPEZ ZUMEL: *La medición de las elevaciones del costo de la vida a través de un solo índice*, en *El Economista*, 4564 (7 mayo 1977), p. 12.

(11) Para GARCÍA CANTERO, G.: *Artículo 90, en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2.ª ed., II (Madrid, 1982), p. 382, las bases de actualización no están limitadas y pueden fijarse de conformidad con el salario mínimo, o con el índice de precios al consumo, o con la paridad del oro o del dólar.

especulativas y dejarían de estar adecuadas al poder adquisitivo concreto de la peseta española, en general, y, en particular, a la suma o cantidad debida concretamente.

No se puede pensar aquí que los cónyuges, al tener que elegir unas bases o índices de actualización para las sumas o cantidades del convenio regulador, pacten una «cláusula de estabilización» (12) en base a la que se revisa dicha suma o cuantía debida, puesto que no estamos ante débitos pecuniarios puros o deudas dinerarias simples, cuyo objeto de la prestación es exclusivamente una cuantía fija de dinero, sino que se trata de una deuda de valor, es decir, de aquella deuda cuyo objeto de la prestación tiene una finalidad asistencial o alimentaria y su contenido depende de una serie de circunstancias y parámetros de carácter personal y patrimonial muy concretos y variables. De aquí que el objeto de la prestación de dicha deuda sea un valor y no el de la suma o cuantía inicial señalada; el que las partes concreten ese valor finalmente en términos monetarios, en una suma o cantidad de dinero, no por ello la convierte en deuda dineraria; la liquidez de su valoración aquí no es más que el modo o manera de facilitar aquella función asistencial o alimentaria ante la incompatibilidad de la convivencia. Además, la actualización no deviene por pacto, sino por imposición de la ley; las partes sólo tienen la libertad para la elección de unas bases, e incluso, si fueran impropias o las omitieran, el Juez, además de desaprobárlas, o ante la omisión, procedería a su determinación.

7. También se hace necesario distinguir el supuesto de actualización de estas deudas dinerarias finales, o deudas de valor, a consecuencia de las alteraciones monetarias, de una modificación producida por otra serie de circunstancias o eventos que puede hacer quebrar el desequilibrio económico o patrimonial de las prestaciones o cargas matrimoniales debidas, de los alimentos a que resulten obligados o de la pensión a que se pueda tener derecho por uno de los cónyuges (13).

Existe una diferencia entre la actualización debida como consecuencia de las alteraciones monetarias, que es meramente cuantitativa y corregible casi automáticamente por una simple operación aritmética de adecuación en la liquidez de la suma o cuantía debida, y la que comporta una «alteración sustancial de las circunstancias» (arts. 90 *in fine*, 91, 93 y 100 C. c.), que es fundamentalmente cualitativa, puesto que proviene de una modificación de la situación o estado en las relaciones personales y patrimoniales de las partes implicadas, como puede ser el cambio de fortuna

(12) Sí para LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: *Artículo 90, en Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro primero del Código civil*. Madrid, 1982, p. 619.

(13) Cfr. VALPUESTA, M.^a del Rosario: *Consideraciones sobre la pensión dimanante de la separación o el divorcio*, en *La reforma del Derecho de familia*. Sevilla, 1982, p. 71.

o medios económicos, de nuevas necesidades, de la capacidad, etcétera, y cuya corrección implica el celebrar un nuevo convenio entre las partes afectadas o su modificación judicial.

El que puedan ser modificadas las medidas adoptadas por los cónyuges mediante un nuevo convenio regulator, en vista de la alteración sustancial de las circunstancias, no puede hacer creer (14), que se está ante una implícita «cláusula *rebus sic stantibus*», puesto que aquí existe en la norma un mandato expreso del legislador para que las partes puedan llevar a cabo la revisión de la cuantía o suma debida a partir de aquella alteración sustancial. Incluso, aunque no lo hubiera determinado el legislador, siempre cabría la alteración de aquella cuantía o suma debida por cargas familiares, alimentos o pensión, debido a que el objeto de su prestación no es la suma o cantidad de dinero fijada inicialmente, sino la determinada o determinable según los eventos (caudales y medios) de quien debe proporcionarlos y las necesidades (las razonables para atender a dichas cargas, alimentos o pensión) de quién los recibe, porque como tal deuda de valor habrá de adecuarse a las situaciones personales y patrimoniales que puedan acontecer para el obligado.

Una alteración «sustancial» de las circunstancias se reconocerá concretamente para cada caso cuando los condicionamientos personales y patrimoniales de las partes sobre los que se basan las cargas matrimoniales, los alimentos o la pensión debidos, aparezcan modificados cualitativa y cuantitativamente sin que cumplan o satisfagan las necesidades que deben llenar y atender satisfactoriamente según lo acordado por las partes o lo resuelto judicialmente. Para restablecer y actualizar los efectos personales y patrimoniales de una separación o divorcio, por una alteración sustancial de las circunstancias de cada parte, habrá que acudir a realizar un nuevo convenio regulator o, en su defecto, a que se produzca una nueva decisión judicial.

(14) Así LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: *Artículo 90*, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro primero del Código civil*, cit., p. 619.

Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor

Por ANTONIO CABANILLAS SANCHEZ

1. El tema de las condiciones generales de los contratos es uno de los más estudiados y controvertidos del Derecho privado, pues no en vano el fenómeno del tráfico en masa (1) ha impuesto, cada vez con mayor intensidad, esta forma de contratación. Uno de los autores que mejor ha examinado la problemática jurídica de las condiciones generales de los contratos ha sido el profesor De Castro, preocupado a lo largo de su extensa obra por la defensa de la persona frente a las fuerzas económicas que tratan de sojuzgarla. En diversos trabajos, caracterizados por la profundidad, el rigor y la exhaustiva documentación, puso de relieve el auténtico significado de las condiciones generales de los contratos, el peligro cierto de que la prepotencia económica de las empresas que las establecen determine la imposición de condiciones abusivas y los motivos para impugnarlas y proteger convenientemente a los consumidores.

En nuestro Derecho, tal como ha demostrado De Castro, las condiciones generales de los contratos no tienen valor de fuente del Derecho al ser inexacta su pretendida inclusión entre los usos normativos. El viejo Derecho de los comerciantes adquiere carácter de Derecho consuetudinario, en cuanto formado por los usos nacidos dentro de las comunidades de mercaderes y así obligatorios para sus miembros. Las condiciones generales, por el contrario, son obra de un grupo de comerciantes o de un solo comerciante que las imponen —incluso contra ley— a unos clientes o consumidores, es decir, a personas ajenas a la comunidad de comerciantes; no se trata, pues, de una norma originada entre quienes se vienen sometiendo a ella voluntariamente, sino de unas disposiciones impuestas a cada cliente, y que éste acata, dada su situación económica o por su falta de información.

Admitir que las cláusulas generales de los contratos alcanzan fuerza normativa sin aceptación voluntaria por parte del cliente,

(1) Sobre el significado del tráfico en masa y la estandarización en materia contractual, véase DÍEZ PICAZO, *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado (Dos esbozos)*, Madrid, 1979, pp. 42 ss.

implicaría reconocer la existencia de un poder legislativo privado («Statuta condere»), de una soberanía a ciertos empresarios sobre sus clientes, incompatible con los ordenamientos de los Estados modernos (2).

Tampoco las condiciones generales de los contratos tienen valor contractual antes de su aceptación; son oferta a persona indeterminada, programa y ordenanza para el gobierno interior de la empresa. Adquieren valor jurídico externo al ser especialmente acogidas para formar parte del contenido de un determinado contrato. Para ello hará falta que sean conocidas en todo su significado y alcance por ambos contratantes, pues la firma en blanco no es lícita ni eficaz (arts. 1.265 y 1.266 del Código civil) (3).

El problema consiste en averiguar cuáles son los motivos alegables para impugnar las cláusulas contenidas en unas condiciones generales, unidas o incorporadas a un contrato, desde el punto de vista del Derecho privado. Esto supone, nada menos, que afrontar las dificultades más grandes que entraña el dogma de la autonomía de la voluntad. Desde esta perspectiva, tal como dijo el autor citado (4), las condiciones generales podrán ser impugnadas, en cuanto lo sean, como contrarias a la buena fe y a las buenas costumbres o por constituir un abuso de derecho, pero el defecto que resulta más frecuente y más fácil de diagnosticar será el que resulte de contener, oculta o abiertamente, la renuncia a ciertas leyes.

El significado y alcance de la autonomía de la voluntad en el campo jurídico no se ha de centrar sólo en la libertad de los particulares, habrá de considerarse también el cómo y el porqué se justifica la puesta a su servicio del aparato estatal. La idea de Justicia implícita en todo quehacer jurídico y ello a pesar del auge del positivismo, sigue operando, y llevará a decir justamente que la autonomía de la voluntad, como también la libertad contractual, pierden su sentido «cuando devienen señorío de los fuertes sobre los débiles» (5). Esta manera de entender la autonomía

(2) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, vol. 1.º, *Introducción y Parte General*, Madrid, 1953 (3.ª ed.), pp. 373-374; *Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el Proyecto de Ley Uniforme sobre la venta*, en este ANUARIO, 1958, fasc. 4.º, pp. 1028 ss.; *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, en este ANUARIO, 1961, fasc. 2.º, pp. 301 ss. (reedición en Civitas, Madrid, 1975); *El arbitraje y la nueva "Lex mercatoria"*, en este ANUARIO, 1979, fasc. 4.º, pp. 678-679.

(3) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, vol. 1.º, cit., pp. 373-374; *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, cit., pp. 319 ss.

(4) DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, cit., pp. 331 ss.

(5) DE CASTRO, *El arbitraje y la nueva "Lex mercatoria"*, cit., pp. 681-682. Además, sobre el significado de la autonomía de la voluntad véase *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, cit., pp. 324 ss.; *Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el Proyecto de Ley Uniforme sobre la venta* cit., pp. 1010 ss.; *El ne-*

de la voluntad se centra en dos consideraciones complementarias entre sí, descritas por De Castro (6). El tipo de cada contrato reconocido por la ley no es un mero nombre, sino que corresponde al conjunto organizado de los derechos y obligaciones que forman su contenido, y las reglas dispositivas responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones. Lo indicado no quiere decir que los que contratan estén constreñidos a seguir el modelo legal, señalan que los pactos, cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo o lo contrarían habrán de tener una adecuada justificación para ser eficaces. Ineficacia que habría de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño de una de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato.

Todo este planteamiento ha de tener necesariamente una extraordinaria repercusión a la hora de examinar las condiciones generales de los diversos contratos (banca, transporte, seguros, venta, *leasing*, promoción inmobiliaria, turismo...) (7). Particular interés ofrecerá el análisis crítico de la cláusula compromisoria, que se ha convertido en el instrumento todopoderoso para hacer posible que los grandes empresarios esquiven cualquier ley incómoda e imponer sus propias reglas (8).

La condena de las cláusulas abusivas y, en general, todo lo referente al control de las condiciones generales de los contratos, se incardina hoy en día en el amplio movimiento de protección del consumidor, que como ha precisado De Castro (9) constituye un

gocio jurídico, Madrid, 1971, pp. 11 ss.; *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, en este ANUARIO, 1982, fasc. 4.º, pp. 1051 ss.

(6) DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, cit., pp. 331 ss.; y *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, cit., pp. 1060-1061.

(7) Hemos seguido esta orientación en el trabajo *La naturaleza del "leasing" o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales*, publicado en este ANUARIO, 1982, fasc. 1.º, pp. 41 ss. Además pueden citarse en este sentido numerosos trabajos donde se examinan críticamente condiciones generales de específicos contratos. En el Derecho italiano tiene un notable interés la obra colectiva *La condizioni generali di contratto*, dirigida por BIANCA, vols. 1.º y 2.º, Milano, 1979 y 1981, en la que se examinan las condiciones generales de los contratos de los diversos sectores industriales (banca, productos químicos, alimentos, transporte, seguro, turismo *leasing* financiero, juego y electrodomésticos). Algo semejante ocurre en el Derecho alemán, siendo muy significativos los comentarios a la AGBG, a los que más adelante nos referimos (véase nota 22).

(8) DE CASTRO ha analizado el significado de la cláusula compromisoria en su importante trabajo *El arbitraje y la nueva "Lex mercatoria"*, cit., con acertadas reflexiones finales, pp. 722-725.

(9) DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones de la autonomía de la voluntad*, cit., 1068. En este estudio y también en el citado en nota anterior suministra una completa y rigurosa información sobre el movi-

movimiento renovador del Derecho, o mejor dicho, de un atender a la naturaleza propia, tradicional, del contrato, desconocida por la concepción liberal, prevalente hasta ahora.

2. En el panorama del Derecho comparado una de las preocupaciones fundamentales radica en hacer eficaz la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas que aparecen en condiciones generales de los contratos. Hasta tal punto esto es así que se ha dicho que ésta es la década de la legislación sobre condiciones generales de los contratos (10). Se propugnan medidas de todo tipo, algunas de las cuales han sido acogidas en específicas disposiciones legales, a las que más adelante nos referiremos. Como medidas fundamentales de protección se propugna: el incremento de la competencia, que según Grunsky (11) no sólo es esencial para mejorar el precio y la calidad de los productos y servicios, sino también la de las condiciones generales de los contratos; el autocontrol (*sebsikontrolle*), con el que se trata de evitar que las empresas puedan redactarlas unilateralmente, y al participar en su elaboración los representantes de las asociaciones de consumidores se pone un importante freno a la existencia de condiciones de carácter abusivo (12); la participación de la Administración en

miento de protección del consumidor en nuestro país y en el Derecho comparado, con atinadas observaciones en torno al mismo y el interés de las cuestiones para el legislador español.

(10) SÁNCHEZ ANDRÉS, *El control de las condiciones generales en el Derecho comparado*, en "Revista de Derecho Mercantil", 1980, p. 436.

(11) GRUNSKY, *Geschäftsbedingungen und Wettbewerbswirtschaft*, en *Betriebs-Berater*, 1971, pp. 1113 ss.; y en *Betriebs-Berater*, 1972, pp. 189 s.iguientes. Algunos autores, sin embargo, han puesto en cuestión la eficacia de esta medida porque en la mayoría de los casos los consumidores, en el momento de la conclusión de los contratos, sólo tienen en cuenta la mercancía que desean adquirir o el servicio que quieren contratar, por lo que suelen aceptar sin el menor reparo cualquiera condiciones generales que, en realidad, apenas conocen (LOWE, *Verstärkter Schutz des Kunden vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Wettbewerb*, en *Betriebs-Berater*, 1972, pp. 185 ss.; HIPPEL, *Verbraucherschutz*, 2.^a ed., Tübingen, pp. 103-104; KOTZ, *Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil*, en *Münchener Kommentar*, München, 1978, p. 1393). En nuestra doctrina son muy interesantes las observaciones de PAZ-ARES en torno a la tesis de GRUNSKY (*La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho*, en este ANUARIO, 1981, fasc. 3.º, pp. 679-680).

(12) Esta medida ya se ha practicado en Alemania Occidental y Francia (HIPPEL, *Verbraucherschutz*, cit., pp. 105-106; GHESTIN, *Traité de Droit civil. Le contrat*, París, 1980, pp. 59-61 y 509-510). HIPPEL, refiriéndose a la experiencia alemana, afirma que mientras no aumente la fuerza de las asociaciones de consumidores hay que concluir que no es factible el logro de garantías satisfactorias para los consumidores a la hora de establecer las condiciones generales sin intervención de la Administración. En parecido sentido, GONDRA, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a R. URÍA*, Madrid, 1978, pp. 236-237.

Muy interesante es la experiencia inglesa, donde interviene el Director General de *Fair Trading* para promover en las asociaciones operantes en los sectores de comercio la preparación y difusión entre sus miembros de códigos de prácticas (*codes of practice*) (artículo 124 de la *Fair Trading*

la creación de las condiciones-tipo, constituyéndose al efecto comisiones con representantes de la misma y de las organizaciones de consumidores y empresarios del ramo (13); o bien, el previo control administrativo de las condiciones generales de los contratos, sin que puedan operar en el tráfico aquellas que no hayan sido autorizadas por la Administración (14); la constitución de órganos extrajudiciales especializados en la defensa del consumidor (15); la introducción de las denominadas normas semi-impera-

Act de 1973). Una amplia información en BORRIE, *Controlli giudiziari, legislativi ed amministrativi sui contratti standard nell diritto inglese, en Le condizioni generali di contratto*, a cura de BIANCA, vol. 2.º, Milano, 1981, pp. 337 ss.

(13) El método de las comisiones mixtas ha sido propugnado por autores alemanes y franceses (HIPPEL, *Verbraucherschutz*, cit., pp. 106-107; BRANDNER, *Wege und Zielvorscherschutz auf dem Gebiet der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, en *Juristenzeitung*, 1973, pp. 617 ss.; y GHESTIN, *Traité de droit civil. Le contrat*, cit., p. 60).

(14) Esta medida se practica desde hace tiempo en determinados sectores. Lo que se propugna es su generalización. HIPPEL (*Verbraucherschutz*, cit., p. 107) es el principal defensor de la misma. No obstante, numerosos autores la critican porque conduce a un incremento de la burocracia (*Mamutbürokratie*), a una gran rigidez de las condiciones autorizadas, al incremento del dirigismo administrativo y además no hay demasiada confianza en que este tipo de control impida la existencia de condiciones de licitud dudosa (LOEWE, *Der Schutz des Verbrauchers vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, en *Festschrift für Karl LARENZ*, München 1973, pp. 373 ss.; HELD, *Verbraucherschutz gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, en *Betriebs-Berater*, 1973, pp. 573 ss.; ALPA y BESSONE, *Il consumatore e l'Europa* Padova 1979, p. 62).

En Israel ha sido implantado este sistema de control, si bien con carácter voluntario, lo cual ha determinado una escasa eficacia práctica, por la *Standard Contracts Law* de 12 de febrero de 1969 (D'AMBROSIO, *Tecniche e strumenti di controllo sulle condizioni generali di contratto: Il modello israeliano*, en *Le condizioni generali di contratto*, vol. 2.º, a cura de BIANCA, Milano, 1981, pp. 343 ss.).

(15) Se tiene en cuenta la experiencia de los países nórdicos, donde ha alcanzado un notable éxito la institución del *Ombudsman* (BERNITZ, *La protection des consommateurs en Suède et dans les pays nordiques*, en "Revue Internationale de Droit Comparé", 1974, pp. 543 ss.). Además en Estados Unidos, Inglaterra y Francia existen órganos extrajudiciales de protección del consumidor. En Estados Unidos la *Federal Trade Commission*, configurada por la *Magnusson-Moss Warranty Act* de 4 de enero de 1975 (ALPA, *Contratti di massa, clausole de garanzia e informazione dei consumatori (Appunti sul Magnusson-Moss Warranty Act, 1975)*, en *Le condizioni generali di contratto*, vol. 1.º, a cura de BIANCA, Milano, 1979, pp. 201 ss.); en Inglaterra el Director General de *Fair Trading*, al que se refiere la *Fair Trading Act* de 1973 (BORRIE, *Controlli giudiziari, legislativi ed amministrativi sui contratti standard nell diritto inglese*, cit., pp. 325 ss.); en Francia la Comisión de las cláusulas abusivas, disciplinada por la Ley de 10 de enero de 1978 (GHESTIN, *Traité de droit civil. Le contrat*, pp. 504 ss.).

En nuestro país el Defensor del Pueblo es el órgano encargado de proteger al consumidor (artículo 54 de la Constitución). A esta misión parece referirse el art. 10 de la Ley Orgánica de 6 de abril de 1981 ("Boletín Oficial del Estado" de 7 de mayo). Véase BAR CENDÓN, *El defensor del pueblo en el ordenamiento jurídico español*, en "Desarrollo de la Constitución española de 1978", Zaragoza, 1982, pp. 292 ss.

tivas (*halbzwingender Normen*), cuyo carácter protector estriba en que sólo pueden ser modificadas en beneficio del consumidor, y el aumento del Derecho imperativo (16); y la implantación de adecuados mecanismos jurídicos de información del consumidor, fundamentalmente en el período precontractual (17).

Sin negar el interés de todas estas medidas para proteger al consumidor, aunque debe dudarse de la eficacia práctica de alguna de ellas, como hemos visto, no cabe la menor duda que la medida

En el ámbito de las organizaciones internacionales el Proyecto de la Comunidad Económica Europea sobre cláusulas abusivas dispone que los Estados miembros establecerán una autoridad competente para proteger al consumidor (ALPA y BESSONE, *Il consumatore e l'Europa*, cit., pp. 221-224).

Es indudable que hay coincidencia en que no basta por sí sola esta medida. Debe ir acompañada de otras y muy especialmente el fortalecimiento del control judicial.

(16) HIPPEL, *Verbraucherschutz*, cit., p. 105. Según este autor las normas semi-imperativas conducen siempre a una mejora jurídica, pero no solucionan totalmente el problema. Tal vez por ello OTERO (*La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación*, en "Revista Jurídica de Cataluña", 1977, oct.-dic., p. 774) afirma que debe ser acompañada de otras medidas ulteriores, como el fortalecimiento del control judicial.

(17) La importancia de la información ha sido reconocida en la Carta de protección del consumidor, aprobada por Resolución de la Asamblea consultiva del Consejo de Europa de 17 de mayo de 1973, y en la Resolución de 14 de abril de 1975 del Consejo ejecutivo de la Comunidad económica europea (ALPA y BESSONE, *Il consumatore e l'Europa*, cit., pp. 48 ss.; GÓMEZ SEGADÉ, *Notas sobre el derecho de información del consumidor*, en "Revista Jurídica de Cataluña", 1980, jul.-sept., p. 702). Tiene también un notable interés la Ley mejicana de 18 de diciembre de 1975 sobre protección del consumidor, especialmente los artículos 5 a 19. En el artículo 5 se dispone que es obligación de cada suministrador de bienes o prestaciones de servicios informar al consumidor de forma suficiente y verdadera (en HIPPEL, *Verbraucherschutz*, cit., pp. 285-301, que reproduce en alemán el texto íntegro de esta Ley).

Se ha puntualizado que paralelamente a los vicios del consentimiento se trata de proteger al consumidor con medidas preventivas, entre las que se sitúa el deber de información (GHESTIN, *Traité de droit civil. Le contrat*, cit., pp. 371-372, y SANTAELLA, *Los derechos de información y expresión de consumidores y usuarios*, en "Documentación Jurídica", 1978, núm. 18, pp. 62 ss.).

Refiriéndose a la compraventa, MORALES MORENO (*El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, en este ANUARIO, 1983, fasc. 3.º, p. 634) destaca que sin duda se reforzaría la protección del comprador, si toda advertencia sobre cualquier limitación defecto o anomalía de la cosa que contradiga su apariencia o las cualidades que se le proponen, debiera revestir, al menos, la misma forma que haya adoptado la venta a que se refiere. Y aún más, si con independencia de la forma adoptada por la venta, tales advertencias debieran de figurar siempre por escrito en el que constara la aceptación del comprador.

En definitiva, ha de articularse un sistema de responsabilidad por inexactitud de la información, siendo, como dice MORALES MORENO (*Loc. cit. ant.*) una tarea con la que se enfrenta la legislación protectora del consumidor.

básica, que ciertamente no excluye a las restantes, consiste en el fortalecimiento del control judicial de las condiciones generales de los contratos. Algunos autores, sin embargo, han puesto en duda la efectividad de la misma. Se dice que los Tribunales sólo pueden controlar casos concretos y por consiguiente las sentencias producen efectos respecto de los mismos, con lo cual no se puede impedir que los empresarios sigan utilizando en el tráfico las condiciones declaradas judicialmente abusivas. Además, para que se produzca el control judicial es preciso que el consumidor se arriesgue al proceso, lo cual difícilmente va a hacer por lo incierto de la sentencia, la falta de conocimientos jurídicos, el costo y la larga duración de los procesos judiciales (18). Por estas razones estos autores confían en mayor medida en la eficacia del control administrativo. En el Derecho francés se ha preferido, al arbitrio judicial, dejar en manos de la Administración el declarar las cláusulas que son abusivas; esta facultad se confiere al Consejo de Estado, quien puede dictar Decretos, previo informe de la Comisión de las cláusulas abusivas, declarando a determinadas cláusulas como prohibidas, limitadas o reglamentadas (arts. 35 y 36 de la Ley de protección e información de los consumidores de productos y servicios de 10 de enero de 1978 (19).

Comentando la solución francesa, el profesor De Castro (20) ha señalado que así se ha preferido al criterio judicial, jurídico y objetivo, el de la Administración, que normalmente estará determinado por consideraciones económicas y políticas.

A nuestro juicio es difícilmente aceptable que el control administrativo, o cualquier otro tipo de control, pueda sustituir al judicial, precisamente por la razón apuntada por De Castro. No se puede negar que la garantía fundamental del consumidor, es decir, de la persona, se encuentra en los Tribunales de Justicia, tal como se desprende de nuestra Constitución (art. 53). También ha de tener importancia, como dijimos, la intervención del Defensor del Pueblo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54 de la misma y en la Ley orgánica de 6 de abril de 1981 («B.O.E.» de 7 de mayo de 1981), cuyo artículo 10 dispone que toda persona natural o jurídica puede dirigirse a él invocando un interés legítimo (20 bis). Ciertamente las razones alegadas para negar la operatividad del control judicial de las condiciones generales de los contratos sólo tienen algún sentido si se está en presencia de un ordenamiento jurídico en el que no existen adecuados cauces para proteger al consumidor. No así en aquellos ordenamientos jurí-

(18) HIPPEL, *Verbraucherschutz*, cit., p. 774, y SANTAELLA, *Protección jurídica de los consumidores y contratación*, en "Documentación Jurídica", 1977, núm. 16, pp. 62-63.

(19) GHESTIN, *Traité de droit civil. Le contrat*, cit., pp. 500 ss.

(20) DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, cit., p. 1082.

(20 bis) Véase la nota 15 de este estudio.

dicos donde existen disposiciones legales que específicamente fomentan el control judicial de las condiciones generales de los contratos con adecuadas normas de derecho sustantivo, que determinan un profundo cambio en la normativa sobre obligaciones y contratos, y configuran un idóneo régimen procesal, caracterizado básicamente por la atribución de legitimación para interponer acciones a las asociaciones de consumidores y por la eficacia de la sentencia más allá de las propias partes del proceso.

Parece conveniente que nos refiramos a los sistemas de control judicial de las condiciones generales de los contratos de Alemania Occidental y Austria, en la medida que confirman nuestro punto de vista. La Ley alemana sobre condiciones generales de los negocios y la Ley austríaca sobre protección del consumidor son seguramente las dos disposiciones legales que de forma más satisfactoria configuran el control judicial de las condiciones generales tanto en el plano sustantivo como en el procesal (21).

La Ley alemana de condiciones generales de los negocios (*Gesetz zur Relegung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*), conocida por las siglas AGBG (22), es el mejor exponente del Dere-

(21) No podemos dejar de destacar que también tienen un notable interés los sistemas existentes en otros países, aunque no alcancen la perfección del configurado sobre todo por la Ley alemana. En el Derecho norteamericano la pieza fundamental del control judicial ha sido la noción de *uncoucionable*. El parágrafo 2-302 del *Uniform Commercial Code* establece que el Juez podrá modificar o tener por nulas las cláusulas cuyo contenido resulte *uncoucionable* (el texto del *Uniform Commercial Code* se encuentra en WYATT y WYATT, *Business Law. Principles and case*, ed. Mac Graw-Hill, 4.^a ed., 1966). También tienen un notable interés las *class actions*, que se encuentran reguladas en el artículo 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure*. La sentencia produce el efecto de cosa juzgada para todos los miembros de la *class*, aunque se prevé el aviso a los miembros para que puedan renunciar en tiempo oportuno y evitar que la cosa juzgada les impida ejercitar su acción de forma individual. La *Magnusson-Moss Warranty Act* las contempla también (ALPA y BESSONE, *Contratti di massa, clausole di garanzia e informazione dei consumatori (Appunti sul Magnusson-Moss Warranty Act, 1975, cit., pp. 223 ss.)*. En el Derecho inglés hay que citar sobre todo a la *Unfair Contracts Terms Act* de 26 de octubre de 1977, en la que se sanciona una serie de cláusulas abusivas (BORRIE, *Controlli giudiziali, legislativi ed amministrativi sui contratti standard nel diritto inglese, cit., pp. 325 ss.*). En Suecia, finalmente, la *Act Prohibiting Improper Contract Terms* de 30 de abril de 1971, reformada en 1977 confiere al *Ombudsman* la facultad de controlar la utilización de las condiciones generales abusivas y atribuye a la Corte del Mercado la posibilidad de prohibir su uso (PATTI, *Aspetti del controllo delle condizioni generali di contratto nell'ordinamento svedese: Il consumer ombudsmann*, en *Le condizioni generali di contratto*, vol. 2.^o, a cura de BIANCA, Milano, 1981, pp.443 ss.; BELLELLI, *Aspetti del controllo delle condizioni generali di contratto nell'ordenamento svedese*, en *Le condizioni generali di contratto*, vol. 2.^o, a cura de BIANCA, Milano, 1981, pp. 461 ss.).

(22) Existe una abundantísima literatura en torno a la AGBG. Tal vez los comentarios más completos y puestos al día sean los siguientes: HEINRICHS, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 42.^a ed. München, 1983; ULMER - BRANDNER - HENSEN, *AGB Kommentar*, 4.^a ed., Köln, 1982; LOCHER, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, München, 1980;

cho comparado en materia de control judicial (22 bis). Fue el resultado de una cuidada elaboración. En 1972 se creó un grupo de trabajo con representantes de la Universidad, la Judicatura, economistas, consumidores y funcionarios de Justicia y Economía. En base a los Informes de 1974 y 1975 se redactó el Proyecto. Una vez aprobado por el «Bundestag», la AGBG fue promulgada el 9 de diciembre de 1976 (23). En esta Ley se establecen una serie de normas de carácter sustantivo dirigidas básicamente a proteger al adherente y garantizar que el consentimiento del mismo ha sido efectivo. En el párrafo 2 se dispone cuando las condiciones generales forman parte integrante del contrato. Se señala que sólo forman parte integrante de éste cuando el predisponente hace referencia a ellas o las exponen en lugar visible, siempre que la manifestación expresa implicara una dificultad excesiva teniendo en cuenta la forma de celebración del contrato. Además es necesario que el adherente tenga la posibilidad de conocer el contenido de las condiciones generales y que esté conforme con ellas (24). En conexión con la idea rectora del mencionado párrafo, en el 3 se establece que no forman parte integrante del contrato las condiciones «sorpresivas» (*überraschende*) e inusitadas (*ungewöhnliche*) atendiendo a las circunstancias del caso (25) y además, según párrafo 4, son preferentes las estipulaciones elaboradas de común acuerdo por las partes a las condiciones generales que han sido predisuestas (26) y las dudas interpretativas de las condiciones generales que constituyen el contenido del contrato perjudican al predisponente (párrafo 5) (27).

SCHLOSSER, en STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12.^a, Berlín, 1980; LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Recht*, 5.^a ed., München, 1980; KÖTZ y GERLACH, *Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil*, en *Münchener Kommentar*, München, 1978.

(22 bis) En este sentido Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, volumen 2.^o, Madrid, 1983, p. 121.

(23) Sobre la elaboración de esta Ley y su significado general, véase la completa exposición de ULMER (en ULMER - BRANDNER - HENSEN, *AGB Kommentar*, 3.^a ed., pp. 17 ss.).

(24) Este precepto consagra la tesis contractualista en orden a la naturaleza jurídica de las condiciones generales de los contratos. Véase KÖTZ, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 1046, que expone ampliamente la finalidad y el ámbito de aplicación de la norma.

(25) La doctrina y la jurisprudencia han examinado con cuidado las diversas circunstancias que cualifican el carácter sorpresivo o inusitado de las cláusulas (cfr. LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 511; KÖTZ, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., pp. 1419 ss.; ULMER, en ULMER - BRANDNER - HENSEN, *AGB Kommentar*, cit., pp. 91 ss.).

(26) Se trata de primar la voluntad real de las partes contratantes. Como dice LARENZ (*Allgemeiner Teil*, cit., p. 513), en tal caso los convenios contractuales individuales son *lex specialis* frente a las condiciones generales del negocio celebrado.

(27) Se acoge la regla *interpretatio contra proferentem*, que anteriormente la jurisprudencia alemana había establecido en numerosas sentencias (KÖTZ, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 1427; LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 513; HEINRICH, en PALAND, *Bürgerliches Gesetzbuch*, p. 2237; ULMER, en ULMER-BRANDNER-HENSEN, *AGB Kommentar*, cit., pp. 113 ss.

En los párrafos 8 a 11 se alude al control del contenido de las condiciones generales que aparecen en el contrato celebrado. En el primero se establecen los límites del control del contenido disponiéndose que los párrafos 9 a 11 rigen sólo para las estipulaciones en condiciones generales del negocio mediante las cuales se acuerda la inaplicación de disposiciones legales o reglamentaciones complementarias (28). La norma fundamental de la AGBG se encuentra en el párrafo 9, relativo a la cláusula general (*Generalklausel*), que considera ineficaces las cláusulas contenidas en condiciones generales del negocio, cuando a la parte a la que se le hayan impuesto se le causa contra la buena fe perjuicios desmesurados (*unangemessen Benachteiligen*), presumiéndose tal perjuicio cuando aquéllas no sean compatibles con las ideas fundamentales de la regulación legal, y también cuando limitan los derechos y las obligaciones resultantes de la naturaleza del contrato de manera que se ponga en peligro la consecución de la finalidad propia del mismo (29). Esta norma general es desarrollada en los párrafos 10 y 11, donde se determinan respectivamente los supuestos en que se deja a la apreciación judicial (*Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit*) declarar la ineficacia de la cláusula (ocho casos) y aquellos otros (dieciséis casos) en que se declara la ineficacia de la cláusula sin posibilidad de apreciación por parte del Juez (*Klauselverbote ohne Wertragungsmöglichkeit*) (30).

La ineficacia de cláusulas contenidas en condiciones generales no determina necesariamente la de todo el negocio, ya que en el párrafo 6 se establece que el negocio permanece eficaz en todo lo demás, a no ser que la vinculación al mismo, en los términos

(28) No son afectadas las estipulaciones que delimitan las prestaciones y, en especial, el precio, cuya justicia queda al margen del control (LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., pp. 514-516).

(29) Se consagra legalmente de esta manera la tesis mantenida desde hacía mucho tiempo por la doctrina y la jurisprudencia en Alemania, y que el profesor DE CASTRO expuso magistralmente en su estudio *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, anteriormente citado.

Explicando el sentido de esta norma, LARENZ (*Allgemeiner Teil*, cit., p. 521) hace hincapié en la idea de la ruptura de la relación de equivalencia por condiciones impuestas por el predisponente a la otra parte. La conducta del predisponente está en contra de la buena fe.

BRANDNER, en ULMER - BRANDNER - HENSEN, *AGB Kommentar*, cit., p. 172, puntualiza que no toda derogación del derecho dispositivo está en contra de lo establecido en el párrafo 9 de la AGBG, sino sólo aquélla que vulnere las ideas fundamentales de la regulación legal.

Una completa exposición de la aplicación que ha hecho la jurisprudencia alemana del citado párrafo en HEINRICHS, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., pp. 2242-2248.

(30) Una completa exposición de la jurisprudencia alemana en torno a los párrafos 10 y 11 de la AGBG, en HEINRICHS, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., pp. 2248-2262.

corregidos (31), represente una carga excesiva para una de las partes (32).

En el capítulo 3.º de la AGBG se encuentran las normas procesales, de enorme trascendencia para la protección efectiva del consumidor, como han evidenciado todos los comentaristas de esta Ley (33). En el párrafo 13 se legitima a las asociaciones de consumidores, a las del fomento de intereses comerciales y a las Cámaras de industria y comercio y Cámaras de oficios (34), que cumplan determinados requisitos, para ejercitar acciones de omisión o de revocación (*Unterlassungs- und Widerrufanspruch*) de cláusulas ineficaces conforme a los párrafos 9 a 11 de esta Ley (35). El sujeto legitimado pasivamente es el predisponente que ha impuesto las citadas cláusulas en las condiciones generales del contrato.

Cuando el Tribunal (36) estime fundada la demanda, la sentencia contendrá el mandato de que dejen de aplicarse las cláusulas de igual contenido en condiciones generales del negocio (párrafo 17, 3 de la AGBG). Las demandas que estén pendientes, con base en los párrafos 13 y 19 de la AGBG, y las sentencias firmes que han sido pronunciadas de acuerdo con estos párrafos así como las restantes formas de terminación del proceso, serán comunicadas por los Tribunales al Registro de la Oficina federal de carteles (*Bundeskartellamt*) para que sean anotadas en el mismo (párrafo 20 de la AGBG) (37). El predisponente sólo puede re-

(31) Las cláusulas ineficaces son sustituidas por lo establecido en las disposiciones legales pertinentes.

(32) Se trata de un caso de ineficacia parcial en el sentido del párrafo 139 del BGB (LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 523; ULMER, en ULMER - BRANDNER - HENSEN, *AGB Kommentar*, cit., p. 123; KÖTZ, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 1433).

(33) GERLACH, *Bürgerliches Gesetzbuch*, en Münchener Kommentar, cit., pp. 1546-1547; HENSEN, en ULMER - BRANDNER - HENSEN, *AGB Kommentar*, cit., p. 345; LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 526; HEINRICHS, en PALANDT *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 2263. Concretamente LARENZ dice que la Ley ha creado un procedimiento especial que debe facilitar el examen judicial de las condiciones generales del negocio.

(34) Sobre las características de estas Asociaciones y Cámaras véase HEINRICHS, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., pp. 2265-2266; GERLACH, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., pp. 1572 ss.; HENSEN, en ULMER - BRANDNER - HANSEN, *AGB Kommentar*, cit., pp. 357 ss., que menciona a numerosas Asociaciones legitimadas para ejercitar las acciones contempladas en el párrafo 13 de la AGBG.

(35) Un amplio análisis de estas acciones en GERLACH, en *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., pp. 1558 ss.; HENSEN, en ULMER - BRANDNER - HENSEN, *AGB Kommentar*, cit., pp. 355 ss.; HEINRICH, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, pp. 2264 ss.

(36) La competencia del Tribunal es determinada en el párrafo 14 de la AGBG.

(37) El fin de este Registro es proporcionar una adecuada información a las Asociaciones de consumidores y empresarios, e incluso a los Tribunales (HEINRICHS, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 2270; GERLACH, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 1623). STEIN (citado por GERLACH, loc. cit.) señala que este Registro es un instrumento de

currir, en base al párrafo 767 de la ZPO, contra la sentencia pronunciada alegando que, posteriormente, el Tribunal Supremo Federal o la Sala General del Tribunal Supremo Federal ha pronunciado una sentencia que no prohíbe la aplicación de dicha cláusula para el mismo tipo de negocio, porque lo contrario determinaría para el recurrente, al tener que soportar la ejecución forzosa de la sentencia, un perjuicio inequitativo en su actividad comercial (párrafo 19 de la AGBG).

Para evitar que los empresarios puedan seguir utilizando las cláusulas declaradas judicialmente ilícitas, se ha introducido una novedad extraordinariamente importante en el párrafo 21 de la AGBG (38). De acuerdo con el mismo, en el supuesto de que el predisponente condenado contrate en contra del mandato de la sentencia de omisión, la cláusula de las condiciones generales del negocio se considerará nula con tal de que a la parte a la que se haya impuesto se acoja a los efectos de dicha sentencia. No se podrá acoger, sin embargo, a los efectos de la misma si el predisponente ha recurrido contra la sentencia en base al párrafo 19 de la AGBG (39).

La Ley austríaca de protección de los consumidores (*Konsumentenschutzgesetz*), conocida por las siglas KSchG, es una de las más recientes disposiciones legales que se han promulgado en Europa en esta materia, ya que se promulgó concretamente el 8 de marzo de 1979 (40). La misma se sitúa claramente en el marco del control judicial de las condiciones generales de los contratos, aunque también afecta a otras importantes cuestiones del Derecho de obligaciones y contratos. Aparecen en la Ley austríaca una serie de normas que regulan contratos y problemas concretos (garantías por vicios y defectos de calidad, poder de representación, modalidades de pago, contratos de tracto sucesivo, venta a plazos y otros). Sin embargo, lo que más destaca seguramente en ella es

control indirecto. Dato importante es que la dirección y la actividad de información del Registro es competencia de la Administración de Justicia en el sentido del párrafo 23 de la *Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz* de 27 de enero de 1977 (HEINRICHS, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 2270; GERLACH, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 1626).

(38) LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 527; HANSEN, en ULMER-BRANDNER-HANSEN, *AGB Kommentar*, cit., pp. 401 ss.; GERLACH, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., pp. 1626 ss.

(39) Esta posibilidad está facilitada por la información que suministra a los terceros la Oficina Federal de Carteles (GERLACH, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 1623).

(40) Sobre esta Ley existe ya una literatura abundante: KOZIOL-WELSER, *Grundriss der Bürgerlichen Recht*, vol. 1.º, Wien, 1983, 3.ª edición; WELSER, *Die Beschränkung der Vertragfreiheit bei Konsumentengeschäft*, en *Juristische Blätter*, 1980, pp. 1 ss.; WELSER, *Anmerkungen zum Konsumentenschutzgesetz*, en *Juristische Blätter*, 1979, pp. 449 ss.; ECCHER, *Sulle legge austriaca per la tutela dei consumatori*, en *Rivista de Diritto Civile*, 1980, pp. 275 ss.; BAJONS, *L'azione collettiva. Aspetti comparatistici di nuovo tipo di azione a tutela del consumatore*, en *Rivista de Diritto Civile*, 1980, pp. 292 ss.

la protección que con carácter general se establece frente a la contratación por adhesión y las cláusulas prohibidas. El párrafo 6 contiene un elenco, no taxativo, de cláusulas prohibidas, dividido en dos categorías. De un lado están las que no vinculan en ningún caso al consumidor (41) y de otro, las cláusulas que sólo son eficaces si el empresario prueba que han sido objeto de un acuerdo específico (*im einzelne ausgehandelt*) (42).

La reforma operada por la KSchG aporta una nueva disciplina a los contratos de adhesión. La protección del aceptante se configura de dos maneras. En primer lugar se establece la inclusión formal de las cláusulas predisuestas en el contrato (*Geltungskontrolle*); en segundo lugar aparece el control de su contenido (*Inhaltskontrolle*). El párrafo 33, 1 de la KSchG modifica el Código civil (párrafo 864 del ABGB), estableciendo que las cláusulas con un contenido insólito adoptadas en condiciones generales, formularios o modelos, no forman parte del contrato si son desventajosas para el adherente y éste no podía esperarlas teniendo en cuenta la apariencia del documento y las circunstancias del caso. Según el párrafo 879 del ABGB, de nueva redacción, son nulas las cláusulas que, teniendo presentes las circunstancias del caso, resulten gravemente perjudiciales para una de las partes. Sin embargo, no se aplica esta norma a la parte del contrato que determina las prestaciones principales (párrafo 33, 4 de la KSchG).

En el ámbito procesal el legislador austriaco ha introducido un nuevo tipo de acción, la denominada acción colectiva (*Verbandsklage*), a fin de proteger al consumidor. La misma es configurada como remedio a la desfavorable situación procesal del consumidor (43). Según el párrafo 28 y siguientes de la KSchG, determinadas Asociaciones están legitimadas para accionar contra un empresario que hace uso de condiciones generales de negocio que son contrarias a una prohibición legal o a las buenas costumbres, y obtener de esta manera una sentencia que le obligue a cesar de utilizarlas. Además pueden solicitar la publicación de la sentencia (párrafo 30 de la KSchG que se remite al 25 de la UWG).

(41) Las cláusulas prohibidas son definidas en el párrafo 6 como no vinculantes para el consumidor. Para un sector doctrinal la sanción es la anulabilidad. Sin embargo se afirma por diversos autores que se está ante un supuesto de nulidad absoluta. Finalmente, una tercera opinión se inclina por la nulidad relativa con efecto *ex tunc* y sólo puede ser hecha valer por el consumidor (WELSER, *Anmerkungen zum Konsumentenschutzgesetz*, cit., pp. 450 ss.; ECCHER, *Sulle legge austriaca per la tutela dei consumatori*, cit., pp. 281 ss.).

(42) ECCHER (*Sulle legge austriaca per la tutela dei consumatori*, cit., p. 284) pone de relieve que el legislador austriaco con el párrafo 6 ha creado una zona mixta entre la categoría de las normas imperativas y dispositivas, que permite derogar el contenido legal del contrato si se prueba la existencia de una voluntad consciente en tal sentido del consumidor.

(43) BAJONS, *L'azione collettiva. Aspetti comparatistici di nuovo tipo di azione a tutela del consumatore*, cit., p. 294.

La KSchG enumera taxativamente las asociaciones que están legitimadas para ejercitar la acción colectiva. Según el párrafo 29 son las siguientes: La Cámara para la Industria y el Comercio; la Cámara Austríaca del Trabajo; la Conferencia de los Presidentes de Cámaras Austríacas; y la Asociación para la Información de los Consumidores (44).

3. El problema de la tutela de los consumidores frente a las cláusulas abusivas de las condiciones generales de los contratos ha sido objeto de estudios y análisis por parte de los organismos y comisiones del Consejo de Europa y de la Comunidad Económica Europea. Son significativas en este sentido las declaraciones de principio contenidas en la Carta de los derechos de los consumidores, aprobada por Resolución número 543 de 1973 de la Asamblea consultiva del Consejo de Europa (45) y en el Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores, aprobado por Resolución del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 14 de abril de 1975 (46). En el primero de estos documentos, relativo a los derechos fundamentales del consumidor, se configura un derecho a la protección y la asistencia que alude directamente al control de las condiciones generales de los contratos. Se establece (apartado A, b) que todo contratante deberá ser protegido contra los abusos del vendedor, que en el ámbito de la relación negocial es la parte más fuerte; que el consumidor debe ser protegido de las cláusulas vejatorias y de las prácticas de la venta realizadas en forma agresiva. En el segundo documento se establece que los adquirentes de bienes o servicios deben ser protegidos de los abusos de poder del vendedor, en particular en los contratos tipo unilaterales, de la exclusión abusiva de los derechos esenciales, de las condiciones abusivas de crédito, de la demanda de pago de mercancías no ordenadas y de los procedimientos de venta no ortodoxos.

De extraordinario interés es la Resolución (76) 47 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 16 de noviembre de 1976 (47), que aconseja a los Estados miembros introducir instrumentos legales o de otra naturaleza con la finalidad de proteger a los consumidores contra las cláusulas abusivas. Estas son definidas como aquellas que comportan un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones en perjuicio de los consumidores, contrarias al Derecho imperativo o cuya redacción sea inadecuada y

(44) No han faltado las observaciones críticas sobre la acción colectiva configurada por la KSchG. Véase el amplio análisis de BAJONS, op. cit. en la anterior nota, pp. 297 ss.

(45) Texto reproducido por HIPPEL, *Verbraucherschutz*, cit., pp. 340 ss.; ALPA y BESSONE, *Il consumatore e l'Europa*, cit., pp. 48 ss.

(46) Texto reproducido por HIPPEL, *Verbraucherschutz*, cit., pp. 348 ss.; ALPA y BESSONE, *Il consumatore e l'Europa*, cit., pp. 48 ss. y 149 ss.

(47) Un amplio análisis de la misma en ALPA y BESSONE, *Il consumatore e l'Europa*, cit., pp. 51 ss.

engañosas (parágrafos 2, 3 y 4). Además en el párrafo 22 se establece un amplio elenco de cláusulas calificadas de abusivas. Como dicen ALPA y BESSONE (48) aparece, en definitiva, un tipo de control circunscrito, según parece, a los Tribunales (o eventualmente a las Cortes especiales creadas) que resulta ciertamente más eficaz que el existente en muchos países miembros.

Finalmente, el Proyecto de la Comunidad Económica Europea sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores, elaborado por el Servicio del medio ambiente y la protección del consumidor (49), establece la nulidad de las cláusulas que concedan una ventaja excesiva (*an undue advantage*) a la persona que las propone (art. 3) y en el artículo 7 se establece una serie de supuestos de cláusulas abusivas. También se sanciona el principio de la *interpretatio contra proferentem*, circunscrito a las cláusulas ambiguas (art. 6). En los artículos 8 a 11 aparecen disposiciones de naturaleza administrativa y procesal. Se prevé la institución de una autoridad competente (semejante al *Ombudsman*) y la formación de Cortes judiciales que examinarán los casos contemplados en los artículos precedentes. Para garantizar la eficacia del juicio más allá de las partes se dispone que la declaración de nulidad de la cláusula ha de afectar a todos los casos en que la empresa en cuestión utilice cláusulas similares a la que ha sido enjuiciada (art. 10).

4. Para concluir hemos de decir que, como ha escrito el profesor De Castro (50), cualquier sugerencia de «lege ferenda», en especial la dirigida a la mejora de la situación de los más débiles, como ha de ser siempre a costa de ciertos privilegios, tiene mucho de aspiración utópica. Ello, no obstante, no está permitido desperar; todo intento es debido si se desea que la regulación de los contratos tenga el sentido ético propio de lo jurídico y también si se quiere, en serio, la defensa de los consumidores que predica la Constitución (51).

Para lograr esta aspiración, tal vez el mejor camino sea tener en cuenta las disposiciones legales a que hemos hecho referencia en este estudio (52) y muy especialmente la AGBG alemana,

(48) ALPA y BESSONE, *Il consumatore e l'Europa*, cit., p. 58.

(49) ALPA y BESSONE, *Il consumatore e l'Europa*, cit., pp. 59 ss. y 211 ss., reproducen y comentan este documento.

(50) DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, cit., p. 1085.

(51) Sobre la protección del consumidor en la Constitución, véase BERCOVITZ (Alberto), *La protección de los consumidores en la Constitución española y el Derecho mercantil*, en "Lecturas sobre la Constitución española", vol. 2.º, Madrid, 1978, pp. 9 ss.; POLO (Eduardo), *La protección del consumidor en el Derecho privado*, Madrid, 1980, pp. 43-44 y nota 37, con abundante bibliografía.

(52) DE CASTRO (*Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, cit., p. 1079) ha destacado que las soluciones dadas en otras legislaciones pueden servir de enseñanza y guía y también ejemplo para evitar en su caso equívocos y errores.

así como a los Proyectos y Resoluciones citados del Consejo de Europa y de la Comunidad Económica Europea. Esta es la orientación que está presente en la Ley de 18 de noviembre de 1981 del Estatuto del Consumidor publicada en el «Boletín Oficial del País Vasco» (núm. 103 de 15 de diciembre) (53) según se nos dice en el preámbulo y, desde luego, en la Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 («B.O.E.» de 17 de octubre) (art. 3 relativo a las condiciones generales del seguro).

(53) Redacción definitiva publicada en el "Boletín Oficial del País Vasco" de 2 de marzo de 1983. Esta redacción es consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 1982 ("B. O. E." de 29 de diciembre de 1982). Una amplia reseña de la Ley por ELIZALDE, en este ANUARIO, año 1983, fascículo 2.º, pp. 506-508.

“Valoración de la reforma civil argentina a quince años de su vigencia” (*)

Por el Dr. JORGE A. CARRANZA

Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina)

Profesor Titular de Derecho Privado I y II, en la Universidad Nacional
de Río Cuareto (Argentina)

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad
Nacional de Córdoba (Argentina)

Ex profesor de la Universidad Católica de Córdoba (Argentina)

I. Una vez más la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, a la que me honro en pertenecer como Miembro Correspondiente —por benignidad de los señores académicos y no por méritos propios—, me ha distinguido con una invitación para disertar ante ustedes.

Tal vez quepa, en esta tan particular instancia histórica que transitamos, en nuestra Argentina y en 1983, hacer una reflexión inicial acerca de lo difícil que es tratar de cultivar la ciencia —y muy especialmente las disciplinas sociales y jurídicas— frente a un estado de cosas en las que reina el desorden, la falta de respeto a todo tipo de autoridad, la crisis moral, económica y financiera, y en la que fundamentalmente está ausente, de modo lamentable, ese «hábitat» de tranquilidad espiritual que es indispensable para meditar de manera serena sobre los grandes problemas que a todos nos preocupan.

Pertenezco a un grupo humano que es el que va dejando de formar parte de la «generación intermedia» y se encamina hacia la «tercera edad», es decir, que formo parte del grupo generacional que conoció de *antes* de esta compleja situación y vive con angustias el presente azaroso de los días que corren. Pero, al mismo tiempo, y sin ingenuidad, como mis coetáneos, soy de aquéllos que confían en la recuperación de los valores permanentes que han distinguido a la dirigencia y a la intelectualidad argentina de casi todos los tiempos.

Confieso, no sin rubor, que soy moderadamente optimista. Es decir, que estoy instalado junto con los que creen positivamente en la

(*) Conferencia pronunciada por el autor en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), el día 28 de agosto de 1983, en homenaje a la memoria del profesor Federico de Castro.

solución de los grandes problemas argentinos, no porque «Dios sea criollo» —según la acuñada frase popular—, sino con el fundamento más criterioso de que el trabajo, la voluntad, la inteligencia y la imaginación, junto con la honestidad de las realizaciones, nos permitirán, persistiendo concientemente en ellas y con un gran sentido de la unidad, recuperar la moral perdida y el equilibrio desfasado, de modo tal que nos sea permitido reconstruir las ruinas que hoy nos rodean, hallando finalmente el perfil de la Argentina que anhelamos: *gravitante*, por su bien ganado prestigio; *respetada por todos*, en razón de su poder de recuperación; *unida* tras banderas comunes; *comprometida responsablemente con la idea de salir adelante*; *victoriosa y triunfal* —pese a las derrotas— y convencido de que la veremos renacer de entre sus propias cenizas —como el Ave Fénix—, venciendo todas las acechanzas.

Solamente así, con todas las potencias que emanan de una ética que debe volver a ser incorruptible; con la inestimable fuerza que da el amor al prójimo —que no puede nunca ser soslayado— y con la firmeza ineludible del trabajo constante, será que —con la ayuda de la prudencia y de la providencia— llegaremos, en el siglo XXI, al lugar en que quisieron colocarnos nuestros fundadores, y al que —creemos— tenemos el legítimo derecho de acceder. Más que una toma de posición de optimismo utópico diríamos, *con Aranguren*, que integro una generación que *espera, pero con esperanzas*.

II. Luego de esta introducción obediente a las circunstancias que vivimos, aquí y ahora, deseo dedicar muy especialmente estas reflexiones.

En primer lugar, al maestro español profesor don *Federico de Castro y Bravo*, fallecido hace poco tiempo en Madrid, después de haber sido un *eximio catedrático*, un *extraordinario publicista*, y una *auténtica personalidad* de aquéllas que, pese a su modestia, llegó a las más altas honras. Por ejemplo, la de desempeñarse como Presidente de la Corte Internacional de La Haya. Rindo en este acto mi emocionado recuerdo a su memoria ya que tengo como una de mis más preciadas prendas las enseñanzas de sus inúmeros escritos (por ejemplo: el «Tratado de Derecho Civil de España», «El negocio jurídico», la dirección del «Anuario de Derecho Civil», etc.), como así propio de las muchas cartas que intercambiamos. Buscó la paz por el Derecho (lo que es una emoción), pero contribuyó a formarlo y de formar en él, mediante sus enseñanzas (lo que es alta docencia), a través de sus muchos libros, monografías y ensayos (que es alto publicismo), y en el ejercicio de la más alta magistratura judicial: la del Tribunal de La Haya, al que supo jerarquizar con su ciencia y su presencia.

Y en orden a este reconocimiento preliminar, deseo dedicar también esta meditación como sincero homenaje a los autores de la reforma legislativa argentina de hace quince años, que tanto nos ha ayudado a los juristas, a los jueces y, en general, a los abogados, para paliar los fenómenos sociales y económicos de cuyo marasmo aún no hemos tenido la suerte de salir, pero de todo esto nos ocuparemos en seguida.

III. Los nuevos horizontes jurídicos en Argentina al promediar nuestra centuria.

1. Fuimos formados, hasta los años 50, en un Derecho privado con visión histórica. Más bien estático que dinámico. Nuestra circunstancia, es decir, aquello que nos venía dado o impuesto, parecía poco susceptible de modificaciones y así lo asumíamos, de manera radical, según el lenguaje orteguiano.

2. Poco tiempo después comenzaron a advenir los cambios de esa *normalidad histórica*. Hasta entonces, en efecto, sólo el *Anteproyecto Bibiloni* —primero— y el *Proyecto de 1936* —después constituían los únicos atisbos, los aislados intentos de modificar la estructura legislativa del Derecho privado argentino.

Se trabajó sobre ellos en los Congresos Nacionales de Derecho Civil, realizados en Córdoba en 1927 y en 1937; y se realizó, también, el I Congreso Nacional de Derecho Comercial, en 1940.

No se quiere decir con esto que no existieran —antes— inquietudes renovadoras y estudios jurídicos profundos, ni —menos todavía— que no hubiesen sucedido «hechos nuevos», que efectivamente los hubo. Lo que queremos subrayar es que no se había producido, todavía, la «rapidación» del tiempo histórico que advino después, con efectos multiplicadores.

¿Cuáles fueron los datos de esos cambios? Esquemáticamente, podemos citar:

- a) Los más rápidos avances de la tecnología.
- b) Que creó nuevas necesidades en el hombre medio.
- c) Que modificó oficios y profesiones y produjo un gran *cambio social*, es decir, una gran permeabilidad de los estratos sociológicos.
- d) Que esos cambios se dieron a nivel planetario («Llora y lo harás sobre mi hombro», supo decir *Rilke*) y con carácter permanente o constante. Es decir, que no se produjeron en un determinado tiempo, ni se radicaron aisladamente en un cierto país o continente.
- e) Que el contenido de esos cambios estuvo ligado a la producción y al consumo masivo; a la organización de las grandes empresas; al dirigismo económico; a la planificación tecnocrática; al crecimiento demográfico; a la extraordinaria concentración urbana; a la emigración rural; a la inédita incrementación y avances de la ciencia y de la técnica; et sic de coeteris.
- f) En fin, producción en gran escala; consumo masivo; medios de comunicación de masas y progresos científicos y tecnológicos, aparejaron lo que se ha dado en denominar la *Civilización técnica*.

3. Frente a esos cambios esenciales la normativa jurídica civil hasta entonces vigente dejó de tener una respuesta eficaz, como que había sido pensada para una sociedad diferente: la decimonónica.

La manera de enfrentar este desfase se ofrecía en duros términos de opción: o se ignoraba la realidad sumiendo al sujeto en la soledad, la angustia y el nihilismo, al que lo abandonaban las reglas de convivencia, desconocedoras de las tensiones sociales que comenzaban a pre-

sentarse, con el resultado de la insatisfacción generadora de resentimientos; o se asumía la realidad y el Derecho se acompañaba a los cambios sociales.

En menos palabras: Estábamos ante la crítica oposición de *apariencia vs. realidad*. Huizinga llegó por ello a decir que habían empezado a vacilar —nada menos— que la Verdad, la Humanidad, la Razón y el Derecho.

Es que se producían, por ejemplo, la destrucción de industrias por fenómenos hasta entonces inéditos (técnicas nuevas; abuso y menoscabo de la tierra por cultivos intensivos); trabajo automatizado y fatiga industrial; contaminación del ambiente por desechos industriales y en razón del transporte, etc.

4. Entonces se entró a repensar al Derecho; y esto es lo importante: no ya como *norma* —exclusivamente y a través del método exegético— sino también como *hechos*, vinculados —eso sí— a *normas*, pero en relación a *valores*.

Y se advirtió que categorías como las de *la autonomía de la voluntad; el acto comercial aislado; el contrato y la empresa tradicional; la propiedad individual*; no podían ya ser examinadas asépticamente y sólo consideradas en sí mismas sino integrándolas con la economía, la sociología. Y con la tecnología.

Hubo que aprehender, por ejemplo, el *fenómeno inflacionario* y asir fuertemente las aristas del *contrato-tipo*, impuesto estandarizadamente, verbigratia, para no alargar en exceso el listado.

5. En cambio de ello el esquema tradicional del Derecho civil pre-industrial, lo mostraba con pautas subjetivas que reducían su aplicación a los pequeños comerciantes y, objetivamente, a los productos de la tierra.

Esta fenoménica resultaba anacrónica porque había sido ya superada por la *fabricación en cadena* y la *distribución en masa*.

La autonomía de la voluntad era atravesada por la coacción del poder económico, que extinguía la libre competencia y el equilibrio de la oferta y la demanda; con planificaciones inducidas y forzosas; en programaciones a largo plazo y alentadas por la publicidad; y en función de la producción, más que en función de las necesidades del consumidor.

Los cambios ocurridos rebasaban la normativa envejecida y la desenfocaban de las variables económicas y tecnológicas, aparejando una tensión social, que antes no sucedía. Y que obligaba, también al Derecho, a producir cambios.

Es necesario reconocer que el cambio incidiendo sobre el Derecho y el Derecho actuando sobre el cambio forman un sistema de vasos comunicantes recíprocos. Hay conductas sociales efectivas y otras determinadas por el Derecho.

El dictado —hace quince años— de la Ley 17.711 constituyó una clara respuesta a ese estado de cosas, que, más allá de sus aciertos y de sus errores, dio el Derecho civil argentino respecto de los cambios fácticos —económicos, sociales, financieros y, fundamentalmente, tec-

nológicos— que se habían venido produciendo durante este siglo en la infraestructura de lo jurídico.

IV. Génesis de la reforma de 1968.

1. *Los jueces*, que son quienes se hallan siempre más próximos a la realidad (que es la que golpea frecuentemente a sus estrados) habían comenzado una labor creativa y realista, al mismo tiempo. Apelando, por ejemplo, al artículo 953 del Código civil —que *Spota* calificaba de «regla de oro» que «abría la válvula de escape que permitía oxigenar al Derecho positivo»— procuraban luchar contra la usura, imponer la buena fe, la igualdad efectiva de los contratantes, etc.

2. *El legislador*, a su turno, había hecho también lo suyo, si bien parcelariamente: se había mejorado la situación jurídica de los hijos ilegítimos; se había elevado la edad mínima para el matrimonio; se dictó el plexo normativo de la curatela de bienes en estado de abandono; se mejoró la sistemática legislativa de la ausencia con presunción de fallecimiento; se dictó la Ley de Propiedad Horizontal; la de Adopción, etc.

3. *La doctrina* estaba ampliando progresivamente su esfera de influencia hacia la consecución de la meta anhelada; receptar los cambios sociales y económicos, como así propio los tecnológicos, auspiciando soluciones jurisprudenciales y legislativas que se inspiraban en *principios finalistas* (en materia de contratos y obligaciones), y *funcionalistas* (en el área del ejercicio de los derechos subjetivos y, muy especialmente, de los derechos reales).

4. *Las reuniones que podríamos llamar «cumbres» de juristas, profesores, publicistas y abogados*, comenzaron a hacerse más periódicas. Ya dijimos que hasta 1940, sólo podían computarse en esa valiosa actividad para-legislativa, los Congresos de Derecho Civil reunidos en Córdoba en 1927 y en 1937 (con asistencia de lúcidas mentes como las de Hénoc D. Aguiar, Enrique Martínez Paz, Héctor Lafaille, Alfredo Orgaz, Horacio Valdés, para no nombrar sino algunos). Al paso que en 1940 se reunió el Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial, donde descollaran Mauricio Yadarola, Satanowsky y otros muchos.

5. Pero creo no equivocarme si elijo el año de 1959, y la Sexta Conferencia Nacional de Abogados reunida en La Plata, como la fecha y el acontecimiento que fueron los germinales desencadenantes de la reforma civil argentina. Cabe entonces preguntarse: ¿Qué es lo que pasó en 1959? Pues que apareció un grupo de juristas —unos, decididamente jóvenes (menos de treinta años); otros, de lo que hoy se llama la «generación intermedia» (menos de cuarenta y cinco años); y los más experimentados, con más de cincuenta años— que auscultándose a sí mismos y descubriéndose como integrantes de una sociedad masificada y de una tendencia publicitaria y educacional teñida de consumismo y crecientemente materialista, descubría —al pronto— que resultaba necesario encarar la legislación, la doctrina y la jurisprudencia del Derecho privado de «otra manera»; advertía —con

cierto repentismo— que era menester «volver a las fuentes», pero no a las meramente formales, ni a las excesivamente inmediatas, sino a las raigales y más remotas, aquéllas que se hallan en las fundaciones mismas del hombre de cultura occidental. Es que se había comprobado que era menester «cambiar de óptica», que era necesario utilizar otro «punto de vista» y una diversa «perspectiva», de una manera si se quiere escatológica, para que a través de una catarsis que ya era indispensable, se pudiera salir de los cambios socio-económicos y técnicos purificados por las aguas lustrales que emergen del fondo mismo de la historia —universal y nacional— en un como regreso a lo fundamental.

En otras palabras: el *realismo* se plantaba frente a lo crudamente *racional* que todo lo había distorsionado, al hacer olvidar que el Derecho antes que tener su eje en el individuo «químicamente puro», posee su «clave de bóveda» en la consideración y reconocimiento del «otro», sin el cual no hay relación jurídica digna de estimación. Es decir, que, como respuesta a los cambios, el Derecho debía *transformar* lo deformado por los hechos y tenía que tornar a hacer realidad aquellos primeros principios informadores de la civilización occidental, considerando que era verdad que, como alguien dijo, la humanidad «está enferma de raciocinio y de científicismo».

Esa generación argentina de 1959 llegó con la fuerza de los que quieren impregnar de una concepción ética —repito que profunda— a la moral social que se verticaliza en el Derecho, más allá de lo fáctico y de la letra fría de las normas y, en lugar de ello, hacer funcionar un poderoso sentimiento de cooperación con los demás, que lleve a reconciliar a los opuestos mediante la Justicia, para que el Derecho efectivamente adocente y siga enseñando que *su finalidad es conseguir el equilibrio social de las conductas particulares*. Porque ese es el único camino que conduce a superar la tendencia individualista que nace de un exacerbado egocentrismo antropocéntrico, de manera de llegar —así— a la unidad, mediante la libertad pero con responsabilidad, en una convivencia que —al mismo tiempo— sea digna, real, auténtica y solidaria.

No se trataba ya, en consecuencia, de contentarse con la seguridad, que es el valor que prefieren quienes conciben al Derecho de una manera egoísta y como exclusivo servidor de su aislado señorío. La solución estaría, pensaba esa generación de 1959, en la *revalorización de la justicia*, como arte de reconocer en el otro el derecho a lo mismo que uno reclama, dejando de lado las enmarcaciones meramente exegéticas y positivistas, las vanas construcciones jurídicas impecablemente racionales, pero materialistas, al tiempo que soslayando las posturas divisionistas del pensamiento analítico, en aras del cual (el estructuralismo, por ejemplo) se sacrifica el pluralismo vital y se desarma el cuerpo social, como si no fuera una realidad humana valiosa, sino como un aparato que debe ser tratado no por juristas sino por «ingenieros sociales».

6. Deseo recordar que la *Federación Argentina de Colegios de Abogados* y el *Instituto de Estudios Legislativos*, habían convocado a

esa *Sexta Conferencia Nacional de Abogados* reunida en La Plata, en 1959, para tratar un temario que bajo el título de «*La inflación y el Derecho*», invitaba a considerar el impacto que ese fenómeno económico-financiero estaba produciendo en los distintos compartimientos del Derecho público y privado.

El tema sexto de esa específica agenda versaba sobre «*La inflación y el Derecho civil*», y en esa Comisión se debían tratar asuntos tan importantes como polémicos: *la lesión*, como vicio del acto jurídico; *la imprevisión*, como modo excepcional de resolución de los contratos; *el abuso de los derechos*, como manera descalificadora del ejercicio de los facultamientos subjetivos; *la reparación integral de los daños*, en los hechos ilícitos; *la solución de equidad*, como poder morigerador de los jueces; *la buena fe contractual*, como supremo medio de moralización de las relaciones contractuales, etc.

El tratamiento en la Comisión mostró el enfrentamiento de las dos posturas doctrinarias que, desde entonces, luchan por establecer sus propios principios en esas materias: por una parte, la *liberal e individualista*, parapetada en el «status quo» que segrega el valor seguridad; y la *solidarista*, que desea que el Derecho absorba los cambios socio-económicos para el mejor imperio del valor justicia.

Nada pudo entonces concluirse, pero, según es ya historia, se obtuvo el compromiso de que serían tratados tales temas en el siguiente evento científico, que no era otro que el *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, que debía reunirse en Córdoba dos años después, en 1961.

7. Y fue en ese trascendental encuentro donde se produjo el pronunciamiento ampliamente mayoritario respecto de aquellos temas donde la civilística era más rudamente golpeada por los nuevos fenómenos tecnológicos (automóviles, aviones, concentraciones masivas, contratos predispuestos y de adhesión; hechos ilícitos colectivos; daños causados por máquinas y sin culpa ni dolo); por las nuevas maneras desfasadas de la economía (inflación; hiperinflación; cláusulas de estabilización); por las violaciones de la buena fe subjetiva y objetiva (lesión; estado de necesidad; abuso de los derechos, etc.).

8. De allí que la reforma de 1968 pudo ser fundamentada por el entonces Ministro del Interior, Dr. *Guillermo A. Borda*, diciendo que «*La reforma responde a un largo anhelo expresado a través de Congresos, Jornadas y Publicaciones... y muy especialmente en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Córdoba en 1961*».

V. *Balance de la reforma civil a quince años de vigencia.*

1. El transcurso de tres quinquenios —que según *Julián Marías* y *Jaime Perriau* es la inversión de tiempo equivalente a la necesaria para que exista una nueva generación— es una buena perspectiva para realizar un balance más o menos ajustado y válido de lo que ha significado, dentro del contexto legislativo argentino, la reforma de la Ley 17.711.

Veremos de hacerlo lo más apretadamente posible, desde el punto de vista tridimensional en que habitualmente nos place examinar al Derecho.

2. *Aspecto fáctico* (infraestructura de hechos sociales, económicos, financieros, tecnológicos, etc.).

Los detonantes y los cambios a que la reforma de 1968 apuntó han sido absorbidos por ella, convirtiéndose en un herramental idóneo, por ejemplo, para amortiguar:

a) *Las intensas mutaciones económicas*, como la inflación; la hiperinflación; la aparición de nueva tecnología; la cibernética, etc.

b) *Los profundos cambios financieros*, como los que se produjeron tanto dentro de una economía dirigida, cuanto por la que se motivó acremente con el regreso a una economía de oferta y demanda; devaluaciones imprevisibles; mutuos onerosos de intereses altísimos, etcétera.

c) *Las serias repercusiones sociales de las bruscas mutaciones económico-financieras*, como las que hubo que enfrentar frente a problemas como los de la construcción de la vivienda propia; la adquisición de vehículos y de otros elementos de confort, fuertemente conflictuados por relaciones jurídicas novedosas (v. gr., «círculos cerrados»), poderosamente impulsadas por la publicidad masiva, creadora de nuevas necesidades, a través de los «mass media» y la influencia de grandes empresas supranacionales.

d) *La imposición del consumo, como realimento económico del fabricante, el intermediario, el detallista*, etc., que encarecen el producto final por la excesiva intermediación; la tecnificación de las empresas y el sobredimensionamiento bancario, financiero, bursátil, etc., con sus secuelas de burocratización, excesivo precio del dinero y del crédito en general.

e) *Las condiciones contractuales predispuestas en favor de la productora y del fabricante; de la aseguradora; de la transportadora*, etc.; con todos los problemas que generan estos concretos y poco controlados «contratos de adhesión».

f) *La imprevisible guerra por la reivindicación de Las Malvinas en el Atlántico Sur*, etc., etc.

3. Frente a esta infraestructura fáctica, se instaló —a partir de la vigencia de la Ley 17.711— una *estructura normativa* que fue la resultante:

a) De la necesidad de corregir el desajuste entre una Ley, que tenía sus aristas más notables en el dogma de la autonomía de la voluntad y en una supuesta igualdad teórica de los contratantes, a cuyo fin se procuró conseguir una igualdad real y paliar los efectos de la falta de libertad real, en lo económico, de los contratantes.

b) *La prosecución del consenso en orden a las aplicaciones jurisprudenciales de las pautas normativas de la reforma.*

c) *La influencia positiva de las soluciones de equidad, indispensables para que la reforma fuera operante.*

d) Una judicatura que, con prudencia no exenta de valentía, llevó

hasta sus últimas consecuencias los principios inspiradores de la reforma.

4. La Ley 17.711 intentó, y a nuestro modesto modo de ver concretó, una serie de *valores* que constituyen la *superestructura axiológica* del moderno Derecho civil argentino:

a) Insufló su espíritu solidarista en materia de contratos, obligaciones y hechos ilícitos.

b) Al receptar figuras como la lesión, la imprevisión, el abuso de los derechos y el reforzamiento del principio de buena fe-lealtad, que permitieron superar las soluciones inequitativas (por ejemplo, de la regla nominalista, mediante el sistema de deudas de valor).

c) De esta suerte de magistratura pudo, combinando nuevas figuras con los principios generales del Derecho, realizar la recomposición judicial de los negocios jurídicos y de las indemnizaciones de daños.

d) En fin: *se realizó plenamente el valor justicia*, indudablemente el más significativo de todos los valores jurídicos, sin mengua —a nuestro entender— del bien común, la seguridad, el orden, la paz social, etc.

e) También se realizó el valor justicia, al reconocer la reforma variables sociológicas como las emergentes de:

a') La habilitación de edad; la inhabilitación de los estados fronterizos; la anticipación de la mayoría de edad.

b') El divorcio por mutuo acuerdo; el asentimiento conyugal para la venta de bienes gananciales y demás previsiones del artículo 1.277 del Código civil.

c') La protección de los terceros de buena fe en la actividad comercial.

d') La protección de la víctima frente a las cosas peligrosas o riesgosas.

e') La protección de la buena fe-creencia en materia de posesión.

f') La rescisión contractual por autoridad del acreedor (pacto comisorio tácito).

y g') El retorno al formalismo en materia de registración de bienes económicamente significativos.

5. Ciertas leyes posteriores complementaron, de manera coherente, la reforma de 1968:

a) *La Ley de Nombre de las personas.*

b) *La Ley de Adopción.*

c) *La Ley de Pre-Horizontalidad.*

d) *La Ley de protección a la intimidad.*

e) *La Ley de Trasplantes de órganos con fines terapéuticos, etcétera, etcétera.*

6) Pero es indudable que en los años más recientes, y mientras los jueces aplicaban exitosamente la reforma, el nuevo legislador en uno de los reiterados movimientos pendulares que caracterizan a nuestro sistema jurídico-político, dictó *normas que no guardaron la debida coherencia con el sistema valorativo de la Ley de 1968*. Así, por ejemplo:

- a) *Ley de Entidades Financieras.*
- b) *Ley de Radicación de capitales extranjeros.*
- c) *Devaluaciones. Circulares del Banco Central de la República Argentina.*
- d) *Legislación liberadora de tasas de interés.*
- e) *Intervenciones de Bancos y Entidades Financieras.*
- f) *Utilización instrumental de la Ley de Sociedades y de Concursos para el desmantelamiento industrial y la entrega a nuevos titulares (de grupos nacionales predeterminados o de la Banca extranjera) de medios de producción, entidades financieras, etc.*
- g) *Incentivación de la usura oficial y privada (Circular 1.050 del Banco Hipotecario Nacional, etc.).*
- h) *Aceptación pasiva por el Estado de condiciones contractuales predispuestas.*
- i) *Desprotección del consumidor, etc., etc.*

7. *El balance de la aplicación durante quince años de la Ley 17.711 importa reconocer:*

- a) *Que ella constituyó una necesidad, al margen de sus deficiencias de técnica legislativa y de técnica jurídica.*
- b) *Que el desfase económico-financiero, con repercusión social, que advino después, fue amortiguado por la reforma.*
- c) *Que, en aquello que ella no contempló expresamente, debe encarecerse la aplicación de los principios generales del Derecho y de la Equidad, que hacen al orden público argentino y que vertebran su sociedad en parámetros mínimos de coincidencia general.*
- d) *Que para ello es fundamental la existencia de una doctrina científica, pensante y con imaginación creadora, como la que tiene sobradamente el país, para que a la hora del relevo generacional —que está a la vista— continúe y mejore la labor empeñada.*

y e) *Que los integrantes del Poder Judicial prosigan su labor independiente con la dosis de valentía necesaria para imponer —sin olvidar la prudencia y recato de su «métier»— las soluciones normativas y los principios encarecedores del valor Justicia, a fin de imponer la solidaridad, que es prenda de la Paz Social a que aspira el Bien Común, cubriendo las lagunas normativas y superando las incoherencias legislativas.*

8. *Todo esto debe ir de la mano con una mejor enseñanza del Derecho («case methode» mediante); con una profundización del conocimiento de la Sociología general y la jurídica; de la Filosofía general y la jurídica; de la Historia del Derecho; de la Economía y de sus relaciones interdisciplinarias; y, obviamente, del Derecho comparado.*

9. *Ello debe ser rematado, prospectivamente, con una nueva metodología sobre las funciones del Estado; con apoyo logístico de la actividad legislativa por medio de equipos técnicos idóneos, a fin de arribar a la deseada democracia social justa, de impronta solidarista, que realice la calidad de civilización a que aspiramos en Argentina.*

La comunidad Iberoamericana en el pensamiento de Federico de Castro

Por JOSE MARIA CASTAN VAZQUEZ
Secretario de la Comisión General de Codificación

SUMARIO: I. La atención de Federico de Castro hacia los temas iberoamericanos.—II. Las ideas de Federico de Castro sobre la comunidad iberoamericana: 1. El hecho de la comunidad. 2. La necesidad de una formulación jurídica. 3. Comunidad y doble nacionalidad. 4. Comunidad iberoamericana y comunidad internacional.—III. Proyección y actualidad del pensamiento de Federico de Castro sobre la comunidad iberoamericana.

La vida y la obra de don Federico de Castro y Bravo ofrecen entre sus diversas vertientes una bien conocida: su apertura a lo exterior (sin perjuicio de su gusto por la doctrina clásica española) y su conocimiento de las disciplinas internacionales. En esta vertiente sobresale acaso el concreto aspecto de su vocación europeísta, manifestaba inicialmente en los viajes juveniles de estudio por Europa y, más tarde, en su reiterada presencia en encuentros científicos europeos. Pero hay también otro aspecto menos ostensible y acaso más entrañable: su simpatía hacia Iberoamérica y su persistente atención hacia los temas americanos. Si recordamos, en efecto, su vida, o si espigamos por su obra, podemos hallar diversos testimonios de esa inquietud americanista del maestro De Castro; el presente *microtrabajo* aspira tan sólo a señalar algunos con el deseo de ofrecer una aportación, siquiera sea modesta, a los varios y más autorizados estudios que en torno al pensamiento de don Federico reúne hoy el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, que rinde así un justo homenaje a quien tan ilusionadamente lo fundó y durante tanto tiempo lo dirigió.

I. LA ATENCION DE FEDERICO DE CASTRO HACIA LOS TEMAS IBEROAMERICANOS

La inclinación de Castro al estudio de la América española no fue, ciertamente, una vocación tardía. Acaso su vinculación a Sevilla —la ciudad que en particular encauzó el movimiento español hacia las Indias y fue sede de la Casa de Contratación— influyó

en su temprana inquietud americanista. Un primer testimonio de su atención a los temas americanos se encuentra, en efecto, en una obra suya de juventud —*Las naos españolas*—, que constituyó su tesis para el doctorado en Ciencias Históricas y fue publicada en 1927 dentro de la colección «Hispania» que dirigía el académico de la Historia e inolvidable profesor de la Universidad de Madrid, don Antonio Ballesteros Beretta (1). De Castro, en este libro —al que en otras ocasiones me he referido y que es, por cierto, menos conocido que las posteriores obras suyas, ya puramente jurídicas— afrontaba un tema que, como él mismo señalaba en el prólogo, era «en parte, asunto no tratado en la literatura histórica española y, aun en lo ya estudiado, compuesto de manera deficiente o sin ordenar» (2).

Para elaborar esa obra, De Castro trabajó sobre documentos inéditos y del Archivo de Indias. Fruto de su labor investigadora fue una reconstrucción, tan rigurosa como amena, de la *visita* y el *registro* de las armadas españolas. La visita, que «era la base, el fundamento de todo el régimen legalista de intervención del poder central en el comercio» (3), había sido regulada en su día por numerosas disposiciones (sólo la Recopilación de las leyes de Indias contuvo más de setenta) y a ella se refirieron también diversos informes y consultas dirigidas al Consejo de Indias y a la Casa de Contratación. A la vista de ese material, De Castro señalaba el objeto de la visita como institución —«hacer ejecutar las leyes y ordenanzas y remediar todo lo que fuese contra ellas»— y reconstruía sus concretas funciones (4), indagando luego cuál sería la realidad y la *praxis* de la aplicación de las disposiciones legales (5). Con el mismo rigor estudiaba después la organización y actuación de las *flotas* y las *armadas* en el siglo XVI, así como sus viajes a través de la «Carrera de Indias» (6) y otros hechos con ellas relacionados. El libro, realmente sugestivo, amenizado con buen número de anécdotas históricas extraídas de la documentación manejada (en estilo que recuerda al que años después utilizaría con tanto acierto en sus ensayos históricos Gregorio Marañón), permite al lector seguir y vivir los fascinantes viajes atlánticos de las naves españolas desde la salida hasta el arribo, con sus peripecias materiales y también con sus trámites jurídicos.

Tras aquel estudio de juventud que fue *Las naos españolas*, la vida y la obra del profesor De Castro se orientaron definitivamente hacia el campo del Derecho, en el que había de llegar al alto nivel que es bien conocido. Pero su atención hacia los temas ame-

(1) La referencia completa del libro es: F. DE CASTRO Y BRAVO, *Las naos españolas en la carrera de Indias (Armadas y Flotas en la segunda mitad del siglo XVI)*, Ed. Voluntad, Madrid, 1927. Un volumen de 284 págs.

(2) F. DE CASTRO Y BRAVO, *Las naos españolas*, cit., pág. 5.

(3) F. DE CASTRO Y BRAVO, *Las naos españolas*, cit., pág. 18.

(4) Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Las naos españolas*, cit., págs. 21-32.

(5) Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Las naos españolas*, cit., págs. 33-38.

(6) Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Las naos españolas*, cit., págs. 41-89.

ricanos no desapareció: reaparecería en los años cincuenta a través de los estudios sobre la doble nacionalidad a los que enseguida voy a referirme, y perduraría durante toda la vida de don Federico a través de sus contactos con los juristas de Iberoamérica; contactos cordiales, mantenidos tanto en los organismos internacionales en los que Castro se integró, como en el Seminario de Derecho Civil del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (que frecuentaron varios doctorandos y becarios iberoamericanos), o simplemente en el hogar de los Castro, que visitaron numerosos civilistas de América.

II. LAS IDEAS DE FEDERICO DE CASTRO SOBRE LA COMUNIDAD IBEROAMERICANA

En el tema de la nacionalidad inciden el Derecho internacional y el Derecho civil; don Federico de Castro, que en el curso de su vida fue titular de cátedras de ambas disciplinas, lo abordó reiteradamente, y con ocasión de estudios sobre él esbozó su concepción de la comunidad iberoamericana.

Ya en 1945, en efecto, De Castro señaló que estaba justificada la reducción del plazo para adquirir la nacionalidad española por vecindad cuando se trata de hispanoamericanos (7). En 1948 aludió con alguna precisión y extensión a la «comunidad hispánica» en un estudio sobre la doble nacionalidad (8), que en adelante citaré como *Estudio*. Y volvió sobre el tema con cierta amplitud —y, por supuesto, en la misma línea— en la ponencia que también sobre la doble nacionalidad expuso en el Primer Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional celebrado en Madrid del 2 al 12 de octubre de 1951 (9), que en adelante citaré como *Ponencia*. Estos estudios contienen un pensamiento definido, comprometido y maduro, sobre la realidad de la comunidad iberoamericana y sobre algunas de sus posibles proyecciones jurídicas. Procuraré a continuación resumirlo.

1. *El hecho de la comunidad*

El hecho de que existe una *comunidad hispánica* lo advierte claramente De Castro y lo afirma del modo más tajante. «La evidencia del existir vigoroso e intenso de la comunidad hispánica —escribe— hace que esté fuera de toda discusión. La personalidad fuerte y clara de las nuevas naciones que la forman acentúa, en

(7) F. DE CASTRO Y BRAVO, *La adquisición por vecindad de la nacionalidad española*, en «Información Jurídica», núm. 37-38 (febrero-marzo 1945), pág. 90.

(8) F. DE CASTRO Y BRAVO, *La doble nacionalidad*, en «Revista Española de Derecho Internacional», vol. I, núm. 1 (1948), págs. 103-107.

(9) Publicada con el título de *La doble nacionalidad* en la obra *Actas del Primer Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid, MCMLII, t. I, págs. 340-367.

armónico contraste, la esencial común unidad. Coexistencia en la comunidad de origen, cultura y creencia, con hondas raíces en la Historia, pues desde el comienzo de la Conquista los hispanos tuvieron dentro del Imperio español esa consideración separada y unitaria que expresa el título del soberano: *Hispaniarum et Indiarum Rex*» (10).

Afirmado aquel hecho, De Castro pone de relieve la singularidad de aquella comunidad, que «se muestra en que, a pesar de no haber recibido una consagración jurídica general, actúa continuamente, pensando sobre la realidad social de todas las naciones iberoamericanas, determinando constantes iniciativas de particulares y reglas jurídicas especiales». A propósito de esas iniciativas, De Castro se remonta a los fracasados esfuerzos de Bolívar para crear la Gran Confederación Suramericana y recuerda la vuelta a esa idea en el Congreso Centenario de Bolívar de 1883, así como el proyecto argentino de Suárez, Zeballos y Garay, el mejicano del senador Alvarez y algunas normas de la ley uruguaya de 1.º de febrero de 1928 y de la Constitución peruana de 1933 (11). «El hecho —apunta— de no haberse encontrado todavía la fórmula jurídica adecuada explica, incluso, ciertas disposiciones y propuestas más o menos inadecuadas» (12).

Es de notar que, en el orden terminológico, De Castro empleó exclusivamente la expresión «comunidad hispánica» en el estudio de 1948 y adoptó la expresión «comunidad iberoamericana» (o «de países iberoamericanos») en la ponencia de 1951.

También es de observar que De Castro en su planteamiento del tema se situó en la línea de los escritores españoles contemporáneos que habían ya contemplado con especial atención la América española; baste recordar el caso, bien conocido, de Maeztu, quien en su *Defensa de la Hispanidad* había hablado de «la comunidad de los pueblos hispánicos» (13).

2. La necesidad de una formulación jurídica

«La realidad social que es la comunidad hispánica —dice De Castro— debe tener, como todo hecho social operante, su debida regulación jurídica. Esto es indudable. Las dudas y las divergencias

(10) F. DE CASTRO Y BRAVO, *Estudio* cit., pág. 104.

(11) F. DE CASTRO Y BRAVO, *Ponencia*, cit., pág. 360.

(12) F. DE CASTRO Y BRAVO, *Ponencia*, cit., pág. 361.

(13) «La comunidad de los pueblos hispánicos —había escrito Maeztu— no puede ser la de los viajeros de un barco que, después de haber convivido unos días, se despiden para no volver a verse. Y no lo es, en efecto. Todos ellos conservan un sentimiento de unidad que no consiste tan sólo en hablar la misma lengua, o en la comunidad del origen histórico, ni se expresa adecuadamente diciendo que es de solidaridad, porque por solidaridad entiende el diccionario de la Academia una adhesión circunstancial a la causa de otros, y aquí no se trata de una adhesión circunstancial, sino de una comunidad permanente» (R. DE MAEZTU, *Obra*, selección y prólogo de Vicente Marerro, Editora Nacional, Madrid, 1974, pág. 866; pasaje del libro *Defensa de la Hispanidad*, publicado en 1934).

pueden nacer sólo cuando se trate de designar la fórmula jurídica concreta más exacta o al elegir el momento oportuno para adoptarla; una será tarea propia de los juristas y la otra de los hombres de Estado» (14). Aquellas disposiciones y propuestas «más o menos inadecuadas» a las que ha aludido, manifiestan a su juicio una satisfacción e intranquilidad que «es, seguramente, la exteriorización sociológica más elocuente de la conveniencia de que se dé fórmula jurídica al hecho de una comunidad de pueblos unidos por la misma cultura y el mismo espíritu» (15).

A este propósito, De Castro rechaza ciertas posturas negativas que han adoptado ante la comunidad algunos autores al contemplarla con sobra de ideas teóricas y falta de conocimiento de América. «El extranjero —observa— no puede comprender la realidad de los pueblos de la América hispánica cuando trata de ajustarla a los prejuicios teóricos; así, cuando Aksim asegura que "la población inmensa de la América latina no puede considerarse consolidada en el sentido de nacional", dice esto porque no ha sabido comprender que pueden existir naciones independientes dentro de una comunidad más amplia, que hace que todas tengan un estilo común de vida a la vez que una propia y firme personalidad» (16).

3. Comunidad y doble nacionalidad

¿Cuáles pueden ser los concretos efectos jurídicos de un eventual reconocimiento formal de la existencia de la comunidad iberoamericana? Prescindiendo de los posibles efectos de Derecho público (17), De Castro contempla uno de Derecho privado, de obvia importancia para la persona: la nacionalidad. «La pertenencia a la comunidad —afirma— se manifestará, normal y naturalmente, en que cada Estado equipare completamente al súbdito de un Estado de la comunidad a su propio súbdito, concediéndole, mientras resida en su territorio, el disfrute de todos los derechos civiles y administrativos del nacional. En este respecto se puede hablar de una doble o plurinacionalidad, pero potencial, sucesiva y de distinto grado de intensidad» (18).

La terminología adoptable es secundaria para De Castro, quien estima, en cambio, esencial el contenido de la figura. «Los tipos de comunidades y sus fórmulas jurídicas o políticas —recuerda— han sido bien distintas, y a cada una de sus formas pudo convenirle, más o menos, uno de los distintos nombres usados: doble nacionalidad, cuasi o equiciudadanía, con nacionalidad o ciudada-

(14) F. DE CASTRO, *Estudio*, cit., pág. 104.

(15) F. DE CASTRO Y BRAVO, *Ponencia*, cit., pág. 361.

(16) F. DE CASTRO Y BRAVO, *Ponencia*, cit., nota 89.

(17) «No parece —apunta incidentalmente De Castro— que la actual situación de la comunidad requiera el reconocimiento de derechos políticos» *Estudio*, cit., nota 89).

(18) F. DE CASTRO, *Estudio*, cit., pág. 106.

nía común. Para elegir la figura jurídica más adecuada a la comunidad hispánica habrá que tener en cuenta su propia tradición y el significado que actualmente se da en ella a los distintos conceptos jurídicos» (19).

Al exponer en el Congreso de 1951 su pensamiento sobre estos temas, De Castro quiso dejarlo bien concretado con vistas a un posible programa de acción, y entre las cinco conclusiones de su ponencia incluyó dos que aquí interesan especialmente. Una señala que «dada la comunidad que forman los pueblos iberoamericanos, es altamente recomendable se refleje en la designación de cada uno de ellos mediante la supresión de la condición de extranjería y la máxima equiparación al nacional, en favor de quien sea iberoamericano»; la otra advierte que «dada dicha comunidad, es aconsejable la celebración de tratados admitiendo y regulando la doble nacionalidad entre los Estados iberoamericanos» (20).

4. Comunidad iberoamericana y comunidad internacional

El reconocimiento de la comunidad iberoamericana no es incompatible, a juicio de Castro, con la admisión de una más amplia comunidad internacional; antes bien, la primera supone un paso para la segunda. De Castro desarrolla esta idea partiendo de los juristas teólogos españoles —especialmente de Vitoria— y enlazando con las modernas aspiraciones de los organismos internacionales: «El predicado retorno a las ideas de la comunidad jurídica de todo el orbe —doctrina de la escuela española—, según la que cada Estado no es un fin en sí, sino que tiene su propia función y sus peculiares deberes hacia la totalidad, con expresa prohibición de la actuación egoísta o perniciosa, exige como premisa ineludible la superación de las ideas burocráticas y mecanicistas dominantes. Por ello puede hacer tanto bien, como etapa previa o como elemento cooperante, la estimación jurídica de realidades extra o supra-estatales» (21).

III. PROYECCION Y ACTUALIDAD DEL PENSAMIENTO DE FEDERICO DE CASTRO SOBRE LA COMUNIDAD IBEROAMERICANA

Las ideas expuestas en su día por De Castro, que acabo de recordar, no han carecido —como frecuentemente ocurre a las concepciones elevadas y a las propuestas generosas— de repercusión práctica.

Ya en la misma ocasión en que con más amplitud y precisión fueron expuestas dichas ideas —el Primer Congreso Hispano-Luso-

(19) F. DE CASTRO Y BRAVO, *Estudio*, cit., pág. 105.

(20) F. DE CASTRO Y BRAVO, *Ponencia*, cit., pág. 366.

(21) F. DE CASTRO Y BRAVO, *Estudio*, cit., págs. 106-107.

Americano de Derecho Internacional, de 1951, según vimos— tuvieron eco y aceptación. Cabe, en efecto, observar que el espíritu de las conclusiones esbozadas por De Castro en su ponencia a modo de «propuesta provisional» (que antes he transcrito) inspiró las conclusiones definitivas del Congreso, en las que éste reconoció solemnemente que «las naciones hispano-luso-americanas forman una comunidad bien caracterizada por el idéntico origen de sus tradiciones y cultura, y por la coincidencia de sus intereses y aspiraciones», y, en consecuencia, recomendó que «como un modo de expresión tangible de la pertenencia a esa comunidad, cada uno de los Estados que la integran reconozca a los nacionales de los otros, una condición jurídica especial que tienda a una creciente equiparación con la de los suyos propios», ya que «para el logro de este propósito, y sin perjuicio de las iniciativas que puedan surgir en la legislación interna de cada Estado, se adopte preferentemente la vida convencional» (22).

No mucho más tarde, en la esfera del Derecho interno español, se produjo un acontecimiento legislativo importante: la reforma de las normas del Código civil reguladoras de la nacionalidad por la ley de 15 de julio de 1954. Esta ley —cuyo Anteproyecto fue elaborado en la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación a través de trabajos prelegislativos en los que actuó de ponente el vocal don Antonio Hernández Gil (23)— incorporó a nuestro Código la personalidad de la doble nacionalidad y reconoció especiales efectos al hecho de pertenecer a países «iberoamericanos» o a Filipinas. La Exposición de Motivos de la ley, redactada por don Antonio Hernández Gil, ponía de relieve con elegantes frases estas novedades: «Como atributo a la honda realidad social derivada de la peculiar condición de la persona por pertenecer a la comunidad de los pueblos iberoamericanos y filipino y en fortalecimiento de sus vínculos, se sienta excepcionalmente el principio de la doble nacionalidad, en base al cual preceptuase que la adquisición de la nacionalidad de países integrantes de dicha comunidad no producirá pérdida de la nacionalidad española, cuando así se haya convenido expresamente. Paralelamente se instituye la norma que, bajo la misma e inexcusable condición de haberse así convenido expresamente, declara compatible la adquisición de la nacionalidad española con la conservación de la nacionalidad española con la conservación de la originaria hispa-

(22) *Actas del Primer Congreso*, cit., t. I, pág. 748. En la solemne sesión de clausura de aquel Congreso, el entonces ministro de Justicia de España, don Joaquín Ruiz-Giménez, se refirió también a «los pueblos de esta comunidad hispano-luso-americana» (*op. cit.*, pág. 727).

(23) Aprobó la ponencia el Pleno de la Comisión el 16 de octubre de 1953. El Proyecto de Ley fue defendido en el Pleno de las Cortes por el Ministro de Justicia, don Antonio Iturmendi, quien al poner de relieve las líneas más importantes de aquél se refirió a la doble nacionalidad (*vid.* J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española*, Comisión General de Codificación, s. f. (1978), t. 4, vol. I, págs. 715-716).

noamericana o filipina. De esta manera queda, una vez más, puesta de manifiesto la predilección y la simpatía con que España, fiel a su pasado y esperanzada en un alto designio espiritual, mira a aquellos países, a los que, por razones bien conocidas y superiores a toda suerte de contingencias, se considera inextinguiblemente unida».

En el ámbito jurídico doctrinal, las ideas de Federico de Castro sobre la doble nacionalidad y la comunidad han influido naturalmente en los estudios españoles posteriores relacionados con el tema (24).

En el marco de las relaciones exteriores de España, la admisibilidad de la doble nacionalidad y la idea de que existe una comunidad hispánica se han traducido en varios Convenios bilaterales de España con naciones iberoamericanas sobre doble nacionalidad, en los que se afirma haber «una comunidad caracterizada por la identidad de tradiciones, cultura y lengua» (25). Y en un marco más amplio, la idea ha sido defendida por prestigiosos internacionalistas americanos e incorporada a Proyectos de convenciones multilaterales (26).

En el campo del pensamiento español, plumas autorizadas han venido a poner también relieve en ocasiones recientes no sólo el hecho de que existe una comunidad hispánica, sino el que España forma parte de ella. «España, que es europea, tanto como cualquiera —ha escrito Julián Marías—, es al mismo tiempo real y absolutamente *hispánica*, pertenece a una comunidad social, histórica, cultural, primariamente lingüística, la de la lengua española» (27). «No hay retórica excesiva —ha afirmado, en la misma línea, Areilza—, en decir, que somos una nación americana. Por nuestra historia común con los pueblos de aquel continente y por la vocación atlántica que nos vincula al destino

(24) Especial alusión cabe hacer a la monografía de F. PRIETO-CASTRO Y ROUMIER, *La nacionalidad múltiple*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1962.

(25) Así, en los Convenios con Chile (art. 1.º), con Perú (art. 1.º), con Paraguay (art. 1.º), con Nicaragua (art. 1.º) y con Bolivia (preámbulo), transcritos en el apéndice documental de la obra de F. PRIETO-CASTRO Y ROUMIER, *La nacionalidad múltiple*, cit., págs. 214-242.

(26) Vid. F. PRIETO CASTRO Y ROUMIER, *La nacionalidad múltiple*, cit., páginas 185-186.

(27) «Y naturalmente —advierte— no se trata del pasado, de un mero recuerdo histórico: se trata de una comunidad realísima, probablemente más real que la europea. Cualquier español que hace la experiencia de América lo sabe, y lo mismo cualquier hispanoamericano que recorra su propio continente y llegue hasta sus orígenes españoles. Es una experiencia iluminadora: el español no conoce plenamente España hasta que conoce América y se da cuenta de que al cruzar el Atlántico y llegar a un país hispánico de América —y por supuesto incluyo al Brasil— no ha salido de su patria grande; de su patria jurídica y civil, sí; de su patria histórica y cultural, no» (J. MARIAS, *España en el marco histórico y cultural*, en «Década», núm. 2, enero 1981, pág. 21). Ya hace algunos años había señalado también Julián Marías la ausencia de extranjería entre los países iberoamericanos (vid. *Sobre Hispanoamérica*, Ediciones de la revista de Occidente, Madrid, 1973, págs. 57 y 59).

del mar que nos une» (28). Estas afirmaciones cobran ciertamente actualidad en vísperas del Quinto Centenario del Descubrimiento (29).

La idea de la comunidad, por otra parte, tiene no poca relación con otra que algunos venimos defendiendo: la de que existe un sistema jurídico iberoamericano de Derecho privado (30). Y se relaciona también obviamente la existencia de la comunidad con el ambicioso deseo, de tanta trascendencia jurídica y política, de la integración iberoamericana.

Justo es, pues, agradecer al maestro De Castro, junto a otras enseñanzas bien conocidas, su lección noble y fecunda acerca de la comunidad hispánica.

(28) J. M. DE AREILZA, *Las vocaciones internacionales de España*, en «Razón y Fe», núm. 1.000 (extraordinario, septiembre 1981), pág. 193.

(29) *Vid.* a este respecto el estudio de F. FERNÁNDEZ SHAW, *Cuatro Quintos Centenarios*, en «Cuenta y Razón», núm. 8 (1932), págs. 41-56, y el artículo de L. PEREÑA, *Se está vaciando de contenido el V Centenario del Descubrimiento de América por los españoles*, en el diario «Ya», 21 julio 1983, págs. 5 y 6.

(30) Procuré defender esa idea en algunos modestos estudios de los años sesenta y he vuelto más recientemente sobre el tema en el trabajo *El Código civil de Andrés Bello y la unidad del sistema jurídico iberoamericano*, publicado en este ANUARIO, t. XXV, fasc. I (enero-marzo 1982), págs. 121-129. En estos últimos años han tratado del tema, en la misma línea fundamentalmente, siquiera sea con diferente enfoque y terminología, juristas tan prestigiosos como Hanss-Albert Steger, Pierangelo Catalano, Eichler, José Luis de los Mozos, Sandro Schipani y Gero Dolezalek, además de otros autores que han aludido más o menos incidentalmente a la comunidad jurídica iberoamericana con ocasión de estudios históricos o comparativos.

Algunas consideraciones sobre la buena fe en la obra del Profesor don Federico de Castro

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

Notario de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción*: Trascendencia del concepto de buena fe.—II *Concepto y naturaleza de la buena fe*: Teorías: A) Teorías negativas. B) Teorías positivas: a) Teorías pluralistas. b) Teorías dualistas: a') Criterio histórico; b') criterio objetivo; c') criterio subjetivo. c) Teorías unitarias: d') criterio psicológico; e') criterio ético; f') criterio normativo.—III *La buena fe como principio general del Derecho*: Efectos.—IV. *Ambito de aplicación*: A) Buena fe e interpretación. B) Referencia a la doctrina del Tribunal Supremo.—V. *Conclusiones*.

I. Entre las cualidades ejemplares que honraron a mi querido maestro, el profesor don Federico de Castro, hay una que para mí constituye el compendio de todas: su honradez integral, sin fisuras, tanto en el dicho como en los hechos, sencillamente puesta de relieve en su producción científica, en sus explicaciones de cátedra, en su conducta y en su vida, ejemplo ésta de congruencia admirable entre sus ideas y sus obras. Pocas personas he conocido que hayan hecho de su vida, en lo grande y en lo pequeño, un calco de sus creencias, con todas sus consecuencias, incluso aunque ello supusiera los mayores sacrificios. Y como sus creencias obedecían a una pura ortodoxia católica, una fe cimentada en una preclara inteligencia, se explica que su obra aparezca inspirada por los principios cardinales de la ley natural cristiana entendidos conforme a la escuela católica del Derecho natural, en la que constituye una notable aportación la escuela española del siglo XVI, cuyo valor, así como el de nuestra tradicional doctrina jurídica, resaltó en todos sus escritos (1). Entre estos principios ocupa lugar destacado el de la buena fe, cuya influencia en la noción, interpretación y aplicación del Derecho es constante en la obra del

(1) Vid F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, t. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, págs. 452-478. Y también E. GALÁN Y GUTIÉRREZ, *La teoría del Derecho y del Estado como objeto de la filosofía jurídica en la actualidad*, Valladolid, 1950, págs. 226-232 y 266-329; «Ius Naturae», 2 t., Madrid, 1961, t. I, págs. 461-493 y t. II, págs. 435-511.

profesor De Castro, ya que para él la buena fe no es un concepto aislado, un medio técnico de corregir la redacción formal del texto legal, sino que es un principio general que impregna todas las instituciones jurídicas y guarda íntima conexión con los ideales de justicia, el sentido moral y la equidad. Es, en suma, uno de los medios aptos para moralizar el Derecho, pero que no actúa de fuera a dentro, sino de dentro a fuera. Su valoración y protección son inherentes a un natural y espontáneo sentimiento de justicia (2).

La buena fe es así concebida por el profesor De Castro como un elemento íntimamente unido al concepto ideal de justicia, pero no una justicia seca y fría, sino atemperada por la valoración efectuada desde un ángulo moral y teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto (3); hasta el punto que en sus comentarios a decisiones jurisprudenciales destaca siempre la valoración moral de los hechos efectuada por el tribunal, evitando así que por artificiales medios técnicos consiga triunfar el litigante carente de buena fe (4).

La toma inicial de posición en la cuestión de la mayor o menor trascendencia de la buena fe en el campo jurídico no es algo baladí y sin repercusiones prácticas, sino tema de la mayor importancia, pues la decisión que se adopte viene a ser una lógica consecuencia de cómo se entiende la función propia del Derecho: si éste se concibe como algo formal, especie de juego técnico manejado por los expertos en beneficio de sus clientes, siendo irrelevante el significado moral y social de las conductas, o si, en sentido diametralmente opuesto, se entiende que la función jurídica se centra en valorar la conducta de las personas,

(2) Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pág. 383.

(3) Subrayando la posición de la doctrina civilista más sana frente al capitalismo definido por un sector de la doctrina mercantilista, manifiesta: «No es de extrañar esta actitud de la doctrina civilista; es la que corresponde a su origen y a las notas que han caracterizado de siempre al Derecho civil: la *aequabilitate conservatio* ciceroniana (igualdad de Derecho privado en la comunidad política) y la conexión con el Derecho natural (dependencia de todos los poderes sociales a los criterios de justicia). Ideas tradicionales que, aunque poco visibles o sólo latentes en algunos momentos y autores, ningún buen civilista ha dejado de servir. Por ello, mientras el capitalismo y sus seguidores, consciente o inconscientemente, tienden a predicar la muerte, por inactual y agotado, del Derecho civil, y la doctrina mercantil acepta o defiende las nuevas figuras mercantiles, es lógico que los civilistas proclamen el valor perenne de los principios del Derecho civil y censuren, alarmados, los artilugios jurídicos del capitalismo» (F. DE CASTRO, «¿Crisis de la Sociedad Anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la Sociedad Anónima», «Revista de Estudios Políticos», vol. XXIX, núm. 49, enero-febrero 1950 y publicado también en el libro «La persona jurídica», Edit. Civitas, Madrid, 1981, pág. 49). Y más adelante añade: «El jurista, aun dependiendo de la prudencia política, tiene el deber de advertir las desviaciones de las figuras jurídicas y las infracciones que supongan de la Justicia» (ob. cit., pág. 70).

(4) Como destaca Manuel Amorós Guardiola: «Las opiniones sustentadas por don Federico parten siempre de una revisión crítica de las teorías dominantes y llegan a veces a soluciones sorprendentes e inatacables... En definitiva, se subordinan las figuras jurídicas, su desarrollo institucional y su eficacia, a las necesidades de la convivencia humana y de la justicia» (prólogo a *La persona jurídica*, cit., nota anterior, pág. 20).

los fines que pretenden alcanzar a la luz de superiores criterios morales y sociales para llegar en cada caso concreto a la solución intrínseca y no sólo formalmente justa (5).

II. Acerca del concepto de la buena fe se ha dicho que es una de tantas nociones cuya elasticidad es tal de poderse afirmar que todo el mundo la conoce, pero que nadie la conoce con precisión (6).

La doctrina se ha planteado como primera cuestión la de precisar el concepto y naturaleza de la buena fe, pues ambas cuestiones se encuentran lógica e íntimamente unidas, ya sea como presupuesto metodológico del estudio a realizar (7), ya como determinante de sus aplicaciones prácticas (8). La primera cuestión sería esta: ¿Cabe dar un concepto positivo de la buena fe o sólo es posible referirse a ella desde un punto de vista negativo, por exclusión o como algo contrario a la mala fe? Seguida inmediatamente, si se acepta lo primero, de esta otra: ¿Es susceptible de alcanzarse un concepto unitario, sólo pueden obtenerse criterios dualistas o ni siquiera pueden lograrse éstos, pues se trata de algo esencialmente pluralista? Y, dentro del concepto unitario, ¿su naturaleza es ética, psicológica o normativa? Tales son las principales interrogantes cuyas respuestas dan lugar a las respectivas posiciones mantenidas desde diversos puntos de vista respecto a lo que sea la buena fe y en qué consiste su naturaleza.

Parece que debe excluirse la posición negativa, no sólo porque definir por exclusión es una actitud escasamente científica, sino porque tal concepción es poco rica en consecuencias. Y, además, carece de una adecuada base legal, ya que si se invoca en su apoyo el artículo 433 del Código civil, hay otros muchos, entre ellos el fundamental artículo 1.950, que suministran suficiente apoyo para mantener un concepto positivo, mucho más fecundo en consecuencias.

Dentro de esta concepción positiva, el criterio que puede llamarse pluralista, consistente en admitir múltiples conceptos de la buena fe negando que pueda llegarse a alcanzar un concepto unitario y ni siquiera reducirlos a criterio dualista, no parece lleve a resultados fructíferos. Tiene, además, en contra suya consideraciones análogas a las tenidas en cuenta para la posición negativa transportando las dificultades, que se multiplican debido a esa pluralidad de conceptos. Y carece también del suficiente apoyo histórico. Las fuentes romanas no

(5) Vid DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., n. (2), pág. 454. El artículo 145 del Reglamento notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 responde a esta concepción de alcanzar el resultado intrínsecamente justo, cuando dice: «... el Notario... deberá... negar la autorización notarial... cuando el acto o contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres...».

(6) ALGUER, José, *El concepto de la buena fe en la génesis y en la técnica del Derecho privado (Contribución al estudio de la norma jurídico-civil)*, «Revista Jurídica de Cataluña», año 1927, pág. 507.

(7) Vid DE LOS MOZOS, J. L., *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Edit. Bosch, Barcelona, 1965, págs. 15-60.

(8) RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 2.^a edic., París, Lib. Gén. de Dr. et de Jurisp., 1927; 4.^a edic., París, ídem, 1949.

constituyen argumento decisivo, porque sabido es que los juristas romanos no se dejaron llevar, antes huyeron, del dogmatismo y no fueron partidarios de la abstracta generalización, siendo además muy otras las circunstancias y los presupuestos actuales a los vigentes en la sociedad romana (9).

La posición dualista aparece reflejada en dos puntos de vista distintos. Desde uno de ellos, que podemos llamar histórico pues intenta encontrar su justificación en los textos romanos que tratan de la buena fe respecto a los derechos reales y a los contratos, se admite que es cosa distinta el concepto de la buena fe en el campo de los derechos reales a lo que debe entenderse por buena fe en su aplicación a los derechos de crédito. Y desde otro punto de vista se mantiene la dicotomía, según se opte por una perspectiva predominantemente objetiva o subjetiva en la delimitación del concepto. Tiene buena fe objetiva la persona que en su actuación, modo de comportarse o relación negocial ha procedido como se acostumbra dado el caso o tipo al que pertenece el negocio; implica, por tanto, la existencia de unos tipos o modelos «standard» de conducta, de singular trascendencia en el tráfico, especialmente en el mercantil que por su rapidez y repetición —actos en masa— tiende a la objetivización de las conductas (v. gr., buena fe bancaria, buena fe en el comercio al por mayor, buena fe en el comercio al por menor —arts. 286, 294 del Código de comercio—). A este concepto parecen atender los artículos 1.258 y 1.705, párrafo 2.º del Código civil y 57 del Código de comercio. El profesor Alguer se refiere al mismo cuando escribe: «El criterio general de la buena fe es un elemento objetivo que presta el subsidio a las deficiencias que un sentimiento recto de justicia puede echar de menos en un caso cualquiera» (10).

El punto de vista subjetivo atiende para conceptuar la existencia de la buena fe a la creencia de la persona, no tanto a su conducta, conforme a su nivel de instrucción, posición social, domicilio, relaciones de parentesco, amistad o vecindad, es decir, atendiendo a todas las circunstancias individualizadoras de la actuación personal. En este sentido se aproxima a la teoría psicológica que trataré más adelante.

La teoría dualista no me parece acertada. Aunque sea conceptualmente útil para considerar y tener presentes los aspectos o las diversas formas de manifestarse y de actuar, no considero admisible la radical distinción entre un concepto objetivo y otro subjetivo de la buena fe. Esta habrá de referirse siempre a la persona y, al propio tiempo, no cabe prescindir del entorno en que la persona actúa. El aspecto subjetivo y objetivo deben ir unidos y obtenerse una síntesis de ambos. Por otra parte, no cabe olvidar que el significado y el valor de la buena fe es siempre el mismo, no cambia ya se la considere desde un punto

(9) Pueden verse las citas de las fuentes romanas en BONFANTE, P., *Scritti giuridici varii*, II. *Proprietà e servitù*; XI. *Essenza della «bona fides» e su rapporto colla teorica dell'errore*, págs. 712, 714-717, 722, 737 y 738.

(10) ALGUER, J., ob. cit., nota 6, pág. 436.

de vista subjetivo u objetivo (11). Esto no impide, naturalmente, que podamos preguntarnos acerca del punto de vista *predominante* en nuestro Derecho positivo, concretamente qué criterio habrá de seguirse en la interpretación de la norma contenida en el artículo 7.º, párrafo 1.º, del Código civil, si el objetivo o el subjetivo. Hay quien entiende que debe predominar el criterio objetivo, tanto en aras de la seguridad del tráfico como por la razón de que los inmediatos precedentes de dicho precepto así lo indican. Concretamente, se invoca la redacción propuesta por el profesor De Casso, según la cual «los derechos y las obligaciones se ejercitarán según el principio de la buena fe, regulado en cada caso por las circunstancias concurrentes o previstas como exigibles». A mi modo de ver, la redacción citada, lo mismo que la del anteproyecto de la Comisión, viene a abonar la síntesis de ambos criterios, objetivo y subjetivo. Este último representado por la expresión «en cada caso» y también la alusión a «las circunstancias concurrentes»; porque se impone tener presente todas las circunstancias —subjetivas y objetivas— que concurran en el caso concreto, por tanto, relativas a una determinada persona, no al sujeto considerado abstractamente. Y el punto de vista objetivo, además de estar recogido en dichas *circunstancias concurrentes*, lo está de modo más directo en la referencia a las *circunstancias previstas como exigibles*; previstas como exigibles, ¿por quién? Por la misma ley, por la situación social y el criterio objetivo moral (regla objetiva de conducta normal) (12).

Las *teorías unitarias* afirman la posibilidad de llegar a un concepto de buena fe válido con alcance general. Sus principales modalidades son la psicológica, la ética y la normativa.

La concepción psicológica es claramente subjetiva, pues atiende, para determinar la existencia de la buena fe, a un factor interno positivo (creencia) o negativo (ignorancia). A ella parecen responder los artículos 1.950 y 433 del Código civil. Para la llamada concepción psicológica —escribe el profesor Díez-Picazo— es de buena fe el sujeto que ignora el carácter ilícito de su acto o la contravención del ordenamiento jurídico que con el acto jurídico se lleva a cabo. La buena fe sería de este modo siempre una creencia o una ignorancia. El matrimonio nulo se contrae de buena fe cuando el contrayente cree que celebra un matrimonio válido. El poseedor es de buena fe, como dice el artículo 433, cuando «ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide». Y el adquirente del dominio o de derechos reales, al que hace especial referencia el artículo 34 L. H., es de buena fe cuando lleva a cabo su adquisición confiando o creyendo que la titularidad que publica el Registro es la titularidad real. En esta línea o en este plano la buena fe no pasa del nivel de las creen-

(11) HERNÁNDEZ GIL, A., *Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe*. Discurso leído en la sesión inaugural del curso 1979-1980 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1979.

(12) Acerca de las distintas redacciones propuestas, puede verse CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *Notas para la historia de la reforma del Título Preliminar*, en «Documentación Jurídica», núm. 4, oct.-dic., 1974, págs. 1140 y ss.

cias o las representaciones mentales del sujeto» (13). Conforme a esta teoría tiene suma trascendencia el posible error en que se encuentra la persona. Mas lo cierto es que la buena fe no presupone siempre y necesariamente un error (14).

De aquí el nacimiento de la teoría ética que desechando la convicción o pensamiento —manifestación del espíritu— se fija en la exteriorización de la conducta, de modo que existirá buena fe cuando la persona se manifieste en sus relaciones de una manera honesta o actúe con rectitud. Se atiende aquí a la moralidad objetiva del acto. Parece que ideas parecidas no fueron ajenas a nuestro legislador, cuando en la exposición de motivos del Decreto 1.836/74, de 31 de mayo, nos dice: «Junto a la prohibición del fraude y del abuso viene proclamado el principio del ejercicio de los derechos conforme a la buena fe. Existen indiscutibles concomitancias entre aquellas prohibiciones y la consagración, como módulo rector del ejercicio de los derechos, de la buena fe, no obstante las más amplias manifestaciones de ésta. Sin pretender una alteración del juego concreto de la buena fe en cada una de las instituciones jurídicas, ha parecido pertinente enunciarla como postulado básico por cuanto representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético social en el orden jurídico».

La mayoría de la doctrina puede afirmarse que sigue hoy esta dirección. Así, Ripert (15), Larrea (16), Hernández Gil (17), Montés (18), De los Mozos (19), Molleda (20), Amorós (21), Gómez Acebo (22) y Lombardi (23), siguiendo el rumbo magistralmente señalado por Bonfante, para quien «la buena fe es un concepto ético, general e igual en todas las relaciones; indica una honestidad, rectitud, comportarse escrupulosamente como una persona de bien; no se trata de creer o no

(13) Vid. Díez-PICAZO, L., Prólogo a la obra de WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Edit. Civitas, Madrid, 1977, págs. 13-14.

(14) Vid. BONFANTE, ob. cit., nota (9), quien se refiere a las contrapuestas ideas de SCHEURL, WACHTER y BRUNS.

(15) Ob. cit., n. (8), 4.ª ed., págs. 287-289 y 297-298.

(16) LARREA PEÑALVA, F., *La ética en la persona y en el Derecho privado*, Albatros ediciones, Valencia, 1983, págs. 269-276.

(17) Ob. cit., n. (11).

(18) VICENTE L. MONTÉS, *Comentario al art. 7.º párrafo 1.º del Código civil*, en «Comentarios a las reformas del Código civil», Edit. Tecnos, Madrid, 1977, págs. 356-371.

(19) DE LOS MOZOS, J. L., *La buena fe en el Título Preliminar del Código civil*, en «Estudios sobre el Título Preliminar del Código civil», Parte General, vol. I, de la Academia Matritense del Notariado, Edit. Rev. Der. Priv., Madrid, 1977, págs. 438-467.

(20) MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, J. A., *La presunción de buena fe*, en «Estudios de Derecho privado», t. I, Edit. R. D. P., Madrid, 1962, págs. 185-239 y en «Revista de Derecho Privado», año 1962, págs. 367-400.

(21) AMORÓS GUARDIOLA, M., *La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios*, en R. C. D. I., núm. 463, págs. 1523-1586.

(22) GÓMEZ ACEBO, F., *La buena fe y mala fe: su encuadramiento en la teoría general del negocio y su eficacia en el Código civil*, en R. D. P., febrero 1952, págs. 101-127; marzo 1952, págs. 192-237.

(23) LOMBARDI, F., *Dalle «fides» alla «bona fides»*, Giuffrè, Milano, 1961.

creer, sino de pura conciencia, moralidad y honradez» (24). Para el profesor Díez-Picazo, «no es una ética material-normativa, de validez universal y de carácter atemporal», sino relativizándola «es una ética práctica». «Es, aclara, un asunto de la clase o del estamento de los juristas, como únicos intérpretes posibles. Es una ética jurídica» (25).

Adelantando algo que tendría adecuado lugar en la consideración de la buena fe como principio general, no comparto esta opinión del insigne civilista español. Y ello por las siguientes principales razones:

En primer lugar, la consagración explícita del principio de la buena fe en nuestro Código civil no parece que implique una ruptura ni un cambio con la situación jurídica preexistente, como resulta de la misma exposición de motivos, al aclarar que «el texto articulado del título preliminar, respecto de algunas materias, no pasa de constituir la catalogación pertinente de las normas ya formuladas». Lo que se corrobora con la formulación explícita que el principio de la buena fe había tenido en algunas leyes especiales, como el artículo 9.º, párrafo primero de la L. A. U., cuya redacción constituye un valioso precedente, con evidentes analogías, en su expresión gramatical, al actual artículo 7.º, apartado 1 del Código civil.

A esto cabe añadir que admitir una ética jurídica independiente no parece razonable, ya que o es una manifestación de una ética superior, caso en el que participará de su misma naturaleza, requisitos y efectos, si bien referidos al ámbito jurídico y, por tanto, no habrá, en realidad, tal independencia, o bien surge «ex novo», en cuyo supuesto habrá que explicar el cómo y el por qué, así como también los caracteres que la imprimen esa independencia y la diferencian.

Por último, la teoría normativista entiende que la buena fe merece la consideración de «norma agendi», vale decir que existe una obligación de actuar bien o de proceder honradamente. Es la misma consideración de la buena fe elevada a norma jurídica positiva y que, en una interpretación literal, pudiera parecer que tendría encaje en nuestro apartado primero del artículo 7.º del Código civil: «Los derechos *deberán* ejercitarse...». Pero no cabe dar tal alcance imperativo a la dicción legal, ya que, de ser así, no podría extenderse a las obligaciones. Y no cabe suponer que el ánimo del legislador haya querido excluir a éstas. Por el contrario, con mayor razón y conforme al precedente del artículo 9.º, párrafo 1.º, de la L. A. U., el intérprete se inclina a opinar que también las obligaciones deberán cumplirse conforme a las exigencias de la buena fe. Y, por otra parte, hay casos abundantes en que la misma ley permite la mala fe y aun la premia, cuando concurren otras circunstancias (v. gr., propiedad adquirida por usucapión de mala fe, arts. 1.955, párr. 2.º, 1.956, 1.959). Cabría tan sólo referirse al valor normativo de la buena fe, en el sentido que propone el profesor Hernández Gil cuando expresa que la buena fe

(24) Ob. cit., n. (9), págs. 713 y 717.

(25) Prólogo cit., n. (13), pág. 15.

cumple una función conformadora de la conducta y que el Derecho valora favorablemente (26).

III. La doctrina española más reciente estima que la buena fe merece la consideración de principio general del Derecho. Concretamente, cabe encuadrarla dentro de los principios de Derecho natural, conforme a la ya clásica distinción del profesor De Castro (27). La evolución se ha dejado sentir desde que el profesor Alguer escribió: «La bona fides da a la regla del Derecho el colmo de la elasticidad, al juez el maximum de poder de apreciación y a los particulares la mayor autonomía... El criterio de la buena fe invade todo el campo reservado a la autonomía privada, porque existe un principio general del Derecho que proclama que la voluntad libre del hombre, ya en desarrollo de la libertad en sí, o ya para desenvolver esa libertad prolongada por el arma que confiere un derecho subjetivo, ha de producirse siempre de buena fe (28). Precisamente en razón a este tipo de consideraciones he excluido, según antes dije, que la buena fe merezca la consideración de un puro principio jurídico, desconectado de la ética y del Derecho natural, ya que o, dígame lo que se quiera, ese principio jurídico es una manifestación de una ética superior, no estrictamente jurídica, con lo que participará de su naturaleza, o es algo independiente que ninguna relación guarda con nociones preexistentes o conceptos superiores. En este último caso habría que admitir que se trataría de una creación del legislador y, por tanto, tan mudable como la ley misma; con lo que desaparece su utilidad y, desde luego, dejaría de ser principio *general* del Derecho, pues el calificativo «general» quiere decir con validez universal en el espacio y en el tiempo, aplicable a todos los supuestos y en todas las épocas. En este punto, como en tantos otros, ha sido decisivo el magisterio de don Federico de Castro. Y no podía ser de otro modo, porque, si como ya dijo el clásico (29), la fe, esto es, la firmeza y la veracidad en las palabras y en los convenios, es el fundamento de la justicia, no cabe negarle el valor de principio general. En este sentido, Hernández Gil concluye: «En rigor, se trata de un principio. Según la clasificación de De Castro es un principio de Derecho natural tradicional en el Derecho español» (30).

Las consecuencias de esta conceptualización son muy importantes. En primer lugar, sus efectos serán los determinados por el párrafo 4.º del artículo 1.º del Código civil: actuar como fuente de Derecho en defecto de ley y de costumbre. Pero es que, además, como tal principio, debe informar no sólo la actuación de los titulares de los derechos subjetivos, facultades, expectativas y sujetos de obligaciones jurídicas, cargas, limitaciones, etc., sino también el contenido y la interpreta-

(26) Ob. cit., n. (11), pág. 36.

(27) Véase DE CASTRO Y BRAVO, F., obra cit. nota (1), págs. 466-468.

(28) ALGUER, ob. cit. nota (6), pág. 435.

(29) CICERÓN, *De officiis*, I, 7: «Fundamentum est autem iustitia fides id est dictorum conventorumque constantia et veritas».

(30) HERNÁNDEZ GIL, ob. cit. nota (11), pág. 39.

ción de las mismas normas, del ordenamiento jurídico, en cuanto: a) el legislador no puede dictar normas que contradigan la general observancia de la buena fe sin contradecirse a sí mismo, ya que toda ordenación jurídica siente una interna necesidad de justificarse en principios de justicia; b) los tribunales y la doctrina deberán interpretar y aplicar las normas conforme al mismo principio; c) su quebrantamiento o inaplicación podrá dar lugar al recurso de casación; d) los particulares deberán conformar su conducta a este principio y no podrán realizar actos contrarios al mismo pretendiendo obtener el máximo amparo legal, fundados en su validez y eficacia. Entraña así este principio general de la buena fe una limitación a la autonomía de la voluntad reduciendo ésta a justos límites. Es particularmente sugestiva la insistencia del profesor De Castro en las páginas que dedica al análisis de los valores morales, el intervencionismo de la Administración, la crisis y la aporía de la autonomía privada, alertándonos ya hace años contra los peligros que nos acechan. En este sentido, sería deseable convertir en realidad la frase de Danz de que «el comercio jurídico moderno se halla dominado por el principio de la buena fe» (31).

IV. La buena fe, como principio general del Derecho, tiene aplicación en todas las parcelas de éste, lo mismo en el Derecho patrimonial que en el de familia, tanto en los negocios jurídicos entre vivos como en los «mortis causa», en los derechos reales y en los de crédito. El profesor Federico de Castro se ocupa especialmente de la buena fe en el campo negocial, donde adquiere un singular relieve dada la estrecha relación entre la autonomía privada y el negocio jurídico. Entre otros aspectos, destaca la actuación de la buena fe en los puntos concretos objeto de las siguientes líneas.

Merece una consideración especial la buena fe, según el citado profesor, en la valoración de la declaración de voluntad, que se enfoca de manera más realista cuando, en conexión o no con el criterio de la confianza («Vertrauensprinzip») se ilumina por la buena fe, ya que entonces no se atiende sólo a la confianza que haya originado la declaración en quien la reciba, sino que se valora la conducta de todos los que, participando en el negocio, dan lugar al mismo. De modo que el principio de la buena fe se considera como un auténtico principio que, recibido de la Moral por el Derecho, debe predominar o sustituir a los criterios lógico-formales propios de otras teorías (declaracionista, voluntarista, de la responsabilidad), incluso respecto al mismo de la confianza. Tendencia doctrinal defendida abierta y expresamente por algunos autores (v. gr., Eichler, Pietrobon y la doctrina suiza sobre el artículo 2.º del Código civil y el artículo 25 del Código de las obligaciones (32).

(31) DANZ, E., *La interpretación de los negocios jurídicos*, trad. esp. de W. Rocès, Edit. Victoriano Suárez, Madrid, 1926, pág. 193.

(32) El artículo 2.º del Código civil suizo manifiesta que «cada uno está obligado a ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe» (párrafo 1.º). Y el artículo 25 de la Ley federal suiza o Código

Tiene trascendencia la buena fe en la determinación de las consecuencias de una declaración de voluntad, ya que quien contrata queda obligado contractualmente no sólo a lo consentido expresamente, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, según pone de relieve el artículo 1.258 del Código civil. De donde, según el profesor De Castro, podría concluirse que una conducta significativamente contractual —aunque falte o esté viciado el consentimiento— obligará contractualmente, si, según la naturaleza de dicha conducta, resulta conforme a la buena fe, al uso y a la ley (33). No otra es la doctrina del Tribunal Supremo, al declarar, por ejemplo, que cuando la disconformidad entre la voluntad declarada y la real sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, en virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la «bona fides»... que se oponen a que pueda ser tutelada la intención real cuando es viciosa y a que pueda ser alegada la ineficacia del negocio por la misma parte que es culpable de haberla producido (Sentencias de 23 de mayo de 1935, 27 de octubre de 1951 y 13 de marzo de 1952).

La buena fe puede servir también como piedra de toque para inferir de una conducta una determinada voluntad y en este sentido es sumamente útil respecto a las llamadas declaraciones tácitas de voluntad, así como para discernir sobre el significado del silencio. Es claro que puede nacer una responsabilidad negocial en los supuestos de que la vinculación por el silencio resulte de una disposición legal, del uso o de la *buena fe* (p. ej., en los casos de condena de la reticencia (34). En estos casos no parece excesivo equiparar, como lo hace el profesor De Castro, la buena fe a la ley, en cuanto la primera actúa como fuente u origen de un derecho subjetivo —imponiendo un significado y una consecuencia determinados— y objetivo —todos los casos análogos tendrán el mismo significado y originarán la misma consecuencia.

Esto nos lleva, casi insensiblemente, al terreno interpretativo. ¿Ha de tenerse en cuenta la buena fe para interpretar los negocios jurídicos? La opinión favorable a que la autonomía privada supone una autorización para la lucha libre se ha creído estaba autorizada por las palabras de Pomponio sobre la fijación del precio en las ventas, expresivas de que en el precio de la compra y de la venta es naturalmente lícito a los contratantes engañarse (35). Pero los glosadores ya ad-

de las obligaciones determina que «la parte que es víctima de un error no puede prevalerse de él de modo contrario a las reglas de la buena fe» y añade que «queda obligada por el contrato que entendía celebrar si la otra parte se declara dispuesta a ejecutarlo». Sobre lo transcrito, vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 60.

(33) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 64-65.

(34) Cfr. DE CASTRO, ob. cit., págs. 65, 67 y 69.

(35) «In pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire» (D. 4,4,16,4). Pero ya CICERÓN observaba que cuando se trata de promesas y fidelidad se ha de estar a la intención y sentido de las palabras, y no a las palabras literales («De officiis», 13,3).

virtieron que esta afirmación no se compadecía con las disposiciones romanas condenatorias del dolo y aquellas otras que expresamente permitían rescindir los contratos por lesión. En este sentido, frente a quienes entendían que la expresión «naturaliter licere» se refería a una regla del Derecho natural o del Derecho de gentes, se opuso que tal modo de proceder con engaño estaba condenado por el Derecho divino y por el Derecho canónico (Baldo) (36). Esta última concepción, favorable a la buena fe aunque por otras razones, es la que se acepta en el Derecho de los comerciantes para el cumplimiento, ejecución e interpretación de los contratos (arts. 247 del Código de comercio de 1829 y 57 del de 1885), ya que, se afirma con carácter general: «La equidad y la buena fe son el alma de los contratos» (37).

Saliendo al paso de la falta de alusión a la buena fe en el capítulo IV del Código civil (arts. 1.281 a 1.289), dedicado a la interpretación de los contratos, manifiesta el profesor De Castro que «ello no quiere decir que no se haya de tener en cuenta la buena fe al interpretar los contratos. Basta para afirmar lo contrario lo dispuesto en el artículo 1.258. La función general atribuida a este precepto (también la interpretativa), y el silencio del capítulo IV, se explican porque el recurso a la buena fe no es un instrumento para buscar la verdadera voluntad (interpretación en sentido estricto), sino una manifestación, y la más importante, de la responsabilidad objetiva por la conducta negocial. Obliga, como si fuera querido, lo que como tal aparece de la conducta observada, en cuanto apreciada conforme a la buena fe (38).

La doctrina del Tribunal Supremo aplica de modo constante el criterio de la buena fe, que estima decisivo para determinar el sentido de la declaración de voluntad. Los principios de responsabilidad y de protección a la buena fe se consideran concluyentes para dar por válidamente contraído un negocio, aun en caso de divergencia entre voluntad y declaración (S. de 13 de marzo de 1952). Se considera no vinculante una renuncia de derechos, dada la falta de buena fe de la conducta, altamente sospechosa, aunque sin llegar a calificarla de dolosa, de quienes procuraron la renuncia y se beneficiaron de ella (S. de 10 de diciembre de 1957). Y hasta se desatienden los mismos términos claros del testamento, expresivos de que el testador «no la deja legado alguno», estimando que existe legado de alimentos a favor de la anciana sirvienta del testador y a cargo de la hija mejorada de éste, en consideración a la buena fe, que debe apreciarse y exigirse en la heredera que al aceptar la herencia debe cumplir, según el criterio de la buena fe, la recomendación o súplica del testador (S. de 15 de diciembre de 1920). De lo cual ha hecho también uso el Tribunal

(36) Cfr. Decretales D. Gregorii Papae IX, 3, 17, 1-3 «De emptione et venditione», Edic. Augustae Taurinorum, 1588, pág. 1254.

(37) GARCÍA GOYENA al comentar el art. 978 del Proyecto de Código civil de 1981, idéntico al actual art. 1.258 del Código civil (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, Madrid, 1852, pág. 9).

(38) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 89-90.

Supremo al decidir el sentido y alcance de las cláusulas en los llamados contratos de adhesión (S. de 19 de noviembre de 1966).

Reviste importancia la buena fe a la hora de valorar el error, cuando se trata de apreciar si reúne los requisitos correspondientes para su trascendencia legal (art. 1.266 del C. c.). A tal fin deberá atenderse en todo caso a la valoración de la conducta de cada parte según el principio de la buena fe (art. 1.258 del C. c.). En este sentido, según el profesor De Castro, es de singular trascendencia la apreciación de la buena fe en la llamada venta de «res dubia», es decir, en aquellos tratos sobre cosas cuyo valor se desconoce. La compra de un cuadro antiguo firmado en una seria galería de arte, estará viciada por error si resulta ser una copia; no, en cambio, si fue adquirida a un chamarilero. Esta venta de «res dubia» puede tomar otro carácter cuando interviene el criterio de la buena fe; por ejemplo, en caso de oferta por persona iletrada de un incunable a una biblioteca nacional, la compra que haga este establecimiento a bajo precio de ese «libraco viejo», sin advertir de su ignorancia al vendedor, estará viciada por error, potenciado por la mala fe del que compra. Esta consideración de la buena fe puede llevar a que tenga valor jurídico la expresión de un fin individual (normalmente inoperante); en el ejemplo de quien compra un objeto explicando se adquiere para regalo de boda y a quienes se destina, si el vendedor sabe que los prometidos han muerto en accidente y no advierte de ello al comprador (39).

Resulta así claro que la buena fe es un inestimable elemento de juicio para valorar las conductas, ya que el principio de responsabilidad negocial exige que, necesariamente, se realice una estimación de las conductas, se valoren éstas; y la buena fe de quien hace o recibe la declaración puede servir de dato relevante y orientador o para convencer de que aquello sobre lo que recae el error no alcance el carácter de motivador del negocio (40).

En opinión del profesor De Castro, la buena fe puede influir en el cómputo del plazo de cuatro años en que caduca la acción de nulidad por error, así como las consecuencias de éste respecto a la existencia de la declaración, cuando nos dice: «Teniendo en cuenta el principio de la buena fe (art. 1.258) y la amplitud dada en el Código a la confirmación tácita (art. 1.311), puede pensarse que al fijarse el momento del comienzo del cómputo en la consumación del contrato,

(39) Cfr. sentencia de 6 de febrero de 1981. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 113. Vid. también sentencia de 8 de junio de 1981. Especialmente interesante es la sentencia de 22 de diciembre de 1981, en la que el Tribunal Supremo tiene en cuenta la existencia de buena fe (se trataba de la compra-venta de un cuadro realizada por un marchante a otro, quien luego tuvo dudas sobre su autenticidad y pedía la resolución del contrato) para confirmar las dos sentencias —del Juzgado y de la Audiencia— sin entrar en la cuestión de la autenticidad o no del cuadro, que se vendió como auténtico de Sorolla y resultó —al parecer, según los peritos más calificados— no serlo, declarando no haber lugar a la pretendida resolución. El comentario a esta sentencia puede verse en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXXV-II, abril-junio 1982, págs. 511-519.

(40) F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 116.

se pone de relieve que quien habiendo conocido el error usa y disfruta de la situación creada por el contrato, procediendo como si lo considerase válido, ha renunciado tácitamente a invocar la nulidad» (41). Y más adelante expresa que la apariencia de contrato «puede tener efectos negociales, cuando entra en juego el principio de la responsabilidad negocial. Lo que será posible siempre que la persona a quien se atribuya la declaración haya dado lugar a dicha responsabilidad, mediante culpa o negligencia, y que la declaración de inexistencia del negocio resultase en perjuicio de quien hubiera confiado en la validez de la declaración de buena fe y con diligencia» (42). En virtud también de la buena fe debe admitirse la posibilidad de rectificar inmediatamente el término ambiguo o inexacto (43). La responsabilidad negocial y su extensión puede así venir determinada por la buena fe. Según una antigua sentencia del Tribunal Supremo (de 23 de mayo de 1935), cuando la disconformidad de la declaración sea imputable al declarante por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, *existiendo buena fe de la otra parte*, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, en virtud de los principios de responsabilidad y de protección de la «bona fides» y a la seguridad del comercio, que se oponen a que pueda ser alegada la ineficacia del negocio por la parte misma que es culpable de haberla producido.

No debe tampoco olvidarse la función de la buena fe para caracterizar, como contraria a ella, la conducta dolosa, según el precedente romano: «fides bona contraria est fraudi et dolo» (44), que influiría en Domat cuando exige que los contratos, para ser eficaces, se celebren con sinceridad y fidelidad, esto es, buena fe (45), hasta llegar a la identificación del dolo con la mala fe. Ni siquiera está lejana la buena fe en la apreciación de la obligación moral, dotándola de cierta exigibilidad, sobre todo cuando se impone como contrapartida a quien resulta beneficiado. La influencia de la buena fe en el negocio nulo puede ser tal que origine, no obstante la nulidad, la producción de efectos negociales o cuasi-negociales, como en el matrimonio putativo, en la protección del adquirente o del poseedor de buena fe, llegando incluso a detener la llamada «reacción en cadena» originada por la nulidad (46). Las exigencias de la buena fe se tienen en cuenta para aplicar la «conversión» del negocio jurídico manteniendo la eficacia de éste en lo posible (47) y para evitar la nulidad total, preconizando sólo la parcial o impedir el fraude a la ley. Por lo mismo y de modo análogo, la buena fe detiene los efectos de la acción de anulabilidad y de rescisión (art. 1.295 C. c.) (48).

(41) *Ibid.*, pág. 120.

(42) *Ibid.*, pág. 122.

(43) *Ibid.*, pág. 125.

(44) Digesto, 17,2,3,3.

(45) *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, pág. 238.

(46) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 483.

(47) *Ibid.*, págs. 490, 494 y 495.

(48) *Ibid.*, págs. 508, 526-27.

En orden a la separación de patrimonios, ésta deviene imposible cuando se carece de buena fe y caso de que tal separación tenga la entidad suficiente para constituir una persona jurídica (patrimonios con personalidad: sociedades unipersonales, p. ej.) se permite «levantar el velo» para proteger la buena fe (49).

En materia de representación la buena fe se tiene en cuenta para conceder la tutela jurídica (art. 1.738 C. c.). Hay que tener presente que la buena fe, tanto la requerida en los contratos como para caracterizar la posesión en las diferentes disposiciones legales (p. ej., artículos 451, 464, 1.473, 1.940 del C. c.) queda excluida por la mala fe tanto del representante como del representado. La de éste supone un impedimento para la adquisición o liberación, al no merecer la especial protección derivada de la buena fe. La del representante, más que por haber manchado el negocio o el acto desde su nacimiento, porque el representado ha de responder de la conducta del representante en el ámbito del ejercicio de la representación (50). Esto se pone de relieve en los artículos 1.734 y 1.738 del Código civil, de los cuales el Tribunal Supremo ha deducido la existencia de un principio general. El tercero puede confiar en la existencia y subsistencia del poder (aunque no existiera o fuera revocado) si el representado «crea la situación de confianza» que le hace pensar que trata con un apoderado, recayendo en el representado la carga de «desvanecer la situación de confianza ya repetida», pues «la ignorancia a que se refiere el artículo 1.738 no debe limitarse al mandatario sino extenderla a los terceros contratantes, lo mismo que concurra o sin concurrir con la de aquél, ya que la relación que este artículo regula es la de terceros de buena fe y los efectos para con éstos» (Sentencia 5 de diciembre 1958) (51).

No se acaban aquí los efectos de la buena fe. Conviene recordar la distinción entre los contratos llamados de buena fe y los de derecho estricto y que precisamente la crítica del profesor De Castro a la llamada teoría del doble efecto en el negocio fiduciario obedece a haber dado de lado al principio de la buena fe. Lo que le llevó a un demolidor y lúcido ataque a la concepción hasta entonces dominante (52), que sustituye por un planteamiento más realista (53), bajo la rúbrica de la teoría que propone llamar de la titularidad fiduciaria. Todas estas construcciones van dirigidas, de acuerdo con su concepción del Derecho, a la finalidad esencial de moralizar ésta. El mismo empeño

(49) DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 75; *La persona jurídica*, cit., págs. 116 y 119.

(50) DE CASTRO, *Temas...*, cit., pág. 120.

(51) *Ibid.*, pág. 123.

(52) En su conferencia pronunciada el 14 de noviembre de 1966 en la Academia Matritense del Notariado bajo el título *El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto*, publicada en los Anales de dicha Academia, t. XVII, Madrid, 1959, págs. 5-39.

(53) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 379-442, especialmente páginas 386-388 y 419-422.

late en todas sus obras, algunas de las cuales, como su análisis de las condiciones generales y las medidas para la protección de los consumidores, son de rabiosa actualidad (54). Con lo que, en realidad, no se hace sino volver al sentido que la exigencia de la buena fe tenía en los textos del Derecho romano (55). Razón tiene, pues, el profesor De Castro, para insistir en esta dirección (56) y nunca agradeceremos bastante su magisterio quienes aplicamos diariamente el Derecho y conformamos la voluntad de las partes. Porque, en efecto, la buena fe tiene enorme trascendencia en el quehacer notarial, como ya puso de relieve el antiguo Notario de Rouen M. H. Cellier (57).

V. La buena fe es, pues, un principio general del Derecho de los llamados del Derecho natural que, en cuanto al Derecho español, puede calificarse de tradicional, por responder a la proverbial confi-

(54) DE CASTRO, F., *El arbitraje y la nueva «lex mercatoris»*, A. D. C., XXXII-IV, oct.-dic., 1979, págs. 619-725, especialmente págs. 682 y 687. Id.: *Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley*, A. D. C., XXXIV, octubre-diciembre 1977, págs. 809-858, destacando la semejanza entre las normas relativas a la interpretación de la ley y aquellas otras por las que se rige la interpretación de los contratos.

(55) Expresivos de que «si se hubiere convenido que no se ha de prestar el dolo, no lo aprobarás; porque esta convención es contra la *buena fe* y las buenas costumbres y por esto no se ha de observar», correspondiente al texto de ULPIANO (D. 16, 3, 1, 7: «Illud non probabis, dolum non esse praestandum, si convenerit, nam haec conventio contra bonan fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est». En D. 50, 3, 2, 13 el mismo ULPIANO considera la buena fe como «boni viri arbitratu». En parecido sentido, expresa PAULO: «Fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit» (D. 2, 19, 24). De donde la buena fe se equipara a la conducta observada por el hombre honrado, lo que, implica desde luego una valoración moral. Esta misma valoración moral se encuentra en el texto de PAULO relativo al contrato de sociedad, cuando expresa que la sociedad, si se hubiera constituido con dolo malo o para defraudar, no es conforme a Derecho en ningún momento, porque la buena fe es contraria al fraude y al dolo (D. 17, 2, 3, 3: «Societas si dolo malo, aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quida fides bona contraria est fraudi et doli»). Como se ve, la sanción contra la falta de buena fe no puede tener mayor rigor: la nulidad automática y de pleno derecho. Esta severidad no debe asombrarnos, sobre todo referida a un contrato, como el de sociedad, donde es precisa la armonía y lealtad recíprocas y, por ello, debe abundar la buena fe («Quum in societatis contractibus fides exuberet»..., Codex, 4, 37).

(56) DE CASTRO Y BRAVO, F. de, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, A. D. C., XXXV-IV, oct.-dic. 1982, páginas 987-1085.

(57) «Filosofía del Notariado» o «Lecciones morales sobre la profesión de Notario», escritas en francés y dirigidas a M. Chardel, consejero en el Tribunal de Casación, en sentido epistolar por H. Cellier, Notario en Rouen, traducidas al castellano y publicadas en forma de lecciones por don José Gonzalo de las Casas para la Biblioteca del Notariado español, Madrid, s. a. Imprenta de la Biblioteca del Notariado a cargo de G. M. Bribian, Zurita, 18. También tuve ocasión de ocuparme del tema sobre el que versa esta nota en mi artículo *Relieve moral de la actuación notarial*, publicado en los «Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro», t. I., páginas 429-450, Edit. Tecnos, Madrid, 1976.

guración y modo de ser de la sociedad española. Responde a un concepto ético de la vida y mediante el mismo se obtiene la moralización del Derecho, significando, además, una limitación al principio de autonomía de la voluntad y constituyendo un inestimable elemento de juicio para valorar las conductas y determinar su trascendencia jurídica.

«Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1-1982, de 5 de mayo»

Por LUIS-HUMBERTO CLAVERIA GOSALBEZ,
Catedrático de Derecho civil de la Facultad de Derecho de Jerez
(Universidad de Cádiz)

Al profesor De Castro y Bravo, que demostró la posibilidad de lo que todos reputamos imposible.

SUMARIO: Introducción.—I. Consideraciones de Derecho positivo: en concreto, ámbito de la protección legal: A) El marco constitucional. B) Alcance de la protección. C) Actos dispositivos sobre aspectos determinados de estos derechos.—II. Contenido de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen: ¿Son verdaderos derechos subjetivos?

El origen de este estudio se encuentra en la lección magistral que pronuncié en las Oposiciones a Agregadurías de Derecho civil, que tuvieron lugar en Madrid en abril y mayo de 1981. La lección se titulaba «Teoría general de los derechos de la personalidad». De dicha investigación surgieron posteriormente unas «Notas para la construcción jurídica de los llamados *derechos de la personalidad*» que, terminadas a final de 1981, se hallan pendientes de publicación en los Estudios en Homenaje al profesor Beltrán de Heredia y Castaño. La promulgación de la Ley de 5 de mayo de 1982 me movió a meditar exegéticamente sobre algunos de sus preceptos más importantes y a revisar mis conclusiones precedentes, lo que ha desembocado en la redacción de las presentes «Reflexiones», segundo trabajo que dedico al tema y que representa, por los motivos expuestos, mi pensamiento actual respecto de éste. La literatura jurídica atinente al tema de los derechos de la personalidad, sobre todo en los últimos años, es abundantísima; no obstante, el hecho de que muchísimas opiniones se encuentren repetidas y el de que este trabajo deba ser forzosamente muy breve me han movido a una despiadada poda de citas bibliográficas, manteniendo sólo las imprescindibles y, preferentemente, las de autores españoles.

INTRODUCCION

En un pequeño estudio monográfico anterior me ocupé fundamentalmente de la naturaleza jurídica de los llamados «derechos de la personalidad» a la vista de la legislación española vigente en 1981 (1), tema de importantes implicaciones efectuales, dada la vinculación existente entre la renunciabilidad, la enajenabilidad o el contenido de un determinado poder jurídico y su calificación o no de derecho subjetivo. La publicación de la importante Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen («B.O.E.» de fecha 14 de mayo de 1982) ha suscitado en mí las presentes *Reflexiones*, precisamente sobre un tema tan querido por el inolvidable profesor de Castro (2). Al entregar éstas a la imprenta he pretendido sólo sacar a colación algunos de los problemas, que reputo más importantes, surgidos del nuevo texto legal, sugiriendo vías de solución para ellos, lo que, inevitablemente, me ha conducido a una brevísima revisión de las calificaciones que propuse hace dos años. Quiere ello decir que el presente estudio contiene dos partes: una, encaminada a comentar algunos preceptos de la citada Ley de 1982; y otra, de carácter preferentemente dogmático y que servirá de clarificación conceptual, estrechamente ligada a mis *notas* redactadas en 1981.

I. CONSIDERACIONES DE DERECHO POSITIVO: EN CONCRETO, AMBITO DE LA PROTECCION LEGAL

Desde el punto de vista del enjuiciamiento crítico de la Ley de 1982, tres son sustancialmente los puntos que me preocupan y que serán objeto de estas líneas:

1.º Hasta dónde llega la protección de la Ley y cuáles son los criterios para saber si una determinada intromisión en la esfera personal de alguien constituye o no un acto antijurídico.

2.º Régimen de los actos dispositivos sobre aspectos determinados de estos derechos o poderes jurídicos, con especial referencia a la revocación de la que se habla en el núm. 3º del artículo 2.

(1) Se trata de mis *Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad*, pendientes de publicación en los Estudios en honor del profesor Beltrán de Heredia y Castaño.

(2) En efecto, DE CASTRO se ocupó de los derechos de la personalidad, a los que cautamente no se atrevió a reputar derechos subjetivos, sino «bienes» en sentido amplio, en su importante trabajo titulado *Los llamados derechos de la personalidad. Dos estudios provisionales*, ADC, 1959, páginas 1237 y ss., y, más esquemáticamente, en sus *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, reimpresión 1976, págs. 7 y ss. La concepción eminentemente personalista del Derecho civil de este excepcional investigador le llevó a captar la importancia de la protección de tales intereses en una época caracterizada por una marcada orientación patrimonialista en dicho sector del Ordenamiento.

3.º Contenido de estos poderes jurídicos, es decir, indagación de las facultades que los componen —así como de los límites de éstas— con vistas a su calificación correcta (cfr. preferentemente arts. 1, número 3; 2, núm. 3, y 9 de la Ley).

Los dos primeros puntos serán tratados casi inmediatamente, dejando el tercero para la segunda parte de este ensayo. No obstante, considero inevitable punto de partida una referencia a la Constitución.

A) *El marco constitucional*

El artículo 18 de nuestra Ley Fundamental, en su núm. 1, establece que «... Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», atendiendo en los otros tres apartados a aspectos concretos más o menos relacionados con el tema (inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones e informática). Por su parte, el artículo 20, tras reconocer y proteger la libertad de expresión e información —en sus múltiples variedades— determina, en su núm. 4, que «... Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia», añadiendo, en el núm. 5, que «... Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial». Otros preceptos de nuestra Constitución guardan indudable relación —aunque de modo más indirecto— con la problemática que comento y saldrán a colación en el lugar oportuno. Mención especial merece, no obstante, el artículo 53, número 2, en cuanto que confiere una protección cualificada a los derechos referidos en el artículo 18. El artículo 18 citado, de aplicación inmediata aun antes de la entrada en vigor de la Ley de 1982, vino a confirmar y a constitucionalizar una protección de los derechos de la personalidad (concretamente, de los relativos a la denominada «integridad moral o espiritual») que ya existía en nuestro Ordenamiento. Del texto constitucional, más que los preceptos de carácter general, me interesa comentar, en estas líneas, la relación que surge entre el núm. 1 del artículo 18 y el 4 del artículo 20, es decir, entre la protección del honor y la intimidad, y la de la libertad de expresión e información.

Decir que acerca de esta cuestión —de extraordinaria actualidad— no cabe enunciar criterios generales, debiendo estudiarse cada caso por separado, es, a mi juicio, decir algo erróneo o falso, pues sí cabe enunciar criterios generales que, actuando como pautas, puedan orientar al juzgador o al abogado, aunque sea inevitable para éstos una ulterior tarea de concreción. Necesario es, sin embargo, acudir a la Ley de 1982 para captar la relación que se da entre las «libertades» del artículo 20 de la Constitución y los «derechos» del artículo 18.

El artículo 20, en su núm. 4, es claro: la libertad de expresión, en sus diversas variedades, encuentra su límite en el respeto al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen; en otros términos: en principio, el conflicto entre las «libertades» del artículo 20 y los «derechos» del artículo 18 se resuelve a favor de los segundos. Ahora bien, el ámbito de protección de éstos se estrecha extraordinariamente cuando confluye con el ejercicio de aquéllas, como se infiere del artículo 8 de la Ley de 1982: no se considera intromisión ilegítima, según la Ley citada, la operada cuando existe un interés histórico, científico o cultural relevante (núm. 1 del art. 8); en concreto, el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte en un acto público o en lugares abiertos al público (núm. 2, a, del artículo 8) (3). De este precepto y de otros concordantes es fácil inferir criterios para solucionar problemas de régimen jurídico que se plantean muy frecuentemente: la norma general podría, tal vez, ser enunciada así: si bien la libertad de expresión halla su límite en el respeto al honor y a la intimidad de los demás, es conforme a Derecho dañar dicho honor o dicha intimidad si el interés público lo requiere; pero —y aquí está el matiz crucial— sólo hasta la medida en que lo requiera; algunos ejemplos pueden sernos de utilidad: revelar datos de la vida privada de una persona carente de proyección pública sin su consentimiento es antijurídico; pero, si se trata de una persona que pretende desempeñar un importante cargo político y nos hallamos ante un caso de publicación de actos inmorales o delictivos antagónicos respecto de las condiciones que dicho cargo requiere, la solución es la opuesta. Adviértase bien que los defectos, vicios o deficiencias deben guardar, a mi juicio, relación directa con la actividad que la persona, de proyección pública, desempeña o desea desempeñar: un homosexual o un adúltero (supongamos —lo que no siempre es cierto— que tales conductas son moralmente rechazables) pueden ser magníficos diputados o ministros, constituyendo infracción de la Ley de 1982 la publicación

(3) Conviene matizar cuidadosamente el alcance de este precepto contenido en el art. 8, núm. 2, ap. a) de la Ley de 1982: a mi juicio, no faculta, por ejemplo, para publicar y comercializar imágenes de personas de proyección pública (deportistas, artistas de variedades) sin su consentimiento, aunque las fotografías hubieran sido realizadas en el lugar de sus actuaciones (estadio, escenario): lo que el art. 8, núm. 1, ap. a) permite, en concreto, es la publicación de la fotografía de una persona conocida públicamente en un periódico que aluda al acontecimiento, sin contar con la anuencia del fotografiado; pero no faculta para realizar una serie indefinida de publicaciones; esto es, el art. 8, núm. 1, ap. a) no priva del derecho a la imagen a este tipo de personas. Es cierto que el texto del inciso final del núm. 1 del art. 2 («...atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia») podría amparar la solución opuesta, pero, como se dirá más adelante, la necesidad de una interpretación restrictiva y casi correctora de este precepto (la interpretación literal llevaría a convertir en ilusoria la protección consignada en los preceptos de los arts. 1, núm. 3, y 2, núm. 2) suprime tal posibilidad.

de noticias relativas a tales aspectos aun cuando se trate de hombres públicos, pues defectos morales tiene cualquiera y quien no es sexualmente desordenado o irregular puede ser envidioso, mezquino, cruel o desconsiderado (4). Por el contrario, sería conforme a Derecho la publicación de pasadas «veleidades» en la administración de fondos de quien pretende ser elegido o nombrado para gestionar caudales públicos; o la de vinculaciones a grupos extremistas o terroristas de quien colabora directamente con importantes personajes públicos (puede, en efecto, existir un interés público en el conocimiento de pormenores relativos no sólo a las personas de proyección pública, sino también a otras ligadas a ellas o a las asociaciones o los partidos que dirigen). Obviamente, la publicación de la infidelidad conyugal de un gobernante o parlamentario podría ser acorde a Derecho si ella sirve de fundamento o de marco a otras conductas que sí afectan al interés público: gastos incontrolados de dudosa procedencia, revelación de datos que puedan atentar contra la seguridad del Estado, etc. Hemos de distinguir, por otra parte, el interés público en sentido estricto del interés de un cierto sector de los ciudadanos: las peculiaridades de la alcoba de un determinado cantante pueden interesar a muchos lectores de cierto tipo de publicaciones, pero en modo alguno guardan relación con el conflicto, que ahora comentamos, resoluble concordando los artículos 18 y 20 de la Constitución y 8 de la Ley de 1982, pues, aun cuando pueda ser reputado persona que ejerce profesión de notoriedad o proyección pública, es claro que todo depende del consentimiento del cantante mencionado, siendo subsumible el supuesto en los números 3 de los artículos 1 y 2 de la Ley. Caso diverso sería el del artista de calidad excepcional, si dicho hipotético reportaje puede servir para dilucidar algún punto oscuro interesante para los historiadores.

Creo que del cúmulo de ejemplos propuestos podríamos extraer provechosas conclusiones atinentes a esta palpitante batalla que hoy se libra entre los profesionales de la noticia y los posibles protagonistas de ella. He de añadir que, a mi juicio, los principios constitucionales —que, como hemos visto, nos impelen a acotar y delimitar el precepto contenido en el núm. 4, *in fine*, del artículo 20 de la propia Constitución, siendo producto de tal delimitación, por ejemplo, el artículo 8 mencionado de la Ley— nos mueven asimismo, en caso de

(4) Es cierto que la moral de una persona —sea o no una moral propuesta por una religión determinada— no puede ser dividida en compartimientos estancos y que peculiaridades en principio estrictamente privadas repercuten o pueden repercutir en el modo de realizar tareas públicas. Pero dicho criterio nos conduciría a la consecuencia absurda de que los políticos carecerían de vida privada protegida por la ley y de que sólo podrían ser elegidas personas de una exquisita moralidad. Lo que me parece inadmisibles es que se reputen especialmente relevantes las irregularidades atinentes al campo sexual y familiar y no otras: dicha actitud, característica de un puritanismo hipócrita muy arraigado en algunas sociedades occidentales (caso estereotipado del senador que trata de ocultar a su amante para impedir la ruina de su carrera política), revela la profunda inmadurez todavía dominante en amplias capas sociales.

duda, a preferir la protección de la libertad de expresión (que es también otro derecho de la personalidad, que beneficia no sólo a su titular) a la protección del honor y de la intimidad. Así como es preferible que haya terroristas a que se dé un terrorismo institucionalizado por el Estado, así como es preferible que haya abundantes delitos contra la propiedad a que el Estado haga operar un sistema antisocial en las relaciones de producción, así también es preferible sacrificar a veces la esfera personal de algunos para posibilitar que la sociedad pueda informar y ser informada (5).

El texto constitucional plantea algunos otros problemas importantes, pero en las pasadas líneas sólo he pretendido enmarcar el tema en la Constitución y, atendiendo al que, tal vez, quepa reputar el principal conflicto entre posiciones jurídicas protegidas por nuestro Ordenamiento, delimitar algo el alcance de la protección legal al honor y a la intimidad: la ley, en síntesis, como ya sabemos, nos dice que honor e intimidad se protegen incluso a costa de las libertades de expresión e información, salvo cuando tales libertades se ejerzan o vayan a ejercerse con la finalidad de proteger o satisfacer un interés público, entendiéndose por éste, desde luego, algo distinto de la mera curiosidad de ciertos sectores sociales. En otras palabras: el artículo 20, núm. 4, de la Constitución establece la preferencia de los derechos de la persona-

(5) Muy recientemente ha planteado el tema de la posible colisión entre el derecho al honor y la intimidad con el de la libertad de expresión, desde una perspectiva jurídico-penal, Mercedes ALONSO ALAMO, en su estudio *Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, I, 1983, págs. 127 y ss., concr. páginas 148 y ss. Tomando preferentemente como referencia la S. del T. S. de 16 de octubre de 1981, indica la autora que en nuestro Ordenamiento «... a pesar del interés público del hecho afirmado, y del empleo de un lenguaje correcto, puede apreciarse el delito de injurias, sin entrar en la verdad o falsedad del hecho imputado, si se entiende que el límite de injuriar no es desplazado o anulado por el de informar, narrar, criticar, etc.» (pág. 149): es decir, aunque haya interés público, aunque no se falte a la verdad y aunque se emplee un lenguaje correcto, si concurre el ánimo de injuriar, no se da la causa de justificación prevista en el núm. 11 del art. 8 del Código penal (págs. 149 y 152): «... es preciso que, en la situación concreta, concorra un ánimo de informar, narrar, criticar, etc., que desplace o anule el ánimo de injuriar...; «... habrá que estar a que en el caso particular pueda estimarse anulado o desplazado el ánimo de injuriar» (pág. 152). A mi juicio, tal orientación es desacorde con la necesidad de una protección eficaz de la libertad de expresión y de una mínima seguridad jurídica, bastando los elementos objetivos —verdad histórica, interés público, lenguaje respetuoso— para que concorra la causa de justificación, lo que basta para salvaguardar razonablemente el honor y la intimidad, solución que encontramos, como refiere ALONSO ALAMO (pág. 152), por ejemplo, en el Derecho italiano. Los periodistas no pueden estar expuestos en esta materia a un «juicio de intenciones», siendo deseable, por el contrario, que el Derecho penal delimite con precisión cuándo el acto es antijurídico y cuándo no. Ateniéndome a la Constitución y a los motivos expuestos, defiendiendo *de iure condito*, también para el Derecho español, la solución italiana. Acierta, sin embargo, la sentencia antes aludida cuando dice que, cuando se sacrifiquen el honor y la fama para favorecer la libertad de información, no deben padecer «... nada más que en la medida de lo necesario».

lidad objeto de nuestro estudio sobre las libertades de expresión e información; pero dicha preferencia queda restringida a los casos en los que no concurra un interés público que sólo pueda ser satisfecho a través de la lesión de la intimidad, el honor o la propia imagen: si dicho interés público concurre, pienso que otros principios constitucionales (contenidos en los artículos 1, 6, 9, 23, etc., de nuestra Ley Fundamental) recortan el ámbito del precepto contenido en el inciso final del núm. 4 del artículo 20, siendo correcto desarrollo de este efecto, determinado por la Constitución, el artículo 8 de la Ley de 1982.

Pero de delimitaciones debemos seguir hablando, pues considero importante indagar si la citada Ley Orgánica resuelve el problema de qué actos constituyen ataque o lesión a la esfera personal y de qué actos no los constituyen.

B) *Alcance de la protección*

El artículo 2, núm. 1, de la Ley de 1982 fija los criterios de determinación de la esfera protegida; el artículo 7 concreta, de modo pormenorizado, algunas de las conductas que constituyen transgresiones a esa protección legal; el artículo 8, como sabemos, recorta el ámbito de los artículos 2 y 7, reputando legítimos determinados actos, en sí perturbadores de la esfera privada, pero encaminados a satisfacer intereses de superior rango. Los números 2 y 3 del artículo 2 (en relación con el inciso 2.º del núm. 3 del art. 1) aclaran que el consentimiento del sujeto protegido restringe o suprime temporalmente la protección de éste respecto de determinadas personas. Pero concentremos nuestra atención en el precepto de carácter más general: el contenido en el núm. 1 del artículo 2, en cuya virtud «... La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia».

El sentido del precepto, si acudimos a los criterios interpretativos literal y sistemático (relación con el art. 7, principalmente) parece claro: el ámbito protegido es fijado, *respecto de cada persona y de cada familia*, por las leyes (no se indica si deben ser necesariamente orgánicas) (6) y por los usos sociales, sirviendo de módulo o de pauta orientadora la actitud que cada persona adopte respecto de la amplitud de su esfera privada. Atendiendo al carácter, al parecer, informador y

(6) Si se refiere el texto sólo a leyes orgánicas, la mención sería innecesaria por obvia. Parece literalmente referirse, pues, a todo tipo de leyes, incluso a fuentes escritas no emanadas del poder legislativo; pero ello, a mi juicio, pugna con el art. 81, núm. 1, de la Constitución, lo que aconseja volver a la interpretación al principio rechazada, pues debemos entender que el legislador optó por lo ocioso e impreciso antes que por lo inconstitucional.

preferente de la norma contenida en el núm. 1 del artículo 2 respecto de otras (lo que es discutible), cabría mantener que algunos de los actos consignados en el artículo 7 serían legítimos respecto de unas personas y no respecto de otras (repárese en el comienzo de dicho artículo 7). Concretando, una interpretación literal del artículo 2, número 1, puede conducirnos a defender las tesis siguientes:

1.^a Un precepto del Ordenamiento jurídico diferente de una ley orgánica puede delimitar el ámbito protegido, hasta el punto de convertir, práctica y efectualmente, en ilusoria la protección.

2.^a El uso social puede tener establecido en una determinada comunidad distinto tratamiento de la intimidad o del honor para cada tipo de persona: actos que pueden constituir lesión antijurídica de la intimidad o del honor de una mujer que trabaje como ama de casa en un pueblecito del interior no serán ilegítimos si se trata de una actriz de teatro o de cine (7).

3.^a Cada persona o cada grupo familiar, mediante sus actitudes, costumbres, declaraciones y tipo de vida, delimita su ámbito protegido, la esfera en la que ningún extraño puede penetrar. Cada persona puede no sólo abstenerse de reclamar para sí ante una violación concreta de su derecho al honor o a la intimidad, la protección legal, sino también provocar que, en el futuro, no se reputen, respecto de ella, intromisiones ilegítimas conductas que sí lo serían respecto de otras. Con la consecuencia de que cabe entender que quien no invoca la protección legal (medidas cautelares, indemnización, etc.) ante ataques a la intimidad o al honor, *permite* tales intromisiones y restringe así el ámbito de su esfera protegida, no pudiendo en el futuro oponerse a intromisiones similares.

De ello se infiere que la redacción del núm. 1 del art. 2 es muy desafortunada, constituyendo un claro ejemplo de cómo no debe elaborarse un texto legal. En efecto:

1.º Si dicho texto legal establecía que la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen *queda delimitada por las leyes*, lo que el precepto legal expresa es o que «la ley dice lo que diga la ley» (resulta difícilmente creíble que fuese exactamente esto lo que quiso decir el legislador), o que una ley orgánica permite que su contenido normativo pueda ser vaciado de contenido efectivo por fuentes escritas que no sean leyes orgánicas (lo que carece de sentido).

2.º La Ley Orgánica en cuestión, al remitirse al uso social como criterio de delimitación del ámbito protegido, se asemeja a un hipotético animal cuyas patas traseras caminan en sentido opuesto al de las delanteras: la misma ley, nacida para transformar la realidad social, queda atrapada por ésta, convirtiéndose en su aliada y encubridora:

(7) Problema que plantea recientemente María DE LA VALGOMA (*Comentario a la Ley Orgánica de Protección civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Anuario de Derechos Humanos, 2, Madrid, marzo de 1983, págs. 647 y ss., concr., pág. 664) y que resuelve en contra de la diferenciación apuntada.

si de lo que se trata es de defender efectivamente valores tales como la igualdad real de los ciudadanos (arts. 9, núms. 2, 14, 32, etc., de la Constitución), es incongruente —e inconstitucional— remitirse a criterios que pueden generar desigualdades probablemente no queridas por los particulares afectados (8).

3.º Si lo que cada persona decida, con sus hábitos, su conducta o sus manifestaciones de voluntad, tiene relevancia sobre la delimitación del ámbito protegido de su esfera personal, se llega o puede llegarse a la conclusión de que los derechos de la personalidad en cuestión se conviertan en renunciables de modo definitivo e indiscriminado, vaciando de contenido real las declaraciones del art. 1, número 3, inciso 1.º y desproveyendo de sentido las exigencias de los números 2 y 3 del art. 2. La actriz que posó desnuda en dos ocasiones podrá ser fotografiada indefinidamente así sin su consentimiento, pues cabrá entender que, a causa de su conducta, su esfera reservada es más pequeña que la de otras personas (9).

En síntesis, el núm. 1 del art. 2 de la Ley de 5 de mayo de 1982, interpretado literalmente, conduce a la anulación de la protección que la Ley pretende conferir y a la ruptura con principios que esa misma Ley reputa definitorios de estos derechos.

No obstante, conviene recordar que el art. 3, núm. 1, del Código civil contempla otros criterios hermenéuticos diferentes del literal: piénsese en la observación del contexto, de los antecedentes históricos y legislativos, de la realidad social actual y, sobre todo, del espíritu y de la finalidad de la Ley que, desde luego, no ha podido pretender su inutilidad o su oposición a la Constitución. Ello me mueve a afirmar que:

a) Cuando el núm. 1 del art. 2 de la Ley de 1982 establece que la protección de los derechos en cuestión quedará delimitada por las leyes, sólo puede referirse a las leyes orgánicas. Si la alternativa consiste en elegir si un texto jurídico-positivo comete una infracción a la Constitución o una perogrullada, debemos entender que sucede esto último. No se olvide que *delimitar la protección* equivale efectualmente a aumentarla, disminuirla o suprimirla.

b) Cuando el comentado precepto establece que la tantas veces citada protección quedará delimitada también por los usos sociales, habremos de entender que ello sucederá siempre que los usos aludidos no produzcan o impliquen efectos contrarios a los fines del Ordenamiento: los usos sociales, por ejemplo, podrán decidir que una deter-

(8) DE LA VALGOMA, *ob. cit.*, pág. 663. En la página siguiente, respecto del punto referido en la nota anterior, escribe esta autora que «...la protección no debe dejarse a criterios subjetivos...», tesis que comparto sin reservas.

(9) El caso más invocado relativo a este problema es quizá el «Affaire Bardot contre Société de Presse Marcel Dassault», Cour d'Appel de Paris, 27 de febrero de 1967 (fotografía con teleobjetivo de la citada actriz, en ropa interior, en su domicilio) (cit. por DE LA VALGOMA, *ob. cit.*, págs. 663 y 664).

minada intromisión es ilegítima en un momento determinado y que no lo es en otro, o en unas circunstancias concretas y no en otras; pero no podrán reputar ilegítima una determinada intromisión respecto de unas personas y no respecto de otras, pues la adecuación a las diferencias sociales, económicas o ambientales que inevitablemente se den no debe hacer olvidar la irrenunciable misión del Ordenamiento consistente en obtener una igualdad real y efectiva entre los ciudadanos.

c) Por último, la referencia, contenida en el texto legal que analizo, al «ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia», debe ser objeto de interpretación marcadamente restrictiva, operando, como indica la Exposición de Motivos, como mera pauta orientadora de la flexible actuación del juzgador. Deberá evitarse una interpretación que conduzca a convertir en ilusoria la protección legal para aquellas personas que, habiendo padecido violaciones de estos derechos, no se hayan opuesto a ellas acudiendo al auxilio del Ordenamiento jurídico. Deberá evitarse, en síntesis, que, por esta vía, se renuncie al derecho al honor o a la intimidad, renuncia formalmente prohibida en el núm. 3 del art. 1. Recuérdese la doctrina prácticamente unánime entre los autores españoles y extranjeros respecto de este punto: los derechos de la personalidad son irrenunciables, cabiendo sólo ceder temporal y parcialmente alguno de sus aspectos y modalidades (10); si una persona, con su actitud, indica que no desea mantener esfera reservada alguna para sí ni para su familia, tal vez el juez, en caso de ataque a su intimidad, pueda, *ex art. 2, núm. 1*, atender, en alguna medida, a dicha circunstancia, pero en modo alguno reputará jurídicamente correcta la intromisión si no se da el supuesto del núm. 2 del art. 2. Lo contrario se opondrá al núm. 3 del art. 1.

C) *Actos dispositivos sobre aspectos determinados de estos derechos.*

El núm. 3 del art. 1 de la Ley de 5 de mayo de 1982 establece: «El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley». Dicho artículo, en su número 2, determina: «No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el

(10) Sin pretensiones de exhaustividad y a título de ejemplo, véanse, en tal sentido, entre otros: DE CUPIS, *I diritti della personalità*, t. I, Trattato di dir. civ. e comm. Cicu-Messineo, Milano, 1959, págs. 78 y ss.; DE ANGEL, *La protección de la personalidad en el Derecho privado*, Rev. Der. Not., enero-marzo 1974, págs. 7 y ss., *concr. págs. 51 y 52*; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*. Discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1976, págs. 101 y ss., etc.

titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso». Añadiendo ese mismo art. 2, en su núm. 3, que «... el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas».

Hasta la promulgación de estos textos nuestro Ordenamiento jurídico carecía de criterios claros relativos al problema en cuestión. La doctrina española (11), siguiendo a la extranjera dominante (12), había propuesto algunas orientaciones generales, que yo, en 1981, en el estudio preferentemente citado (13), resumía así:

«... la moral, el orden público y las buenas costumbres auxilian a la ley y al juzgador a la hora de determinar qué actos dispositivos de bienes de la personalidad merecen el amparo jurídico. Debemos cuestionarnos qué criterios podemos extraer de la legislación vigente, contando, por supuesto, con moral social, orden público y «buenas costumbres»: 1.º Cabe una disponibilidad parcial, eventual y concreta (ante ciertas personas) de estos bienes de la personalidad, que no excluya la plena titularidad del derecho en el futuro: la ley y la moral modulan estos acuerdos, que, de ser contrarios a una o a otra, serán nulos (arts. 1.255 y 1.271 y concordantes del Código civil), pudiendo venir también la nulidad impuesta por una excesiva duración o inconcreción de los efectos del acto dispositivo de modo que pueda significar o implicar dejación de esos derechos (arg. *ex* art. 1.583, inciso 2.º, del Código civil). 2.º Cada derecho de la personalidad debe recibir un tratamiento jurídico específico... A mi juicio, de la intimidad es admisible disponer parcialmente, pero no del honor, si bien es necesario abordar esta posible distinción ateniéndonos al pluralismo ideológico acogido en nuestra Constitución (arg. *ex* art. 1, núm. 1, de ésta)...».

En síntesis, se habla de «acuerdos» quizá más que de actos unilaterales de cesión (no sólo en mi caso, sino también en el de los autores precedentes) y la protección al titular se opera mediante las limitaciones al posible contenido de tales acuerdos, no mediante la concesión al mencionado titular de un poder jurídico de revocación del acto dispositivo. En concreto, lo que se entiende prohibido es el hecho de ceder estos derechos indefinidamente en el tiempo, o a un número indeterminado de personas, etc. En principio, no parece que el acto dispositivo tenga que revestir forma determinada, si bien la necesidad de la limitación en el tiempo y de la designación del concreto bene-

(11) Respecto de los derechos de la personalidad en general, por ejemplo, DE ANGEL, *ob. cit.*, pág. 133, y BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *ob. cit.*, páginas 103 y ss. En concreto, respecto del derecho a la imagen, pero muy pormenorizadamente, y con posibilidad de aplicación a todos o casi todos los derechos de la personalidad, GITRAMA, *Imagen (derecho a la propia)*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Barcelona, 1962, t. XI, págs. 301 y ss., *concr.* págs. 338 y ss.

(12) Por ejemplo, con carácter general, DE CUPIS, *ob. cit.*, págs. 86 y ss.

(13) Cfr. nota 1.

ficiario parece excluir la forma tácita de estos actos. Por otra parte, la validez de un contrato que versara sobre esta materia y que tuviera un contenido jurídicamente admisible constituía una garantía para los derechos y expectativas de quien convino con el titular la cesión de estos derechos.

Frente a este cuadro de efectos, la Ley de 1982 nos plantea otro diferente y, a mi juicio, más censurable. Tras determinar la indisponibilidad de estos derechos como principio general y declarar la nulidad de la renuncia a la protección en ella prevista, alude a la posibilidad de que el titular, mediante acto expreso, disponga de aspectos de tales derechos, pudiendo revocar posteriormente dicha autorización. Obsérvese que, ateniéndonos exclusivamente al texto legal, la protección del interés del titular viene dada sólo por el requisito del carácter expreso del acto dispositivo y por la facultad de revocación de dicho acto; el legislador no ha optado por otros sistemas posibles, como podrían haber sido la limitación, en normas de *ius cogens*, del contenido de la cesión, del tiempo de duración de ésta, o del número máximo de los beneficiarios. Mediante el requisito del carácter expreso del consentimiento parece que se ha pretendido subrayar su trascendencia y tal vez posibilitar la clarificación del alcance de cada acto transmissivo. El legislador, para completar su regulación del presente punto, con el fin de corregir las consecuencias posibles de la revocación, determina la indemnizabilidad de los perjuicios causados.

Creo que este régimen, interpretado literalmente, protege al mismo tiempo demasiado y demasiado poco: demasiado, porque no me parece necesario sacrificar intereses, en principio respetabilísimos, de determinadas personas para proteger estos derechos de la personalidad, y en la Ley se sacrifican, al permitirse la revocación, en cualquier momento, de los actos dispositivos; demasiado poco por otra parte, porque no se impide disponer de ciertos aspectos (el honor propiamente dicho, por ejemplo), o ante un número indeterminado de personas: la revocabilidad puede —es indudable— paliar algunos de los efectos nocivos de una cesión excesiva, pero no todos. Respecto de la referida necesidad de no menospreciar los intereses de quienes reciben la cesión, adviértase que el Ordenamiento debería amparar más y mejor su satisfacción, siendo insuficiente la técnica (que, en principio, sólo debería actuar supletoria y complementariamente) de la indemnización: es cierto que alude el texto a las «expectativas justificadas», pudiendo, pues, entenderse que cubre tanto el *damnum emergens* como el *lucrum cessans*; pero, ¿para qué implantar una técnica *sustitutiva*, como es la de la indemnización, cuando cabe perfectamente, con arreglo a los principios informadores de estos derechos, proteger a su titular manteniendo la protección *regular* de los cesionarios? Piénsese en las dificultades de prueba de las expectativas y en la inseguridad que se crea. Un ejemplo puede ilustrarnos en tal sentido: unos deportistas ceden, por un tiempo y para unas determinadas finalidades, su derecho a la imagen a una determinada sociedad anónima publicitaria o perio-

dística, que se obliga a pagarles, por ello, una cantidad de dinero. ¿No es extraño que la citada entidad pueda verse sorprendida por una revocación intempestiva? Se me dirá que a ello pretende subvenir la indemnización, pero ¿es defendible que determinados empresarios estén sometidos al riesgo de una indemnización no satisfactoria (piénsese en retrasos, insolvencias, dificultades de valoración, etc.), cuando los derechos de la personalidad de la otra parte pueden ser perfectamente protegidos mediante una fórmula que implique múltiples controles del acto de cesión, pero con irrevocabilidad? Pienso, en concreto, en la fórmula del contrato: me parecería admisible que la ley fijase límites de contenido, de tiempo o de personas, límites cuya transgresión determinase la nulidad del contrato *ex art.* 1.271 del Código civil; pero no veo por qué hemos de contradecir el principio que inspira el artículo 1.256 del mismo cuerpo legal, tratándose de contratos de duración forzosamente limitada y que no tienen que basarse obligatoriamente en unas recíprocas relaciones de confianza.

A la vista de todo ello, ¿cabría, tras la entrada en vigor de la Ley de 5 de mayo de 1982, defender la admisibilidad de un contrato de esa índole, con contenido, duración y beneficiarios limitados (para no vulnerar el principio contenido en el inciso 1.º del núm. 3 del artículo 1 de la citada Ley) y en el que el disponente, inmediato receptor de sugestivas ganancias, renunciase temporalmente a la facultad de revocación o admitiese una gravosa cláusula penal si revocara? Del tenor literal de la vigente Ley parece inferirse que tal posibilidad no cabe, pudiendo, además, aducirse en tal sentido el precepto contenido en el último inciso del art. 1 («la renuncia a la protección prevista en esta ley será nula»). No obstante, recuérdese que la interpretación no sólo ha de guiarse por el criterio literal, sino también por otros, de lo cual deduzco que, no repugnando al espíritu de esa Ley ni al del Ordenamiento la admisibilidad de la fórmula descrita, debe ser admitida, lo que cabe mantener aduciendo los argumentos siguientes:

1.º La Ley contempla *una manera* de disponer de aspectos de esos derechos, pero no parece excluir otras si en ellas se respetan ciertos principios: se contempla la disposición por acto unilateral y *ésta* se reputa revocable; pero no se contempla el contrato, que podría, dado que nos hallamos ante una laguna, recibir la regulación que la doctrina dominante ha venido proponiendo como deseable y conveniente hasta 1982 (arg. *ex art.* 1, números 1 y 4, del Código civil)

2.º Si bien la renuncia a la protección prevista en la Ley es nula, es cierto que, en el texto que sigue a aquél en el que ello se establece, se exceptúan de tal norma general los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2: ¿Por qué no entender exceptuados también los supuestos similares, como el del contrato? Por otra parte, la revocación es, sin duda, una técnica protectora, pero creo que cabría renunciar a ella si el contrato dispositivo no implica violación de lo preceptuado en el inciso 1.º del núm. 3 del artículo 1 de la Ley: una interpretación restrictiva del término *renuncia* o del término *pro-*

tección, contenidos en el inciso 2.º, parece ser la solución más acorde con la actitud hermenéutica defendible en este punto a la luz de lo establecido en el núm. 1 del artículo 3 del Código civil: una renuncia a la facultad de revocación, acotada en el tiempo y unida a otras limitaciones, no me parece subsumible en el 2.º inciso del núm. 3 del artículo 1 de la Ley.

En síntesis, mantengo que cabrá acto dispositivo válido (tal vez sólo en favor de determinadas personas) por vía unilateral, siendo posible entonces la revocación (posibilidad que contempla expresamente la Ley de 5 de mayo de 1982), o mediante contrato, que implicará renuncia a la facultad de revocación (14) (posibilidad que no contempla la citada Ley, pero que, a mi juicio, tampoco excluye). Este contrato, desde luego, deberá padecer grandes restricciones respecto de su contenido: valdrá, por ejemplo, un contrato en el que un artista ceda su imagen (en fotografía que no dañe su honor, esto es, su dignidad) (15) a una sola publicación de cromos que la explote durante un año prorrogable (con autorización de dicho artista) por otro año. Pero no cabe deshonrarse (ni siquiera voluntariamente) ni cabe ceder la imagen o la voz indefinidamente en el tiempo o a un número indeterminado de personas, etc. Si yo cedo indefinidamente en el tiempo o cedo por un tiempo desproporcionado (por ejemplo, veinte años), puedo revocar; y, si renuncio a la revocación, la renuncia es nula (entiendo que la revocabilidad sustituiría a la nulidad del contrato en ciertos supuestos). Problemas, como se ve, atendibles por el jurisprudente, nunca sustituible por el legislador, incapaz de captar la riqueza y la complejidad de la vida real.

(14) Creo que el mero hecho de que se opte por la fórmula del contrato implica de por sí renuncia a la revocación, sin que sea necesario declarar textualmente esta renuncia. Sin embargo, aconsejaría a los contratantes consignarla expresamente, dada la alusión expresa a la revocación contenida en la ley y dado que la denuncia unilateral no es incompatible en principio con la noción de contrato.

(15) Soy partidario de entender el honor aproximadamente en este sentido, desprendiendo del concepto sus connotaciones clasistas, lo que parece aconsejado por la fidelidad al espíritu de la Constitución (arg. *ex arts.* 10 y 14). En tal dirección, DE LA VALGOMA (*ob. cit.*, pág. 661), para quien «... más que de honor... podría hablarse de dignidad, de consideración social, de estima de la persona por el mero hecho de serlo». Es una concepción inspirada en DE CUPIS, para quien el honor puede ser definido como «... la dignità personale riflessa nella considerazione dei terzi en el sentimento della persona medesima» (*ob. cit.*, pág. 230). De modo similar, pero no idéntico —cito sólo lo más reciente—, ALONSO ALAMO, para quien «... de acuerdo con una concepción normativo-fáctica, el honor es un complejo bien jurídico, concreción de la dignidad de la persona, aunque no se confunde con ella, y que se protege en tanto consideración social merecida o ganada» (*ob. cit.*, págs. 150 y 151).

II. CONTENIDO DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN: ¿SON VERDADEROS DERECHOS SUBJETIVOS?

Para terminar este pequeño estudio, valgan estas consideraciones acerca del efecto que produce la Ley de 5 de mayo de 1982 sobre la calificación de los llamados «derechos de la personalidad» como verdaderos derechos subjetivos (no se olvide que el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen se reputan «derechos de la personalidad», integrando el grupo de éstos que suele denominarse «derechos relativos a la esfera moral o espiritual de la persona»).

En mi anterior estudio sobre el tema, antes mencionado (16), planteaba el problema de si, a la vista del Derecho español vigente en 1981, cabía calificar a los derechos de la personalidad como derechos subjetivos *stricto sensu* o no. Revisé los tres argumentos que un sector de la doctrina solía invocar para negarles dicha calificación; estos tres argumentos eran los siguientes:

«... a) Los llamados «derechos de la personalidad» no son derechos subjetivos propiamente dichos porque no están legalmente tipificados como tales.

b) Los llamados «derechos de la personalidad» no son verdaderos derechos subjetivos porque carecen de objeto.

c) Los llamados «derechos de la personalidad» no son, en rigor, derechos subjetivos, pues no existen poderes jurídicos efectivos antes o al margen de la violación de los intereses protegidos por ellos.»

Respecto del primer argumento, hoy habría que decir que, al menos con relación a la intimidad, al honor y a la propia imagen, sí existe tipificación, precisamente por obra de la Ley de 1982. Por otra parte, aun cuando esta Ley no existiese todavía, la falta de tipificación legal no les privaría de su calificación como derechos; como sostuve en 1981, creo que para que se dé derecho subjetivo es necesario el reconocimiento del Ordenamiento jurídico positivo, pero pienso que bastan su mención y el establecimiento de medidas protectoras generales, sin que sea imprescindible una descripción pormenorizada de poderes concretos, de su objeto, etc.

Respecto del segundo argumento, resumiendo lo que extensamente traté en mi trabajo precedente, cabe decir:

(16) Cfr. nota 1.

1.º La tesis de que sin la existencia de objeto diferenciado del sujeto no puede haber derecho subjetivo, defendida por prestigiosos autores (17), no me parece motivada.

2.º Aun admitiéndola, es posible, desde un plano teórico, mantener que los derechos de la personalidad tienen objeto. Rechazadas las opiniones según las cuales el objeto de tales derechos serían los atributos o proyecciones de la personalidad, convertidos en bienes (18), o el mismo interés del sujeto (a la intimidad, al honor) que en cada caso concurre (19) opto por sugerir que, si se pretende obtener con este concepto efectos clarificadores, debe responder a una realidad individualizada y estable, que pueda servir de substrato a las relaciones jurídicas, una realidad prejurídica y preconceptual: escribió, en tal sentido, De Castro que objeto del derecho subjetivo es «... la realidad social, acotada como base de la situación de poder concreto que se ha confiado a su titular» (20). A mi juicio, el honor y la intimidad no son propiamente realidades sociales, sino fórmulas mentales utilizadas para aludir a situaciones humanas más o menos deseables y, por ello, susceptibles de interés; son creaciones de la mente y del lenguaje, pero no parcelas de la realidad social sobre las que *basar* poderes concretos. Por ello cabría, tal vez, proponer lo siguiente: objeto de los derechos de la personalidad sería el hombre en cuanto individuo y miembro social, objeto será lo que yo soy, subsumiendo dentro del ser el representar; objeto será el hombre mismo, no en cuanto «persona», sino en cuanto «hombre objetivado» (21). Este esbozo de tesis no hace referencia a un derecho sobre el propio cuerpo, ni siquiera entendido como

(17) Por ejemplo, en la doctrina española, con carácter general, DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1955, págs. 654 y 655 (recuérdese que DE CASTRO no hablaba de «derechos de la personalidad», sino de «bienes de la personalidad»). Ya con referencia a nuestro tema: BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *ob. cit.*, pág. 64, y HERNÁNDEZ-GIL, *En torno al discurso de recepción «Construcción jurídica de los derechos de la personalidad»*. Contestación al discurso cit. de BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, págs. 123 y ss., concretamente pág. 125.

(18) GITRAMA, *ob. cit.*, pág. 315.

(19) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *ob. cit.*, págs. 64 y ss., concr. pág. 72.

(20) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., pág. 651.

(21) No andaba, a mi juicio, descaminado GÓMEZ DE AMEZCUA, a principios del siglo XVII, cuando construyó estos poderes jurídicos como potestades *in se ipsum*: no coincide, desde luego, la tesis que propongo con ésta, pero no le niego perspicacia: *vid.* GÓMEZ DE AMEZCUA, *Tractatus de potestate in se ipsum*, Mediolani, 1609, pág. 12 (cit. por DE CUPIS, *ob. cit.*, págs. 29 y 36, y por DE CASTRO, *Los llamados derechos de la personalidad*, cit., pág. 1248, que refiere que esa edición milanesa es la 2.ª, que es la más empleada, existiendo, no obstante, otra anterior fechada en 1604, en Palermo, aludida en *Temas de Derecho civil*, cit., pág. 7. En parecido sentido a GÓMEZ DE AMEZCUA, y en época más reciente, CAMPOGRANDE, *Los derechos sobre la misma persona*, RGLJ, mayo-junio 1896, pgs. 518 y ss., y BORRELL, *Derecho civil vigente en Cataluña*, I, Barcelona, 1944, págs. 113 y ss. Autores que menciono por constituir claras excepciones, en la doctrina española, a una orientación general contraria a la sugerencia de GÓMEZ DE AMEZCUA.

«organismo psico-físico» (22), sino sobre un substrato en el que confluyen múltiples elementos y relaciones :lo grave, en mi opinión, no es objetivizar al hombre, sino des-subjetivizarlo. No obstante, quede claro que se trata de una simple sugerencia para quienes, en oposición a la tesis que provisionalmente sostengo, defienden la de que todo derecho subjetivo requiere un objeto.

Respecto del tercer argumento, debo indicar que el texto de la Ley de 5 de mayo de 1982 viene a reforzar lo que ya antes era defendible en relación con casi todos los denominados «derechos de la personalidad». En efecto, si sólo existe verdadero «derecho subjetivo» cuando el Ordenamiento jurídico satisface el interés de los particulares mediante la técnica consistente en atribuirles un poder concreto, compuesto por un conjunto de facultades, reales o potenciales, cuyo ejercicio se deja a su libre decisión (23), estos «bienes de la personalidad», así como algunos otros, son efectivamente derechos subjetivos: el interés por el honor o por la intimidad no viene protegido sólo a través de la sanción penal o administrativa impuesta a su violación, ni sólo a través de la responsabilidad civil extracontractual derivada de ésta, sino también mediante la concesión de facultades (instrumentales) a quienes la ley pretende proteger encaminadas a prevenir, paliar, interrumpir o repeler las agresiones a tales intereses. Sin olvidar el derecho de réplica aludido en los artículos 58 y ss. de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 y en el Decreto del día 31 del mismo mes y año, el derecho de rectificación regulado en el artículo 25 (en relación con el 4, d) de la Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión, y los preceptos contenidos en los artículos 7, 12 y 13 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (en relación con el artículo único del Real Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero), es necesario hacer referencia especial al importantísimo artículo 9 de la vigente Ley de 5 de mayo de 1982.

Dicho artículo consta de cinco apartados, interesándonos, en relación con las presentes reflexiones, principalmente el 2.º, que es el que contiene el núcleo de la regulación del problema que constituye ahora el objeto de nuestra atención. Establece, en efecto, el núm. 2 del artículo 9 lo siguiente: «... La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulterio-

(22) CARNELUTTI (*Diritto alla vita privata*, Riv. trim. dir. pubbl., 1955, págs. 1 y ss., concr. pág. 8) escribe que, mediante la sanción penal a la injuria, el Ordenamiento jurídico protege al hombre garantizándole el goce de su propio cuerpo, entendiéndolo a éste como «... quell'organismo psico-físico che gli serve per svolgere le sue possibilità».

(23) Como recogiendo y armonizando las tesis de la Pandectística, de la Escuela Histórica y de la Jurisprudencia de Intereses, e inspirándose tal vez en la fórmula conciliadora regelsbergeriana, enseña DE CASTRO en su *Derecho civil de España*, cit., págs. 632 y ss., concr. pág. 640.

res. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados».

El precepto recoge lo que la legislación anterior (citada precedentemente), la jurisprudencia (en concreto, S. del T. S. de 7 de febrero de 1962) y la doctrina venían configurando más o menos explícitamente. Obsérvese, sin embargo, cómo la técnica de la responsabilidad aquiliana se mezcla con la de los derechos de la personalidad *stricto sensu*: si bien los autores más recientes defienden que el derecho a la indemnización derivado de la violación del derecho de la personalidad no debe ser confundido con éste (24), la Ley de 1982 parece subsumir la mencionada responsabilidad en el contenido de estos poderes jurídicos, lo que, en modo alguno, excluye la aplicabilidad a los actos lesivos en cuestión de la doctrina jurisprudencial atinente a los artículos 1.902 y ss. del Código civil.

Por otra parte, especial interés tiene la expresa alusión a las «medidas... cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima», verdadera novedad en nuestro Ordenamiento, que recoge la técnica que ya vemos utilizada, por ejemplo, en el núm. 2 del artículo 70 del vigente Código civil portugués o en el artículo 9 del Código civil francés (en su redacción establecida por Ley de 7 de julio de 1970) (25). Dicha determinación legal puede impedir que todo el contenido de la Ley de 5 de mayo de 1982 devenga en la práctica ilusorio.

Pero lo que resulta indudable es que, a la vista del artículo 9 (español) referido, el llamado «derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen» es hoy un verdadero derecho subjetivo (26), pues, obviadas las objeciones relativas a la tipificación y al objeto, la ley protege los inte-

(24) Por ejemplo, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *ob. cit.*, pág. 86 (siguiendo a DE CUPIS, *ob. cit.*, pág. 72); ambos afirman que el derecho a la indemnización es un derecho *derivado* del derecho de la personalidad, lo que implica que no se identifica con él.

(25) El art. 70, núm. 2, del Código civil portugués establece: «Independientemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida». El actual art. 9 del Código civil francés establece, por su parte: «Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé». Merece asimismo ser mencionada en tal sentido, la llamada «protección jurídica preventiva» (*Vorbeugender Rechtsschutz*) elaborada por la reciente jurisprudencia alemana occidental.

(26) ¿Uno o varios? Partiendo de la llamada «tesis pluralista», que mantengo, creo que honor e intimidad son dos derechos subjetivos diferentes, pudiendo esta última comprender, como aspectos protegidos, la reserva de la esfera personal, la propia imagen y la voz. No es objeto de este estudio el tratamiento del tema de si es preferible un solo derecho general de la personalidad o si deben existir varios; en el trabajo precedentemente citado

reses en cuestión confiriendo a sus titulares facultades jurídicas concretas que ellos pueden ejercitar o no: reclamar medidas protectoras, replicar, etc. (27).

No debo omitir aquí, no obstante, que, aun cuando la configuración de los poderes protectores de estos intereses como derechos subjetivos constituye un avance indudable en la evolución del Derecho privado hacia concepciones más personalistas, dicho avance no debe detenerse ahí, pues, como sabemos, la técnica del derecho subjetivo no parece ser la más acorde con las inquietudes y actitudes sociales actuales: las importantes restricciones —*de iure condito* y *de iure condendo*— a la disponibilidad de estos poderes jurídicos, ¿No nos sugieren algo en este sentido? «¿Derecho subjetivo —me preguntaba en las líneas finales de mi estudio precedente (28)—, u otra figura más compleja y rica, protectora efectiva del titular, que le permita ejercitar, pero no renunciar, incluso que le obligue?». Como se ha afirmado (29), al ejercicio de estos derechos puede llegar a ser un deber: ¿No nos hallaremos ante un nuevo modo de situación, posición o relación jurídica? Todo ello y lo antes expuesto a propósito de algunos de los preceptos contenidos en la reciente Ley de 5 de mayo de 1982 nos indican que la materia debería, en un futuro no muy inmediato, ser regulada por una normativa bastante diferente de la actual.

Jerez, agosto de 1983.

(cfr. nota 1) sostuve la conveniencia, *de iure condendo*, de la existencia de varios derechos de la personalidad, e incluso su existencia *de iure condito* en Derecho español.

(27) Es irrelevante el hecho de que estos poderes jurídicos sean meramente instrumentales y no se concreten en un goce fáctico o económico: si sólo fuera relevante ese hecho, sólo serían derechos subjetivos en sentido estricto los derechos reales de goce, lo que nadie defiende.

(28) Refiriéndome a todos los derechos de la personalidad, no sólo a los relativos a la denominada «esfera espiritual o moral».

(29) LINDON, *Les droits de la personnalité*, Paris, 1974, pág. 352.

Los principios generales del Derecho en el pensamiento de F. de Castro

Por LUIS DIEZ PICAZO

Al tratar de encontrar un tema que pueda resultar característico o revelador del pensamiento de F. de Castro, me ha parecido que la concepción que sostuvo acerca de los principios generales del Derecho puede cumplir las condiciones antes dichas. La idea de unos «principios generales del Derecho» se encontraba recogida por el antiguo artículo 6.º del Código Civil, el cual, después de enunciar el deber de los jueces y tribunales de resolver los litigios que ante ellos se suscitaran y de prohibirles la denegación de justicia —el rehusar fallar— repitiendo un precepto que se encontraba también enunciado por el Código Penal, señalaba las bases con las cuales o sobre las cuales las decisiones de los jueces debían y podían producirse. A falta de ley aplicable al caso controvertido, parecía decir aquel texto, aplicará el juez la costumbre del lugar y, en su defecto, se servirá de *los principios generales del Derecho*. A primera vista por lo menos, había una doble graduación o encañamiento: primero la ley; después la costumbre del lugar, y a falta de ley y de costumbre, los principios generales del Derecho.

Del planteamiento anterior se deducía el carácter subsidiario de los principios generales del Derecho como instrumento de la técnica jurídica. La jurisprudencia del T. S. dijo desde antiguo que los principios generales del Derecho sólo son admisibles si se alegan en defecto de ley y de costumbre. Si se acepta la cita que De Buen hace, esta «doctrina de la jurisprudencia» aparece en las sentencias de 13 de octubre de 1984 y de 30 de mayo de 1898. Por consiguiente, hay una utilización subsidiaria de los principios generales del Derecho: Su admisibilidad se condiciona al defecto de ley y de costumbre, únicas hipótesis en que pueden ser alegados.

Frente a ese tradicional modo de entender el problema, se alzó la concepción de Castro, que hablaba de manera muy específica y gráfica de una «posición especial de los principios generales del Derecho», al tratar de la ordenación jerárquica de las fuentes en el «Derecho Civil de España» (I, p. 341). La ordenación ley-costumbre-principios generales del Derecho —dice Castro— tiene

carácter enumerativo, pero no es una enumeración jerárquica. Esta tesis no fue fácilmente entendida por los contemporáneos de la obra, que continuaron aferrados a la idea de que el orden enumerativo era un orden jerárquico. Castro, sin embargo, era perfectamente claro al respecto. Los principios generales no pueden estar sometidos a un orden escalonado de preceptos, porque son los «inspiradores de todo el ordenamiento jurídico». Los principios están fuera de la estricta jerárquica de las fuentes ya que han de ser tenidas en cuenta antes, en y después de la ley y la costumbre. Son precisamente los principios los que señalan los caracteres que la ley y la costumbre han de tener para ser válidas, los que imponen que la costumbre ha de ser racional, los que por su carácter informador general indican lo que por una y otra hay que entender.

He dicho que esta modificación de rango, si se la puede llamar así, no fue fácilmente comprensible para los contemporáneos de la edición de 1949 del Derecho Civil de España. Sin embargo, en 1974 parece que era moneda de curso habitual. En el artículo 1.4 del nuevo Título Preliminar del Código Civil se dice que «los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del orden jurídico». Lo cual significa —es obvio— que hay por lo menos una doble función de los principios generales del Derecho: lo que allí se llama el carácter inspirador de todo el ordenamiento jurídico y su aplicación directa que se produce en defecto de ley o de costumbre. ¿Qué alcance tiene esa función inspiradora o informadora del ordenamiento jurídico? Para Castro ya está dicho que los principios generales del Derecho son precisamente quienes delimitan las condiciones de validez de las normas legales y de las normas consuetudinarias. Los principios generales del Derecho tienen además una importante tarea dentro de la actividad interpretativa. Castro decía que son los orientadores de la labor interpretativa. Los principios generales —dice— señalan el método de interpretación de las normas propias de un ordenamiento jurídico y, además, indican, en cada caso concreto, la fórmula interpretativa que se debe elegir (op. cit., p. 428). De esa doble función de fundamento del ordenamiento jurídico y de orientación de la labor interpretativa, hay ya alguna consecuencia que extraer. Ante todo, permite la distinción entre un Derecho normal o Derecho común y el Derecho excepcional. Para definir este último, recordaba Castro un viejo texto de Paulo de acuerdo con el cual el Derecho excepcional es un derecho *contra tenorem rationis* de la organización general y que por ello «*non est produceendum ad consequentias*». De esta distinción se extrae sin grave dificultad la distinción, que en sede interpretativa se produce entre la interpretativa restrictiva y la interpretación extensiva. Se interpreta extensivamente la regla de derecho que es conforme con el Derecho normal o, si se prefiere decirlo de otro modo, la regla de derecho que está en consonancia con los principios. Se interpreta restricti-

vamente la regla de derecho que pertenece al Derecho excepcional y que es *contratenorem rationis*.

El modo de concebir los principios del derecho que ha quedado esbozado, permitía a Castro resolver airosamente dos viejas cuestiones aporéticas de la teoría general del Derecho: la equidad y la analogía. De la equidad los técnicos tienen poca cosa que decir. Es una virtud vecina de la justicia pero en algún sentido contrapuesta a ella. Se ha dicho siempre que la equidad es la compañera inseparable de la justicia, pero las soluciones equitativas han sido siempre soluciones en las que se realizaba la justicia del caso concreto y no una justicia abstracta e igualitaria. Compañera de la justicia, sí, pero también factor de corrección de la justicia estricta, factor de benignidad, de un derecho menos severo. No es difícil comprender el escaso talante científico de una concepción como esa. Para Castro hay un engarce claro entre equidad y principios generales del Derecho (p. 426). La equidad no es más que una manifestación del mecanismo general de los principios generales de justicia para decidir un caso en el que resulta inadecuada, según el principio general correspondiente, la regla legal. Dicho más breve y escuetamente: no es otra cosa que el resultado de una relación principal. Y lo mismo se puede decir respecto de la analogía. La doctrina no ha sabido nunca explicar con exactitud en virtud de qué extraño mecanismo la consecuencia jurídica establecida en la regla de derecho dada para un caso ha de aplicarse en otro caso que no está contemplado ni comprendido por ninguna regla jurídica, por más que se pueda dar la similitud entre los casos. Este último punto es complicado. ¿Cuándo hay y cuando no hay verdadera similitud? Más difícil de resolver es el problema central: ¿Por qué de la similitud de los casos deriva la aplicación a uno de las reglas del otro? En el pensamiento de Castro el problema se resuelve por vía principal. No es que se aplique al caso similar la regla de su homólogo. Es que se puede descubrir un principio que actuará a través de una regla estatuida y de otra que no lo está o que lo está insuficientemente. En definitiva, la analogía es una vía a modo de actuar de los principios generales del derecho.

A este modo de concebir el Derecho y de realizarlo, que se mueve a través de los principios, creo que se le puede llamar como justicia una concepción principalista del Derecho. En la concepción y en el modo de operar principalista, el jurista trata ante todo de descubrir los principios generales actuantes en las normas y en las instituciones. Puede llevar a cabo algunas operaciones lógico-deductivas sobre tales principios y debe resolver su caso de modo que quede conciliado con los principios o, si otra cosa viene impuesta por la ley, del modo que menos se separe de ellos. Lo que he llamado una concepción principalista de la actividad jurídica y del Derecho, que yo creo que se expresa nítidamente en el pensamiento de Castro, se extiende luego un poco por doquier. Es recibida y a su vez potenciada en el Derecho público

y en especial en el Derecho Administrativo acaso más que en el Derecho privado porque en este último el sistema de la codificación lo permite menos. No es casual, me parece, el parentesco ideológico entre F. De Castro y E. García de Enterría que fue en algún tiempo ayudante suyo y no es casual que por obra de E. García de Enterría se haya abierto en nuestro Derecho público una concepción ordinamental del Derecho —la traducción del ordenamiento jurídico de Santi Romano se debe a L. Martín Retortillo y la generalización y casi la trivialización de la idea de los principios generales del Derecho.

La segunda línea a través de la cual se produce una potenciación del juego de los principios generales es la abertura en abanico de las diferentes clases de principios. Aunque sea a costa de una evidente simplificación, no es aventurado decir que en la doctrina se producían en torno al concepto de principios o de principios generales del Derecho dos corrientes que pueden ser llamadas *ius-naturalista* una y *ius positivista* otra. Para la manera de pensar *ius-naturalista*, los «principios generales del Derecho» son la vía de penetración del Derecho natural. Son normas que no han encontrado formalización ni sanción estatal, pero que poseen innegable vigencia, validez y obligatoriedad, por formar parte de un sistema superior que se encuentra inserto en la naturaleza humana y que quedó grabado en el corazón de todos los hombres, según una clásica expresión paulina. Para la dirección *ius positivista*, los principios generales del Derecho son principios de un determinado Derecho positivo y pueden concebirse en un doble sentido de ida y vuelta. Por una parte, son las ideas que han servido de criterios de inspiración a las leyes o normas concretas de ese Derecho positivo. Por otra parte son las normas que se obtienen mediante un proceso de generalización y decantación de esas leyes. Demófilo De Buen, a quien ya antes me he referido, en su Introducción en el Estudio de Derecho Civil, Madrid, 1932, había intentado una ampliación. Dice De Buen que los principios generales del Derecho no pueden hacerse valer como algo absoluto e invariable, pero que es igualmente errónea la circunscripción de los principios a un Derecho nacional. Por eso, De Buen admite tres tipos de principios generales del Derecho: a) los inspiradores de nuestro Derecho positivo; b) los elaborados o acogidos por la ciencia del Derecho; c) los que resulten de los imperativos de la conciencia social. La tripartición experimenta un singular cambio de colorido en la forma de entender el tema por Castro. Castro dice que aunque la concepción de los principios es muy difícil, lo que hace tinguir tres tipos de principios: los de Derecho natural, los tradicionales y los políticos (op. cit., p. 421).

a) *Los principios de Derecho natural.*—El Derecho natural es la base del Derecho positivo y ha de informar todo el ordenamiento jurídico del Estado por ser el reflejo de la ley eterna y por corresponder a la verdadera naturaleza del hombre.

b) *Los principios tradicionales.*—Las naciones, dice Castro, crean valores característicos que generan la impronta y constituyen el sello de su personalidad a través de su largo vivir: usos, costumbres, estilos, convicciones, aspiraciones, que manifiestan su especial idea de la vida. Depurados por el tiempo, constituyen la tradición, que, en la esfera jurídica se exterioriza en unos principios que por ello pueden llamarse tradicionales.

c) *Los principios políticos.*—Son expresión de la voluntad rectora del Estado. Se les puede llamar también «principios constituyentes», en la medida en que encarna en ellos la «constitución política real». Son principios organizadores y eficaces y no meros programas que constituyen letra muerta. Impulsan toda la maquinaria del Estado e impulsan una fuerza renovadora en la vida social. Hacen que las leyes, aunque no alteren sus textos, tengan un nuevo carácter y sentido. Castro decía que estos principios son los más enérgicos, aunque tengan que quedar subordinados por fuerza a los del Derecho natural y no hayan de contrariar los principios nacionales.

Los principios jurídicos no deben confundirse con las directrices políticas de los grupos. Existe un acto «transformador» en virtud del cual la directriz política se convierte en principio político-general: cuando de programa de partido pasa a ser fuerza predominante en el Estado.

En toda la exposición que hemos hecho hasta aquí, subsiste un problema central: qué son los principios. Para entender esta cuestión puede acudir a una nota crítica, que Castro redactó para dar noticia del libro de Esser titulado «Principio y norma en la elaboración judicial del Derecho». Esta nota se encuentra recogida con el título «Fuentes de Derecho e interpretación jurídica —observaciones alrededor de un libro» en A. D. C. 1958, 1.º, p. 235. Esser, que pertenecía al mismo grupo intelectual en que se movió Viehweg tenía un sentido de los principios al mismo tiempo relativista y funcional. Se puede hablar de una concepción tópica de los principios que no ha dejado de influir en algunos de nuestros contemporáneos: *regulae iuris*, brocardos, máximas, dicta jurisprudenciales, aseveraciones de valor pedagógico, todo ello puede ser englobado bajo el concepto de principios. Para Castro (op. cit., p. 259) una concepción semejante es un neopositivismo frente al que hay que reaccionar devolviendo a los principios su valor de vía de un Derecho de carácter extrapositivo.

Critica Castro a Esser el concepto de principio que utiliza, del que dice que es tan amplio que resulta prácticamente inútil. Por lo pronto hay una cosa clara: la calificación de principios, no conviene a lo que es pura y simple «ratio iuris», razón de ser, finalidad o función de una o de varias reglas de derecho, un conjunto de ellas o de una institución. Las máximas o las «regulae» no son principios.

¿Cómo se puede terciar en este polémico? Pienso que la idea de principios procede seguramente de lenguaje de la geometría donde

designa las verdades primeras. Precisamente por eso son «principios»: porque están al principio; porque son las premisas de todo un sistema que se desenvuelve *more geométrico*. Así considerados, los principios señalan verdades: verdades objetivas, derivadas de la ley divina y de la ley natural. Sin embargo, lo cierto es que los principios no siempre son verdades en cuanto aseveraciones pertenecientes al mundo del ser. Son normas jurídicas y por consiguiente expresan formulaciones pertenecientes al mundo del deber ser. En el pensamiento de Castro, los principios son verdaderas normas jurídicas pues sólo siéndolo pueden determinar una fuente del Derecho. Sin embargo, en algunos lugares, los principios son definidos como criterios de valoración no formulados a los que se reconocen fuerza de evidencia jurídica (p. 415), y al aludir principios de carácter general, se les llama juicios de valor que expresan la convicción de un pueblo y que se impone a sus miembros.

No es fácil extraer una conclusión clara de este esbozo, que no ha tenido otra pretensión que la de constituir un recordatorio de la figura eximia del maestro. Mas si tuviera que llevar a cabo alguna propuesta, haré la de reclamar un análisis exigente, que llevara a cabo, dentro del conglomerado de lo que hoy denominamos principios algunas distinciones y subdistinciones. Creo que merecerían ser hechas por lo menos los siguientes:

a) *Los valores*.—Son juicios de valor sobre los cuales se fundamenta el ordenamiento, partes de él, grupos de normas o de instituciones. La Constitución ha llamado a algunos de ellos «valores supremos del ordenamiento jurídico». No hay inconveniente en admitir que, al lado de los que revisten tan extraordinario rango, aparecen también otros. Por ejemplo: cuando decimos interés del tráfico, seguridad jurídica, etc., estamos indudablemente anunciando valores.

b) *Las normas principales*.—Se las puede llamar también normas fundamentales. Son normas jurídicas y por consiguiente formulaciones de deber ser jurídico. Su característica es que enuncian una consecuencia de deber ser sin ligarla específicamente a un supuesto de hecho o ligándola a un supuesto de hecho general o indeterminado. Por ejemplo, cuando hablamos del deber de comportarse de buena fe en la vida jurídica.

c) *Las máximas jurídicas*.—Podemos llamar así a todas las aseveraciones con valor pedagógico nemotécnico o didáctico que son producto de la enseñanza y del aprendizaje del derecho o las que tienen valor paramiológico y son, como los refranes, condensaciones de experiencias antiguas y de origen difícilmente descubrible.

El tema es inagotable y queda abierto a ulteriores profundizaciones. El legado que el maestro nos dejó, es, para ello, cantera fecunda.

El patrimonio como instrumento técnico jurídico

Por J. A. DORAL GARCIA

SUMARIO: 1. *Aspecto subjetivo: el patrimonio personal*: a) La función de servicio a la persona. b) Ambito personal. c) La libertad patrimonial. d) Relación con otros tipos de patrimonio. e) Acomodación a las circunstancias de la vida. f) Responsabilidad patrimonial. g) Núcleos de interés.—2. *Aspecto objetivo: Los bienes*: a) Individualización: unidad jurídica. b) La unidad patrimonial. c) El patrimonio como objeto de derechos.—3. *Actos patrimoniales*: a) Gestión patrimonial: actos de administración. b) Actos de conservación. c) Circunstancias de hecho.—4. *Normas y principios patrimoniales*: a) Carácter de las normas. b) Principios patrimoniales. c) Los principios patrimoniales en la Jurisprudencia.—5. *Lugar del patrimonio en la sistemática del Código civil*: a) Unidad del patrimonio y variabilidad. b) Manifestaciones de la unidad patrimonial. c) Medidas de control. d) La renuncia. e) Relación con otras nociones conexas.—6. *Recapitulaciones y Conclusiones*: el artículo 1.911 del Código civil.

PRESENTACION

Por tres razones parece oportuno volver sobre la genérica concepción de patrimonio elaborada por la técnica jurídica. La primera, por la trascendencia del orden público económico, a cuyo estudio dedicó el Prof. De Castro las últimas páginas de su obra maestra (1).

La segunda, por la extensión de los principios patrimoniales en áreas distintas al Derecho civil, donde se ubica el Derecho común relativo al patrimonio, al que se remiten todavía las leyes especiales, lo que da origen a una apertura interdisciplinar.

La tercera, porque al variar las circunstancias que lo inspiraron es diverso el modelo que sirvió a la doctrina y a la jurisprudencia, que se circunscribe al «propietario del patrimonio».

(1) F. DE CASTRO, *Notas sobre limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, en esta Revista, t. XXIV, fase IV, pp. 1014 ss.

PLANTEAMIENTO

El concepto técnico jurídico más generalizado de patrimonio comporta la diferencia entre la vertiente subjetiva, en que sobresale la posición o condición de la persona en cuanto que titular, y objetiva, que destaca el sesgo que imprimen los bienes o masas que lo componen al régimen jurídico.

Por ser aspectos de una misma realidad, indica De Castro, «la condición de la persona influye sobre la condición de patrimonio y viceversa» El patrimonio, en esta concepción realista apuntada por el Prof. De Castro, aparece como una «masa de bienes de valor económico (haber y debe), afectada y caracterizada por su atribución y el modo de atribuirse a quien sea su titular. Masa de bienes, añade, a la que las normas jurídicas atribuyen caracteres y funciones especiales; que serán, en fin de cuentas, las que vienen a determinar la definición de patrimonio» (2).

En rigor, el análisis del patrimonio agrupa diversas cuestiones relativas a la *persona* que sea titular suyo, a los *bienes* o masa de bienes, a los *actos* del titular en orden a estos bienes y a las *normas*, los principios patrimoniales; en último término, son los confines del derecho positivo los que definen el campo del patrimonio.

1. ASPECTO SUBJETIVO: EL PATRIMONIO PERSONAL

La influencia más inmediata de la condición de la persona sobre la de patrimonio se advierte en el llamado *patrimonio personal*, en cuanto que:

a) Las funciones de ese patrimonio tienden al logro de una finalidad primaria, la intangibilidad del derecho a la vida: lo «indispensable» para vivir, artículo 142, no es «renunciable ni transmisible», artículos 151 y 634; la distinción entre «lo necesario», artículo 1.386; «lo útil», lo «indispensable»..., destacan la protección de intereses personales o familiares, que amplían o restringen el ámbito de gestión del patrimonio, propio o ajeno.

b) Por eminencia se cumplen estas funciones en el patrimonio personal, que asegura al titular un ámbito de libertad y responsabilidad.

c) Precisamente por encarnar el principio básico de libertad patrimonial, del que deriva la fuerza unificadora, el patrimonio personal es la regla, los demás patrimonios revisten carácter especial o excepcional (3).

(2) F. DE CASTRO, *El patrimonio*, en *Temas de Derecho Civil*, Madrid 1972, p. 38.

(3) El patrimonio personal, dice DE CASTRO, es «la forma regular del patrimonio; a la que por ello, se refieren las disposiciones normales de las leyes», cfr. *El patrimonio*, op. cit., p. 54... Respecto del patrimonio personal, añade, los demás tipos de patrimonio aparecen como excepcionales, son creación especial de la ley, y sus titulares, para serlo, han de reunir determinados requisitos.

d) Por esa razón atrayente los patrimonios «desgajados» de aquél revierten a su origen al cubrir su cometido especial. En ellos el tiempo, temporalidad, provisionalidad, interinidad, marca su constitutivo propio.

Esa suerte de «elasticidad» del patrimonio personal viene a ser el clamor de su fuerza unificadora.

e) Por esa incidencia la vida de la persona es la medida del patrimonio, que encuentra allí su límite temporal, el espacio entre el patrimonio del *nasciturus* al patrimonio del causante. El patrimonio personal sirve de este modo a las necesidades de la vida «según las circunstancias» (4).

f) El régimen jurídico del patrimonio personal se delimita según el doble marco de la esfera personal: ámbito de poder o libertad (autonomía privada) y ámbito de responsabilidad, garantía de los acreedores, responsabilidad patrimonial, artículo 1.911. La responsabilidad objetiva sólo se sigue como criterio cuando «expresamente es declarada en la ley», S. 21 enero 1983, R. 392.

g) Esa función de servicio es más acuciante en la gestión del patrimonio «ajeno», según las circunstancias personales, grado de incapacidad, etc., en los siguientes núcleos de interés, que son fuente de conductas exigibles:

- *Fructificar*, resultado normal de un deber de diligencia en el cuidado de las cosas.
- *Defender*, interposición de acciones, recuperatorias, de restitución.
- *Conservar*, principio de conservación del patrimonio.

Por sinonimia, en la persona jurídica tipo sociedad el patrimonio social asiste también a los momentos inicial y final de su vida jurídica, la condición del vivir civil; las sociedades sin personalidad, sociedad irregular, se rige por las normas establecidas para la comunidad de bienes (patrimonio colectivo) o personal, si queda uno sólo como titular, S. de 24 de enero de 1964, R. 353 (5).

(4) Con relación a los derechos de que puede ser titular el «nasciturus», Vid. Res. de 27 de diciembre de 1982, SS. de 25 abril 1963, 3 abril 1965, respecto a la validez de legados en favor de personas aun no nacidas. Sobre las exigencias de tutela y asistencia del *nasciturus* (con relación al matrimonio del menor), vid. la sentencia (apelación) Roma, 25 de enero 1982, en *Giurisprudenza italiana*, enero 1983, I, 2,14. Asimismo, el «principio de omnicompresividad» de la retribución a la madre, que comprende el normal desarrollo de la personalidad infantil, en vía primaria (antes del nacimiento) la asistencia sucesiva al parto y el contenido y extensión en la vida autónoma de madre e hijo.

(5) La atención prestada por la legislación, jurisprudencia y doctrina más recientes enlaza con el carácter unitario del patrimonio y la posibilidad de «crear, en expresión de De Castro, patrimonios independizados del personal». La responsabilidad ilimitada, art. 1.911, se verifica no sólo en la hipótesis de concentración de las acciones en manos de un socio individual sino también cuando tal concentración se realiza en una única persona jurídica. Este criterio ha sido mantenido recientemente en Italia, Cass. 9 de diciembre 1982, n. 6712, vid. *Giurisprudenza italiana*, febrero 1983, I, 1,201.

2. BIENES

a) Individualización: unidad jurídica

Los bienes componen el elemento material del patrimonio. La unidad formal, «*formar parte de un patrimonio*», depende de la *pertenencia* a un titular, de que es accesorio el servicio a la persona: «la acepción genérica de la palabra bienes comprende todas las cosas de que los hombres se sirven o se ayudan: muebles y raíces, corporales o incorporeales, fungibles o no fungibles» (6).

La atribución de los bienes al titular del patrimonio confiere a éstos su valor jurídico como objeto de poderes y facultades. Esa adscripción influye en su calificación jurídica, no sólo la naturaleza peculiar. Y así cosas que aisladamente son muebles *de por sí*, desde el momento en que de manera fija se inmovilizan por unión o agregación a un inmueble, pierden su naturaleza peculiar y adquieren la consideración jurídica de bienes inmuebles por incorporación al quedar unidos a él de manera duradera y precisa.

El patrimonio puede integrarse de cosas, actuales o futuras, individualizadas o en conjunto, cuya unidad como objeto de derecho está también *fuera* de las cosas mismas; en ese sentido, la unidad viene del «trato» que reciben: se funda en una «razón formal» (8).

(6) S. de 4 de diciembre de 1890, C. J. T. 68, núm. 170.

(7) S. de 18 de marzo de 1961, R. 960.

(8) La relación entre *todo* y *parte* tiene múltiples aplicaciones en la doctrina del patrimonio en sí y de las cosas que lo componen. Esa distinción aparece en Windscheid al tratar de explicar la «corporeidad» de las cosas y las universalidades de cosas como objeto de derechos; la equiparación de la universalidad de cosa a la cosa corporal; las partes constitutivas del todo. Y así, por razón de la unidad jurídica, no pierden su existencia como cosas individuales, que pueden ser objeto de un derecho diverso.

El término *parte* aplicado a cosa admite significados diversos:

- Referida al pasado, permite diferenciar el *fundus* de la *pars fundi*, lo que tiene aplicación actual a la modificación de finca registral. Cfr. mi trabajo *Principios registrales*, Granada, 1982.
- El concepto jurídico de divisibilidad, la posibilidad del desmembramiento real de la cosa sin ofender su sustancia: que mediante la división no venga esencialmente perjudicado el valor conjunto de la cosa.
- La diferencia entre parte constitutiva y pertinencia (*Zubehörungen, Pertinenzen*).
- La parte como porción o cuota (*antheil*), parte aritmética.
- Las producciones o productos: antes de la separación no hay propiedad.

Vid., sobre la cuestión, WINDSCHEID, *Diritto della Pandette*, t. 1., Torino, 1925 pp. 487 ss. Para este autor, puente tendido entre el Derecho romano y el Derecho moderno, la propiedad abraza la cosa en la *totalidad* de sus relaciones; si fuera en una sola, derecho sobre cosa ajena.

La filosofía individualista cambió el término totalidad por absolutividad, que introduce un sentido más que lógico dialéctico.

b) *Unidad patrimonial*

Como «patrimonio unitario» o «unidad patrimonial» se considera la herencia, tipo de *universum jus*, recibido como tal por la jurisprudencia, S.S. 2 de mayo 1964, R. 64; 6 de mayo 1958, R. 1719.

Esa unidad no se desintegra por la sola dispersión de las cosas sino por un *acto jurídico*, por la partición, S.S. 29 de abril de 1955, R. 1459; 13 de diciembre y 27 de junio de 1949, R. 1471, 1052.

La unidad formal tiene relevancia jurídica, en consecuencia, a diversos efectos (9):

a) Legitimación: cualquiera de los herederos puede gestionar el patrimonio; actos de gestión, que son inseparables de la explotación.

b) Interponer acciones en beneficio de la masa, S. de 3 de abril 1962, R. 1847.

c) Reivindicar, S. de 11 de abril 1953, R. 1262.

En definitiva, se agrupan las finalidades justificadoras de ese trato unitario: «fructificar», «conservar», «defender».

La unidad formal del conjunto deriva también del destino económico, lo que es propio de la *universitas facti*. Así los árboles adheridos a una explotación agrícola, S.S. 20 de octubre de 1958, R. 3779 (10).

c) *El patrimonio como objeto de derechos*

El patrimonio mismo puede ser soporte de derechos; supuesto típico en el C. c. es el usufructo sobre la «totalidad» del patrimonio, artículo 506.

(9) Antes de la aceptación por los herederos la figura del patrimonio encaja en la de patrimonio con titular interino, en que el tiempo, el carácter temporal es su constitutivo propio.

Una vez aceptada la herencia, hasta que se realiza la partición, la comunidad hereditaria se encuadra en el tipo «patrimonio colectivo», S. de 21 de mayo de 1968, para limitar al heredero al disfrute sólo de una parte ideal de todos los bienes de la herencia. Pero no se agota en el disfrute el contenido patrimonial del título de heredero. Cfr. mi trabajo sobre *titularidad y patrimonio hereditario*, en esta Revista.

(10) El concepto genérico «plantación» incluye los diversos aprovechamientos de que ésta es susceptible:

— *Aprovechamiento energético*: lo no maderable por tamaño o calidad, la extracción por «limpia del monte».

— La *entresaca* al llegar la plantación a su crecimiento óptimo para sus diferentes aprovechamientos, aclareo o tala «ordinaria».

— El corte o tala a *matarrosa*, cuando la especie es única, de crecimiento uniforme, plantadas en la misma época.

— Los *aceites esenciales*, aplicaciones industriales de la planta en fármacos o cosméticos, hojas, romero, tomillo, pino.

De tal suerte que el término plantación equivale a «establecimiento», en relación a la «empresa forestal». El Código civil no contiene esa extensión por los antecedentes históricos que aproximan la plantación a la idea de «propiedad», art. 359 o de «fruto», art. 485. Sobre el concepto de explotación forestal, S. de 31 enero 1982, R. 489. Sobre la explotación agrícola desde la perspectiva registral, art. 44, 2.º y 3.º, del Reglamento Hipotecario.

En la regulación del C. c., el usufructo de la *totalidad* del patrimonio recibe trato distinto según sean los bienes de que se compone: cosas consumibles, artículo 482; cosas deteriorables, artículo 481; acciones, artículo 41 L.S.A.

Pero siempre en relación con el «propietario del patrimonio»: el nudo propietario.

De ahí que el artículo 506 del C. c. prevea las relaciones en el plano personal y real de ambos titulares, de la nuda propiedad y del usufructo:

1.º Si hay deudas al constituirse o se contrajeron después: principio de responsabilidad.

2.º La subsistencia: principio de conservación, acomodado al *salva rerum sustancia*.

El usufructuario del patrimonio ha de realizar los actos de gestión, conservación, administración, disposición, conforme al título constitutivo, artículo 670 y sólo con carácter subsidiario a las reglas del C. c.

Se advierte de lo expuesto cómo la orientación objetiva es inseparable de la subjetiva: quién sea el titular, qué bienes componen el patrimonio, guarda relación con el alcance de los poderes y responsabilidad, con los límites de los actos y ejercicio de los derechos (11).

3. ACTOS PATRIMONIALES

a) *Gestión patrimonial: actos de administración*

El acto de administración asegura al propietario, al capaz y al incapaz, la gestión. De aquí el enlace con su primordial función de servicio.

El administrador de un «patrimonio ajeno» ha de atender el interés de las partes en presencia: el propietario del patrimonio administrado y los terceros (12).

De eso depende:

a) La explotación de un patrimonio.

b) La protección, control: autorización, consentimiento, aprobación judicial.

El acto de administración, *acto jurídico*, es noción multiforme que admite un sentido amplio de gestión, y otro, más restricto,

(11) J. M. SUÁREZ SÁNCHEZ VENTURA y F. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Los actos de disposición de menores sometidos a la patria potestad en el Código civil* (Comentario a una reforma), en R. D. P., 1981, pp. 851 ss.

(12) La incapacidad, dice De Castro, por regla general, hace que el patrimonio personal del incapacitado queda bajo la "titularidad de administración" del tutor. Patrimonio que se comprende entre los "patrimonios separados" al permitir las disposiciones legales la separación en dos masas patrimoniales: "una tendría como titular al tutor y la otra la conservaría como titular el incapacitado"..., op. cit., p. 58. Recientemente F. DE A. SANCHO REBULLIDA, *La tutela e instituciones afines*. Conforme a la Ley 24 de octubre 1983. Barcelona, 1983, pág. 47.

de simple administración, ceñido a los actos necesario o útiles de la gestión.

La reiterada alusión del Código civil y de la jurisprudencia a la administración permite contrastar los actos de administración con los de disposición, sin que resulten claras las fronteras entre unos y otros (13).

La administración guarda relación con circunstancias muy variadas de personas, lugar y tiempo.

En Derecho de familia, artículos 1.386, 1.389, 1.390, parece adoptar el criterio estricto de lo útil o necesario en la gestión.

En relación con la ausencia, se detallan los supuestos de administradores de bienes con poder especial o sin poder especial, artículos 181, 182.

En filiación, administración del patrimonio de los hijos, artículo 167; adopción, art. 177 *in fine* (14).

De modo particular en los derechos reales, artículo 398 (administración de la cosa).

Por razón del tiempo, la administración oscila entre la «normalidad» y la «urgencia», artículo 1.694 (15).

b) Actos de conservación

Distinta de la administración —que cubre la *fructificación*— es la conservación: medidas conservatorias, que en el C. c. están dispersas; medidas conservatorias del patrimonio del ausente, artículo 181: conservación del patrimonio caso de peligro, S. de 25 de marzo 1942, R. 333.

En general, las medidas de «reintegrar» al perjudicado, total reintegro, artículo 1.101: Derecho general, y artículo 1.896, derecho especial.

Las medidas de conservación se sitúan entre las fronteras de la *subrogación*, artículos 1.897, 1.898, 433, 434, 451, 457, y del *enriquecimiento sin causa*.

c) Circunstancias de hecho

En definitiva, los actos patrimoniales siguen siempre un principio director, acomodándose a unas circunstancias de hecho (16).

(13) Cfr. H. SOLUS, *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, París 1963, pp. 233 ss.

(14) Precepto dirigido a evitar el conflicto de intereses, a la búsqueda de garantías a fin de evitar los resultados perjudiciales al adoptado.

(15) Sobre la incidencia de la «urgencia» y la distinción respecto de otras nociones vecinas («oportunidad, utilidad»), vid. PH. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du Droit Civil*, París 1968.

(16) Con relación a los «actos de disposición» indica Messineo que la identificación de la hipótesis normativa se hace sobre criterios económicos no jurídicos, porque son, dice, *normas materiales* que someten a su disciplina un resultado económico. Cfr. F. MESSINEO, *Derecho Civil y Comercial*, I, trad. Sentis Melendo, Argentina 1954, p. 50.

- La normalidad: rendimientos normales, artículo 184.
- La urgencia: gastos urgentes de carácter necesario, artículo 1.386.
- El peligro, artículo 181.
- El riesgo: riesgo de insolvencia; equilibrio de ventajas y riesgos, S. de 23 enero 1947, R. 47 (17).
- El perjuicio...: restaurar el desequilibrio patrimonial.

4. NORMAS Y PRINCIPIOS PATRIMONIALES

En último término, indica De Castro, «son los confines del derecho positivo los que definen el patrimonio» (18).

En efecto, las normas regulan el modo de atribución al titular de la vertiente activa (poder, ámbito de libertad) y pasiva (garantía de los acreedores) del patrimonio.

a) *Carácter de las normas*

La clasificación de los *tipos* de patrimonio coinciden con la clasificación del derecho: derecho *general* (patrimonio personal o patrimonio general); derecho *especial* (patrimonio de afección, patrimonio mercantil de la empresa...); derecho *excepcional* (fundación, suscripción). Asimismo los tipos de patrimonio tienen conexión con los tipos de normas a que las «masas de bienes» se sujetan: derecho *dispositivo*; derecho *imperativo*. Y así suele afirmarse que:

- Los patrimonios separados son *númerus clausus* porque la ley no favorece la dispersión, S. de 16 de mayo de 1959, con relación a un patrimonio «separado» del propio ganancial.

La autonomía privada no es suficiente, tiene allí su límite el arbitrio: no puede ser arbitraria la creación de tipos de patrimonio separado.

(17) La solvencia como "estado del patrimonio", concepto distinto al de liquidez, término con significado económico más que jurídico, se relaciona con la idea de totalidad, que abarca deudas y bienes, y la idea de equilibrio; por eso la liberación de una deuda enriquece el patrimonio. En eso se basa, a mi juicio, que el pago no se reduzca a un *hecho* ni a un *acto*, puesto que es, sobre todo, cauce jurídico para ejercitar el derecho del deudor a liberarse.

En la solvencia del patrimonio encuentran también explicación las facultades especiales a los acreedores, para intervenir (ingerencias en un patrimonio ajeno), art. 1.120, 1.º, 1.467, 403, 708, 1.082, 1.083, expresión concreta de un principio general *neminem laedere*, recogido como tal por la jurisprudencia, S. de 15 de junio de 1981, R. 2524 (con motivo de la accesión invertida) y de la regla "nemo debet lucrari ex alieno damnum", recibido también como principio por la jurisprudencia, SS. 21 de octubre de 1977, R. 3904; 25 de octubre 1973, R. 3891. La solvencia, expresión de la garantía patrimonial, tiene en el C. c. múltiples aplicaciones, no sólo en la vertiente económica sino también jurídica, arts. 181, 1.111, 1.129, 1.139, 1.529 1.467, 1.731 1.732, 1.206...

- (18) Ob. loc. cit., p. 38.

— Tampoco la razón formal que interrelaciona lo que es independiente. Así se distingue la *Universitas iuris* de la *universitas facti* según que sea la ley o la voluntad la que fija la colocación del titular respecto del patrimonio, Res. 30 de junio 1956, R. 2582.

b) *Principios patrimoniales*

Cabe distinguir dos tipos de principios patrimoniales; principios y reglas de valor constitucional y principios legislativos:

a) Los que tienen valor constitucional, como el orden público económico, principios constitucionales relativos a la expropiación, son principios de rango superior a los que inspiran la competencia del legislador ordinario, como el principio de propiedad privada, de libre iniciativa recogidos en los textos constitucionales (1.º), que marcan los confines de la definición constitucional de la propiedad, artículo 33, 1, 2. Son principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios a nuestro tiempo (2.º).

b) Los principios legislativos; principios generales del derecho aplicados al patrimonio.

El derecho general o, si se quiere, derecho común del patrimonio enlaza con unos principios informadores.

El profesor Cossío puso de relieve la interconexión de los principios generales; de modo especial el enriquecimiento sin causa con otros subalternos o complementarios, como el de subrogación real (21).

El juego de esos principios explica los resortes y controles que amparan la unidad del patrimonio, tales como las acciones de reintegro, las medidas conservatorias del patrimonio.

La jurisprudencia se hace eco de esa idea en repetidas sentencias. Así, en S. de 29 de noviembre de 1962, R. 4.749, con relación al principio de responsabilidad patrimonial señala que «el patrimonio del deudor constituye la «garantía genérica» del derecho de crédito, que exige la incorporación de bienes que salieron sin causa justificada (embargo).

Un estudio sistemático de la jurisprudencia confirma los núcleos de interés polarizados en torno a los principios patrimoniales, principios generales extrapositivos unos y otros de origen positivo.

c) *Los principios patrimoniales en la jurisprudencia*

La jurisprudencia más reciente incorpora el trabajo entre los aspectos personales del patrimonio:

a) «El trabajo es un bien mayor que los restantes», S. de 7 de octubre 1965, R. 4.363.

(19) Cfr. F. LUCHAIRE, *Les fondements constitutionnels du droit civil*, en Rev. trim. droit civil, núm. 2, abril-junio 1982, p. 267.

(20) Cfr. Las decisiones del «Conseil Constitutionnel», de 27 de noviembre de 1959 y 28 de noviembre de 1973.

(21) A. COSSÍO Y CORRAL, *La teoría del patrimonio*, Estudios en honor de Serrano y Serrano, p. 135.

b') A la «subrogación real», indemnización sustituuva del salario (fondo nacional de garantía) aluden sucesivas sentencias del más alto tribunal, S. de 16 de febrero 1982, R. 508.

c') El trabajo en el grupo doméstico, la capacidad de trabajo personal en la constitución del patrimonio familiar como contribución al régimen patrimonial de la familia, «potencialidad económica» de la familia, tiene relevancia a efectos de la subrogación real, entrada y salida de bienes en la comunidad (22). A la subrogación real y el patrimonio ganancial se refieren, entre otras, las Resoluciones de 8 de febrero de 1977, 26 de febrero de 1977, 11 de febrero de 1977.

Los núcleos alrededor de los que contraen los principios patrimoniales recogidos por la jurisprudencia están en relación con los sectores que marcan las diversas perspectivas del patrimonio: su fuerza unificadora, la defensa y conservación y la posición del titular ante los terceros:

a') Con relación a la fuerza unificadora, el patrimonio presenta una unidad adscrita a la función de servicio en que se funda el equilibrio *normal* de los elementos, ante la entrada y salida de bienes.

Esa fuerza unificadora permite al patrimonio ser un centro de referencia que sitúa la libertad individual y social del titular en un marco de valor y tiempo. La «capacidad económica» en ese sentido se extiende a la empresa, distinta pero conexas al ámbito de poder y responsabilidad del empresario, S. de 7 de diciembre 1981, R. 5.370. Por esa fuerza unificadora, el patrimonio como unidad, comprende expectativas, S. de 22 de diciembre 1946, R. 1.166.

b') En relación a la conservación y defensa del patrimonio, Ss. 31 de mayo 1959, R. 1.527; 26 junio 1946, R. 840, se encuentran los resortes frente a la energía disolvente, que tiene tres vertientes:

- *Subrogación real* (23).
- *Ius superveniens*, derecho de reversión.
- *Restauración*, derecho a recuperar el patrimonio.

La defensa de los bienes como «obligación» se extiende a la Administración, S. de 13 de abril de 1981, Sala 4.ª, R. 1.838.

(22) Vid. MARESCA, *Aspetti laburistici del nuovo diritto di famiglia*, en Foro. it., 1976, v. 158 y las Sentencias Cass. 6 de febrero de 1982. Giurisprudenza italiana, febrero 1983, parte I, sec. 10... Entre nosotros, MARÍA LUISA MARÍN, *Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de familia*, en R. C. D. I. (1978), 717. Sobre la compensación económica del «trabajo para la casa», art. 1.438 del C. c.; al «ejercicio de la profesión, art. 1.382; con relación a la actividad mercantil sin oposición expresa del otro cónyuge. Res. 28 de marzo de 1983...

(23) L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, 1.ª ed., 1976, p. 454. Se produce la subrogación real respecto del patrimonio general, donde actúa siempre la misma lógica institucional del supuesto y respecto de los patrimonios especiales en los que cabe afirmar también la generalidad del fenómeno.

d') Al carácter restrictivo de las normas que limitan el libre ejercicio de la actividad profesional alude la S. de 14 diciembre 1979.

e') El ejercicio abusivo de una profesión ha dado lugar a abundante jurisprudencia, tanto en orden al enriquecimiento sin causa (24) como a la concurrencia desleal o al parasitismo industrial, la «concurrencia parasitaria».

f') Con relación a terceros —relaciones entre patrimonios— la idea de *perjuicio*, con estas connotaciones:

- Enriquecimiento sin causa, reembolso a «título indebido», S. de 31 enero 1980.
- daño, a la «totalidad» del patrimonio, no sólo a los elementos aisladamente considerados.
- Responsabilidad: no es admisible el perjuicio a otro sin alguna razón justificante.

Por esa mayor sensibilidad de la mentalidad moderna hacia la libertad social las funciones de defensa y la reacción frente al perjuicio parecen absorber el centro de referencia.

5. LUGAR DEL PATRIMONIO EN LA SISTEMÁTICA DEL DERECHO CIVIL

a) *Unidad del patrimonio y variabilidad*

El intervencionismo administrativo varía profundamente ese entorno al asignar funciones sociales que limitan el ámbito de ejercicio, la profusión de normas de Derecho público, el orden público económico, que, como concepto indeterminado, añade la nota de variabilidad, menos propicia a la fijación dogmática de las categorías clásicas.

De otra parte la inserción de la idea de empresa en el recinto del Código civil permite dudar de la consistencia actual de la noción de patrimonio como expresión de una técnica jurídica inspirada en una manera de ver la propiedad individual. En el «Código de los bienes» se introduce el «Código de la empresa» y, simultáneamente, la difusión y fijación de derechos «extrapatrimoniales»: arts. 166, 323, 324, 1.360, 1.362, 1.389, 1.442...

b) *Manifestaciones de la unidad patrimonial*

Pero el patrimonio como lugar común o centro de referencia aparece matizado con régimen específico y apelativo propio en numerosas instituciones.

Esa unidad se funda en la identidad de la persona que siempre es la misma aunque no siempre sea lo mismo. La permanencia en el *ser* permite la variabilidad del *tener*, lo permanente (personalidad) está también en el cambio (capacidad de obrar).

(24) Cass. 22 de junio 1982, n. 3794.

Las manifestaciones de esa unidad se muestran:

- La vida de la persona aúna el patrimonio en torno a las vicisitudes.
- Las condiciones de la persona influyen en el patrimonio.
- El tiempo mide los cambios accidentales de la vida personal y fija el alcance del valor de los bienes: la urgencia influye en la extensión y administración del patrimonio; los derechos se transmiten a su tiempo no a destiempo (prescripción, caducidad).
- El trabajo, esfuerzo, condiciones personales tienen relevancia patrimonial, S. de 7 octubre 1965, R. 4.363. Sobre el concepto de empresario y el acercamiento entre empresa y sociedad por razón del servicio, S. 16 octubre 1980, Sala 6.ª, R. de 1980, 4.010.

c) *Medidas de control*

Se concentran en torno al patrimonio mismo —medidas recuperatorias— y al de los terceros. El riesgo personal —insolvencia del deudor— o real, incide de modo sistemático en la configuración actual del patrimonio. La conducta normal o anormal, reparaciones, mejoras conforme a las características de los bienes.

La vida comercial es menos formalista y de ritmo más rápido que la vida civil. El riesgo al patrimonio —reducir el riesgo al mínimo— es inherente a la función de explotación y la concreción de límites al acto de gestión.

d) *La renuncia*

Es otro núcleo de interés relacionado tanto con la libre iniciativa como con exigencias ínsitas en el patrimonio: cuidar, conservar, defender, por lo que requiere unas condiciones y un fundamento.

En la renuncia figuran las perspectivas anteriormente señaladas:

- Frenar la energía disolvente del patrimonio, por lo que la extintiva ha de ser clara, explícita, terminante, porque su carácter es excepcional.
- Salvar el perjuicio, por lo que puede renunciarse a *favor* de otro, pero no en *perjuicio*, S.S. 3 de noviembre 1982, R. 6.523, Res. 16 junio 1979.

La renuncia abdicativa se dirige a «separar» del patrimonio un derecho ya adquirido.

Sobre la renuncia a una herencia y el «derecho a defender el patrimonio», S. de 26 junio 1946, R. 840.

e) *Relación con nociones conexas*

Con la noción de patrimonio guardan relación:

- 1.º La clasificación de derechos: personales, patrimoniales, derechos personales de contenido patrimonial (25).
- 2.º La capacidad patrimonial o aptitud del sujeto.
- 3.º Los bienes, según el modo de *ser* (susceptibles de formar parte de un patrimonio) y de *estar*, dentro o fuera del patrimonio.

El auge y tipificación de nuevos derechos de la personalidad y la adscripción de los bienes a un cometido social influye, por tanto, en la noción de patrimonio, lo que requiere un análisis de contraste entre la formación del concepto y la adaptación a las nuevas exigencias.

6. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES: EL ART. 1.911 DEL C. C.

Sin incurrir en las exageraciones formalistas de la doctrina clásica sobre el patrimonio, ha de afirmarse que fuera de la persona no encuentra explicación suficiente la unidad patrimonial. Ciertamente que no es el patrimonio una «emanación de la personalidad» y que «personificar» el patrimonio responde más a su imagen que a la realidad. Cabe decir, en tal sentido, que los «modernos dictados de la metodología» son «menos propicios a perspectivas dogmáticas» (expresión tomada de uno de los argumentos «obiter dicta» de la S. de 15 de junio de 1981, Sala 4.ª).

Pero es también cierto que la unidad patrimonial cobra todo su significado jurídico en la responsabilidad. El principio de responsabilidad patrimonial inspira el artículo 1.911 y así lo reconoce la jurisprudencia, S. de 29 de noviembre de 1962.

El referido precepto, art. 1.911, contiene *in nuce*, las notas atribuidas al patrimonio personal:

- Su carácter general, patrimonio independiente, que constituye la regla aplicable a cualquier título en cuya virtud alguien se obligue. El término «deudor» sin apelativos, deudor «a secas», abarca las circunstancias no especialmente previstas por otra norma especial o excepcional.
- Su extensión total, con *todos* sus bienes (esfera patrimonial) incluye la identidad del patrimonio y excluye la disminución arbitraria. Se enuncia a su vez una regla: responde con *todos*, de que se sustrae —con justificación suficiente— la responsabilidad de *solo* unos bienes; el patrimonio separado —la «parte»—, se inserta, desde el punto de vista de los principios informadores, en el «todo», lo que conlleva consecuencias prácticas. El patrimonio separado forma parte del patrimonio personal (pertenencia a un mismo titular) y admite analogía, con el correlato de que no queda al arbitrio del titular la dispersión de los elementos (*numerus clausus*).

(25) F. HAGE-CHAHINE, *Essai d'une nouvelle classification des droits privés*, en *Revue trim. de droit civil*, núm. 4, 1982, 707 ss.

- Presentes y futuros. En la fuerza unificadora del patrimonio personal se funda la subrogación real, que recibe como principio general la jurisprudencia, Ss. 25 de abril de 1981, R. 2.166, 28 de mayo de 1981, R. 2.178; así como el principio general de resarcimiento que basa la responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal del servicio público, Ss. 4 de octubre 1978, 4 de mayo 1981, 5 de junio 1981, R. 2550, y ampara al administrado ante el enriquecimiento indebido de la Administración, S. 8 de junio 1981, R. 2553.
- Su carácter unitario, que atrae la virtualidad económica de la cualidad de la persona: honor profesional, derecho al crédito, solvencia, profesión habitual. Ese carácter unitario, aderezado al carácter personal, ejerce en nuestros días una concreta *vis atractiva* del patrimonio hacia el Derecho común en la profesión liberal: esa parte, se ha dicho, del derecho económico que «no es comercial».
- Su carácter personal, «sus bienes», que la Jurisprudencia concreta, en el embargo de bienes del deudor, a los que éste «realmente posea y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento». Ss. 29 de noviembre 1962, R. 4749, 14 diciembre 1968, R.5859, 13 diciembre 1982, R. 7476. De este modo, el tiempo, dimensión de la persona, se proyecta también en su patrimonio. El término *sus*, adjetivo con significación posesiva, indica, finalmente, la relación entre patrimonios o masas patrimoniales. Y así, por tener el socio de una entidad de capitales y la sociedad misma personalidad jurídica y patrimonios distintos y autónomos, puede configurarse el enriquecimiento de la sociedad en perjuicio del socio. Lo contrario ocurre si con abuso de la personalidad jurídica se pretende evadir el principio de responsabilidad ilimitada con el recurso al principio de autonomía de los patrimonios referibles a distintos sujetos, a través de la concentración de las acciones en manos de un socio individual.

Forma extranjera y Derecho foral

Por PEDRO DE ELIZALDE Y DE AYMERICH

Abogado del Estado

SUMARIO: Introducción.—I. Antecedentes.—II Ley aplicable a la forma de los negocios jurídicos.—III. La vigencia de las normas de Derecho foral.— Conclusión.

INTRODUCCION

El presente trabajo constituye un mero comentario de la sentencia dictada por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en 4 de octubre de 1982, la cual, desgraciadamente, no destaca por lo avanzado de su doctrina, sino por la utilización de argumentaciones manidas, que dan lugar, en este caso, a soluciones aparentemente erróneas.

La aportación de este comentario al homenaje que dispensa el ANUARIO a don Federico de Castro no deja de ser una osadía, pero puede justificarse en que se tratan dos materias, como el Derecho internacional privado y los Derechos forales, sobre las que él desarrolló su magisterio, y porque se ha pretendido hacer un estudio de la sentencia acorde con sus enseñanzas, es decir, en íntima relación con los hechos enjuiciados.

Las dos cuestiones fundamentales a que se refiere la sentencia son: La forma requerida a los negocios jurídicos celebrados en el extranjero y la vigencia de las normas consuetudinarias forales, ambas en relación con los contratos sucesorios permitidos por el Derecho mallorquín. El comentario de ambos temas irá precedido de la exposición de los antecedentes fácticos de la sentencia hasta donde resulta de sus distintas partes.

I. ANTECEDENTES

La sentencia cuyo comentario realizamos no contiene una relación clara y sistemática de los antecedentes fácticos del conflicto que resuelve, contra lo que viene siendo práctica reiterada y estimable en otras resoluciones de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, que suelen dedicar a este menester su primer «considerando». Por ello, los datos de hecho interesantes para conocer el caso justiciable, que se exponen a continuación, se han obtenido del examen general de la totalidad de la sentencia.

El litigio tiene como momento originario el fallecimiento de don P. Q. M. el día 7 de abril de 1976 en la ciudad francesa de Niza. El fallecido tenía la nacionalidad española y había nacido en el pueblo de Campanet (Mallorca), de padres asimismo mallorquines.

La madre del fallecido, doña M. M. B., había muerto con anterioridad al citado, en 2 de noviembre de 1947, siendo declarados herederos abintestato sus hijos P, C, y J. Q. M. Anteriormente, en 1935, el día 4 de octubre, don P. Q. M. había otorgado escritura pública en Francia, ante el Notario de «Etaples, Pas de Calais», nombrando única y universal heredera a su esposa. Esta, por su parte, el día 26 de noviembre de 1976, hizo donación, mediante escritura pública, de todos los derechos y acciones que la correspondían en la herencia de su marido don P. Q. M. a la actora.

La demanda inicial del pleito tenía por objeto reclamar de doña C. Q. M. la participación correspondiente al fallecido en una vivienda sita en el pueblo de Campanet y que formaba parte del caudal relicto por su madre doña M. M. B.

La demanda fue desestimada íntegramente, así como la apelación interpuesta, y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley.

En los sucesivos procesos no parece haberse discutido dos cuestiones que podrían tener repercusión en la resolución, como son: La vecindad civil del fallecido y su consiguiente sumisión al Derecho foral mallorquín, que se admite implícitamente, y la validez de la cesión de derechos hereditarios hecha por su esposa. La sentencia del Tribunal Supremo va a referirse solamente al contrato sucesorio otorgado por el fallecido en favor de su esposa, concretamente para examinar su validez, según la ley aplicable a la forma y las normas de Derecho foral, temas que deben abordarse separadamente.

II. LEY APLICABLE A LA FORMA DE LOS HECHOS JURÍDICOS

Como se ha indicado anteriormente, el contrato sucesorio por el que don P. Q. M. designaba heredera universal a su esposa fue otorgado el día 4 de octubre de 1935 ante el Notario de Etaples, Pas de Calais (Francia). Peculiaridad del otorgamiento, sobre la que va a girar el problema de Derecho internacional privado que suscita, es que en la escritura pública formalizada conforme a la legislación francesa se omitió la expresión del año.

El tema se trata en el primer considerando de la sentencia que comentamos en la siguiente forma: «... si es cierto que el indicado número primero del referido artículo 11 del Código civil determina que las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen, tampoco cabe desconocer que el número dos del mismo precepto legal previene que si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos

exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en caso de otorgarse aquéllos en el extranjero, que es precisamente el supuesto contemplado en el juicio de que este recurso dimana, y concretamente en la resolución recurrida, desde el momento que el aspecto de la expresión del año en la escritura pública en cuestión determina una esencial solemnidad requerida en España por la ley, a que alude el artículo 1.216 del Código civil e implícitamente demanda el artículo 1.218 del mismo ordenamiento jurídico, en cuanto que afectando a la posesión y propiedad de bienes inmuebles y singularmente a un vínculo jurídico que produce su donación, se rige por la ley española, al ser el lugar en donde los bienes objeto de controversia se hallan y regirse por la ley nacional del donante, que se manifiesta ser la española, en la escritura correspondiente, conforme a la normativa contenida en los números uno y siete del artículo 10 del Código civil, con lo que la Sala sentenciadora ni ha violado el indicado número primero del artículo 11 del Código civil, sino que lo aplicó con acierto, ni ha efectuado aplicación indebida del número segundo del artículo 156 del Reglamento notarial, que impone la preceptiva y obligada expresión del año del otorgamiento en toda escritura pública para conducir a su eficacia...».

Intentando un distinto enfoque de la cuestión, la parte recurrente aportó elementos acreditativos de la validez de la escritura de donación según el Derecho francés. Así, en los autos constaba una certificación extendida por el Notario francés encargado, al tiempo de su expedición, del protocolo de Etaples, acreditativa de figurar en el correspondiente al año 1935 la escritura de referencia, así como otra certificación, legalizada, como la anterior, suscrita por tres Notarios franceses, asegurando que tal escritura era totalmente válida y eficaz en Francia.

Sin embargo, la alegación de estos documentos, que se hace por la vía del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tampoco prospera, pues el Tribunal Supremo señala: «... ello no quiere decir que en España pueda producir los efectos que se postulan en la súplica del escrito inicial de demanda, desde el momento que las expresadas afirmaciones de validez y eficacia en Francia de la relacionada escritura y su alcance sucesorio en ella son inoperantes en España, desde el momento que, a tenor de lo normado en los números 1 y 8 del artículo 9 del Código civil y número 7 del artículo 10 del mismo cuerpo legal, la ley personal, en este caso la española que la propia demandante recurrente dice que corresponde por su nacionalidad al causante don P. Q. M., es la que rige su sucesión por causa de muerte, cualquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren, al igual que sucede con respecto a las donaciones, que, en todo caso, se regirán por la ley mencionada del donante».

En conclusión, respecto de este primer tema planteado en la sentencia, se declara: «... la escritura pública tan citada, referida en el primero de los considerando de esta resolución, carece de eficacia en España a los fines y efectos pretendidos por la demandante».

Para resolver el problema de Derecho internacional privado que se

plantea, el Tribunal Supremo acude sucesivamente a dos grupos normativos claramente diferenciados en el Código civil, teniendo en cuenta como principales elementos calificadores a los distintos elementos del negocio jurídico cuya validez se cuestiona. El litigio surge en torno a un contrato sucesorio otorgado por un mallorquín en Francia, especialmente en cuanto afectaba a derechos del causante sobre un bien inmueble situado en Mallorca y el Alto Tribunal va a dar relevancia al lugar de situación del inmueble, a la ley personal del otorgante o a la ley reguladora del contrato, para asegurar la sujeción del negocio a la legislación española. La utilización de estos puntos de conexión no puede considerarse, sin embargo, afortunada.

El artículo 10, apartado 1, del Código civil somete a los bienes inmuebles a la ley del lugar donde se hallen, pero ésta no se extiende a la regulación de todos los medios jurídicos de transmisión de los derechos reales. Hay modos de adquisición territoriales, a los que se aplica la «lex rei sitae», pero también existen otros cuyo punto de conexión es distinto, quedando sometidos a un ordenamiento diferente (1). Precisamente esto es lo que ocurre en Derecho español con las sucesiones, de modo que la transmisión «mortis causa» de bienes inmuebles o de derechos reales sobre los mismos prescinde por completo del punto de conexión consistente en el lugar de situación, ya que se encuadra en el amplio estatuto personal regulado por la ley nacional.

Aún más se evidencia lo inadecuado de la alusión al estatuto real con la referencia de la sentencia a la norma especial sobre las donaciones, que se formula en el artículo 10, apartado 7, del Código. En efecto, la utilización de este punto de conexión es incompatible con la del propio de los inmuebles, que resulta excluida de su aplicación a las donaciones, al gozar éstas de una regla especial en el Derecho internacional privado español. Pero tampoco el precepto últimamente citado del Código civil es de pertinente aplicación en el caso resuelto por la sentencia, dado que si el acto otorgado en 1935 merecía la calificación de donación, se trataba de una donación «mortis causa» que, como institución sucesoria, exige atender a otras reglas de conflicto. Así viene impuesto por el artículo 620 del mismo Código (2), cuya

(1) A. REMIRO BROTONS, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, Madrid, 1978, pág. 212, menciona, entre estos últimos a la ley, el testamento, la donación y el contrato. Como bien señala, en estos supuestos es obligado conciliar o articular la ley que rige el título, que extiende su imperio a todas las cuestiones sustantivas que no conciernan directamente a la suerte del derecho real, con la ley del lugar de situación, rectora de tal derecho, lo que, como puede adivinarse, no siempre resulta una tarea fácil. En particular, añade más adelante el mismo autor, las sucesiones, en lo relativo a inmuebles, han permanecido cerradas a cal y canto a la influencia de la «lex rei sitae».

(2) Según el cual las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad.

Esta asimilación es más explícita todavía en el Derecho mallorquín; véase el artículo 6.º de la vigente Compilación del Derecho civil especial de Baleares de 1961.

El criterio indicado en el texto es el seguido unánimemente por todos los

eficacia se extiende a la determinación de la norma de Derecho internacional privado procedente.

Dejando para su examen posterior los problemas formales, no cabe duda de que las cuestiones sustantivas planteadas en el litigio merecen ser calificadas como sucesorias, debiendo resolverse con la aplicación de la ley nacional del causante y teniendo en cuenta su vecindad civil. El carácter universalista y preponderante de la ley personal viene reflejado en el mismo tenor literal del artículo 9 apartado 8 del Código y no era ajeno al anterior artículo 10 párrafo segundo. Además, la Reforma del Título Preliminar en 1974 introdujo una referencia a la sucesión contractual que despeja toda duda sobre su sumisión a la ley personal (3). De este modo, corresponde a la ley nacional del causante determinar si es válida la designación contractual de heredero y la adquisición por este título de derechos hereditarios. Será frecuente, también, la necesidad de atender a las reglas del Derecho interregional y, por remisión de ellas, a las legislaciones forales que admiten ampliamente esta forma de delación sucesoria.

Tal situación es la presentada ante el Tribunal Supremo en la sentencia que se comenta, ya que, admitida la vecindad mallorquina del causante, otorgante del contrato sucesorio, la validez intrínseca de éste debía determinarse con arreglo al Derecho foral de Mallorca (4). La resolución de este tema se pospone, sin embargo, por el Alto Tribunal, alterando el orden lógico del razonamiento, al estudio de las cuestiones formales, aunque tal proceder carece de relevancias prácticas.

Como ha podido observarse en la exposición de los primeros considerandos de la sentencia, hecha anteriormente, el tema central de los mismos es la validez formal de un negocio jurídico «mortis causa» celebrado en país extranjero. A este respecto, aunque sea inevitable la interrelación entre fondo y forma de los negocios, interesa determinar si, en el caso concreto, existen ciertos medios admitidos como los únicos aptos para declarar la voluntad. Debe establecerse, pues, cuál

autores que se han ocupado del tema, que señalan como ámbito de aplicación del artículo 10, párrafo 7, del Código civil solamente las donaciones «inter vivos». Así, A. MARÍN LÓPEZ, en *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, vol. 1.º, Madrid, 1977, pág. 535.

(3) La concepción unitaria y universalista del fenómeno sucesorio plasmada en los preceptos citados se destaca por M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, en *Comentarios al Código Civil...*, cit., pág. 189. La sucesión contractual era una institución desconocida para el Derecho común español, pero ha recibido acogida en el nuevo texto, cuyo artículo 9, p. 8, extiende su aplicación a este tipo de relación. Dice así: «La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última».

(4) Por ser ésta la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento. Arts. 14, p. 1; 16, p. 1, núm. 1.º, y 9, p. 8 del mismo Código civil, que resuelve el supuesto de Derecho interregional.

es el ordenamiento jurídico que rija este aspecto del negocio y si atribuye a una forma específica valor constitutivo o integrativo del mismo («ad substantiam» o «ad solemnitatem»), de modo que no sea válido si no llena dicha forma (5).

En Derecho internacional privado la independización de la forma ha llegado hasta someter estos aspectos del negocio a una legislación distinta de la que rige el fondo, es decir, a utilizar un punto de conexión diferente, comunmente al lugar de celebración u otorgamiento del acto.

El Derecho español ha sido tradicionalmente un ejemplo del criterio indicado; la regla «locus regit actum» constituye el núcleo del llamado «estatuto formal» y encuentra repetidas formulaciones (6). La reforma en 1974 del sistema de Derecho internacional privado español supuso, sin embargo, un cambio radical en esta materia.

El nuevo artículo 11 del Código civil recibió una redacción un tanto enigmática, pues sus dos primeros apartados parecen contener reglas contrapuestas. El apartado primero realiza una enumeración de leyes aplicables que gozan de igual virtualidad para hacer válida la forma de un acto jurídico; queda en el ámbito de la autonomía de la voluntad la decisión de ajustar la forma del acto a la «lex loci», a la «lex causae», a la «lex patriae» o a la «lex rei sitae» cuando se refiere a bienes inmuebles.

Se consagra así la aplicación del «favor negotii» que inspiró el Convenio de La Haya de 1961 sobre la forma de las disposiciones testamentarias.

Pero, como ha señalado la doctrina, la eficacia del primer apartado se ve gravemente comprometida por obra de lo dispuesto en el apartado segundo, pues en el caso de exigir la ley reguladora del contenido del acto o negocio, «para su validez», una forma determinada, en este supuesto la «lex substantiae», «será siempre aplicada».

El precepto tiene un claro antecedente en el Código civil portugués de 1966, pero no en el Derecho español (7) y la distorsión que

(5) Los términos utilizados para aludir al distinto valor atribuido por el ordenamiento a la forma se emplean en el sentido depurado que señaló F. DE CASTRO en *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pág. 278.

(6) Empezando por el Real Decreto de 17 de octubre de 1815 («son válidos... todos los contratos y demás actos públicos notariales en Francia y cualquier otro país extranjero, siempre que concurren en ellos las circunstancias siguientes... que en el otorgamiento se hayan observado las fórmulas establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos»), el artículo 600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 52 del Código de Comercio, y el 36 del Reglamento Hipotecario.

(7) El artículo 36 del Código civil portugués, de 25 de noviembre de 1966, establece: «1. La forma de la declaración de voluntad se regula por la ley aplicable a la sustancia del negocio, sin embargo, es suficiente la observancia de la ley en vigor en el lugar en que fue hecha la declaración, salvo si la ley reguladora de la sustancia del negocio exige, bajo pena de nulidad o ineficacia, la observancia de determinada forma, aunque el negocio sea celebrado en el extranjero».

J. L. IGLESIAS BUIGUES, en *Le nouveau système de règles de conflit de D. I. Privé espagnol*, Rev. Cr. D. I. P., 1976, pág. 419, señala que el precepto

introduce en nuestro sistema es un nuevo recordatorio del riesgo que entraña la importación de textos normativos extranjeros. Interpretado en sus propios términos conduce a la paradoja de que, lo que se presenta como una excepción, acaba siendo la regla general y la «lex causae» se convierte en la medida de la validez formal del acto, desvirtuándose el sentido del apartado primero del mismo artículo del Código.

Los distintos autores que se han ocupado del tema hacen notables esfuerzos para precisar el ámbito del precepto, interpretando restrictivamente su contenido, pero las soluciones propuestas son de difícil admisión, dada la contundencia del texto legal (8). En definitiva, la doctrina muestra su esperanza de que la jurisprudencia obtenga una interpretación satisfactoria del artículo 11 en su conjunto.

El sentir doctrinal no ha encontrado, sin embargo, respuesta satisfactoria en las contadas sentencias del Tribunal Supremo que, hasta el momento, han aplicado el nuevo artículo 11. En ellas no sólo se hace una interpretación estricta del mismo, sino que, a la forma o solemnidad exigida por la ley reguladora del contenido se le da un significado exageradamente amplio; una muestra de ello se encuentra en la sentencia que comentamos (9).

Debemos recordar otra vez que el problema concreto planteado era la forma requerida para el otorgamiento de un contrato sucesorio, parece que instrumentado en una donación universal «mortis causa», por parte de un mallorquín en Francia el año 1935.

Obviamente la primera cuestión que debió abordarse era de derecho transitorio, pues en el año de referencia se encontraba vigente el artículo 11 del Código civil en su redacción originaria de 1889, que imponía la regla tradicional «locus regit actum» (10). Realmente no parece admisible someter a las normas de Derecho internacional privado a un régimen especial que salve la regla de irretroactividad y las demás de derecho transitorio general del propio Código (11). Criterio semejante sería, además, inadmisibles con mayor razón en casos como el presente, en que la modificación del artículo 11 del Código supone una alteración del punto de conexión determinante del Estatuto formal

del código español es una combinación de los artículos 26 del Código italiano, 12 y 13 del griego, y 36, 1 del portugués.

(8) Son expuestas en *Lecciones de Derecho Civil Internacional Español*, dirigida por M. AGUILAR NAVARRO, Madrid, 1982, pág. 317. Véase sobre todo la elaborada construcción que hacen J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y A. ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, en *Comentarios al Código Civil...*, cit., págs. 417 y sig.

(9) Aparte de la presente, sólo en la sentencia de 23 de junio de 1977 tuvo ocasión el Tribunal Supremo de aplicar, con influjo en la «ratio decidendi», el artículo 11 del nuevo Título Preliminar. Se cuestionó, entonces, la validez de un poder otorgado en Italia mediante escritura pública.

(10) El párrafo primero de dicho artículo 11 decía así: «Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes del país en que se otorguen».

(11) Así lo impone la regla 2.^a de las transitorias del Código civil. Véase su alcance en F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1955, páginas 731 y 739.

y, en definitiva, la sumisión de la cuestión a una legislación distinta. Con ello, actos plenamente válidos al tiempo de su celebración caerían bajo la sanción de un derecho extranjero de aplicación sobrevenida, de modo inconciliable con el principio «tempus regit actum».

A pesar de todo este primer problema no se alude, ni siquiera de pasada, por el Tribunal Supremo, ni resulta de la sentencia que se suscitase en los procesos antecedentes.

Pero, no sólo la aplicación del nuevo artículo 11 en el presente caso resulta improcedente, sino que la interpretación que de él hace la sentencia conduce a consecuencias inadmisibles.

Otorgado el contrato, la donación universal en Francia, la regla «locus», primer criterio de los señalados de modo alternativo por el apartado primero del repetido artículo 11 en su redacción actual, impondría aplicar la legislación de aquel país para regir su forma. Debería atenderse, pues, a lo dispuesto en el «Code» que exige para las donaciones «mortis causa» entre esposos, que es lo que se hizo en el caso examinado, el otorgamiento de documento notarial, del mismo modo que para las donaciones «inter vivos» (arts. 1.093, 931).

No es distinta la exigencia formal de la «lex causae», pues la ley reguladora de la sucesión del donante debía ser la mallorquina, dada su vecindad civil al tiempo del otorgamiento, y conforme a ella los heredamientos debían llenar la forma de escritura pública. La necesidad de ésta era indudable, en el presente caso, por coabundar la disposición bienes inmuebles e imponerle así directamente el artículo 633 del Código civil (12).

Así, pues, tanto la ley del lugar de celebración como la aplicable al contenido, a la sucesión, coincidían en exigir que la donación «mortis causa» revistiese la forma pública notarial. Pero el Tribunal Supremo, en su sentencia, distorsiona la solución del caso, al confundir la forma debida con las formalidades concretas que debe cumplir el funcionario autorizante de aquélla.

La distinción de los dos conceptos mencionados parece fácil de realizar. Una cosa es la forma del acto o contrato, su medio de manifestarse al exterior, a la que nos referimos al hablar de forma escrita, de documento administrativo o de escritura pública. Y otra distinta son los requisitos internos de dicha forma, los datos que deben hacerse constar o la actividad que deben desarrollar los intervinientes, las formalidades.

(12) El artículo 1.093 del Código francés remite a las disposiciones generales sobre donaciones, a través del artículo 1.081, a las donaciones de bienes futuros o de bienes presentes y futuros, hechas entre esposos y, a su vez, el artículo 931 exige que las donaciones sean realizadas ante notario en la forma ordinaria de los contratos. Véase V. L. SIMÓ SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado*, Madrid, 1986, pág. 608.

En Derecho mallorquín se ha venido exigiendo tradicionalmente que los contratos sucesorios, en que consisten las donaciones universales, se otorguen mediante escritura pública, como señala M. MASOT MIQUEL, en *Comentarios al Código Civil...*, cit., tomo XXXI, 1.º, Madrid, 1980, pág. 193.

El mismo Código civil da lugar a defender la distinción apuntada, pues utiliza el término «formalidades» en el sentido indicado (13).

Pues bien, el artículo 11 del Código, al regular las formas o solemnidades de los actos jurídicos, no puede entenderse que comprende las formalidades. En especial, la aplicación de la ley reguladora del contenido a la forma o solemnidad que requiera para la validez del acto, conforme al apartado segundo, no es extensible a las formalidades o requisitos que deba cumplir tal concreta forma. Esta conclusión obedece a la razón elemental de que no es posible imponer la observancia de dichos requisitos a los funcionarios o autoridades extranjeras que intervengan, en su país, en el otorgamiento de los actos.

La solución contraria es la afirmada por la sentencia que comentamos y conduce a un callejón sin salida.

Dejando aparte el tema de la validez del documento notarial otorgado en Francia sin mención del año en que se verificó, con arreglo a la legislación francesa (14), porque la sentencia ni siquiera lo alude, debemos centrarnos en la «ratio decidendi» de la misma. El Tribunal Supremo afirma la ineficacia de la donación porque en el documento notarial se omitió la expresión del año de otorgamiento, requisito exigido por el Reglamento Notarial (15) y que se califica de «esencial solemnidad requerida en España por la ley».

Al respecto debe indicarse: 1.º Que la mención del año no viene impuesta por una norma con el rango formal de ley, sino por el Reglamento Notarial que cita el Alto Tribunal, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 (16) y es, por tanto, de rango inferior. Precisamente el mismo Tribunal Supremo había anteriormente rechazado que el mismo Reglamento pudiese ser incluido en la referencia a «ley reguladora del contenido» (17).

(13) Por ejemplo, en los artículos 9, apartado 5 («Las formalidades del acto —adopción— habrán de atenerse a la ley del lugar en que se constituya la adopción...»), y apartado 6 («Las formalidades de constitución de la tutela...»), así como en el artículo 734 («... se observarán, respectivamente, todas las formalidades establecidas en las secciones quinta y sexta...»).

(14) Evidentemente en ella se establece el deber de hacer constar el año de otorgamiento en los documentos notariales, pero la omisión del dato no parece sancionable con la nulidad absoluta. Véanse los artículos 6 y 7 del Decreto núm. 71-941 de 26 de noviembre de 1971, que modificaron la ley de 25 de ventoso del año XI.

(15) Según el artículo 156: «La comparecencia de toda escritura indicará: ... 2.º El día, mes y año, siendo facultativo agregar otros datos cronológicos; además de la hora, en los casos en que por disposición legal deba consignarse».

(16) Incidentalmente debería plantearse aquí una nueva cuestión de Derecho transitorio, pues en el tiempo de otorgamiento de la donación se encontraba vigente el anterior Reglamento Notarial de 8 de agosto de 1935. No obstante el régimen que establecía no variaba, en cuanto aquí interesa, del actual, pues su artículo 156, núm. 2, era idéntico al transcrito en la nota anterior.

(17) La sentencia de 23 de junio de 1977 se refiere a los requisitos establecidos en los artículos 161, 164, p. 1.º, 165 y 166 del Reglamento y señala: «si bien han de ser escrupulosamente cumplidos en territorio español, para el reconocimiento de su validez y eficacia, no son exigibles respecto a los

2.º) Que el cumplimiento de Reglamento Notarial debe ser exigido a los fedatarios públicos españoles, incluso a los que actúan en el extranjero, pero no a los fedatarios extranjeros, que no están sujetos a la soberanía del Estado español y deben cumplir su propia normativa. El criterio plasmado en la sentencia conduce no sólo a imponer rígidamente el respeto a la «lex causae» en cuanto a la forma, sino también a vedar el otorgamiento de actos en territorio distinto al sometido a dicha ley (salvo que intervengan sus autoridades en el extranjero).

Este planteamiento olvida la vigencia tradicional de la regla «auctor regit actum», plasmada, además, en varios preceptos del Código civil, aunque desde el punto de vista de la legislación española (arts. 11, p. 3, 9, 5 y 6; 734). Según ella, la autoridad pública que interviene en la formalización de los actos jurídicos debe actuar según su estatuto profesional, es decir, conforme a la ley del Estado que les otorgó su poder, de modo que las formalidades de su actuación vienen determinadas por el ordenamiento jurídico a que esté vinculado (18).

Ante esta situación, la imputación, contenida en la sentencia, de que el Notario ante quien se formalizó la donación incumplió las precripciones del Reglamento Notarial español, carece totalmente de sentido, ya que, como correspondía por su nacionalidad, tal Notario debió desconocer el Derecho español y aplicar el francés propio.

La consecuencia de las variadas reglas que han venido exponiéndose plantea la interrogante de determinar cómo se puede cumplir en el extranjero la forma requerida por la legislación aplicable al contenido de los actos. En este punto no cabe otra solución que el llamado «principio de equivalencia de autoridades», según el cual la forma necesaria debe entenderse cumplida cuando en su realización haya intervenido una autoridad (funcionario, fedatario, etc.) funcionalmente equivalente a la ordenada por la legislación aplicable (19). La aplicación de este principio requiere, obviamente, una labor de comparación que será tanto más sencilla cuanto más próximos sean los ordenamientos en presencia (20).

Precisamente en el caso resuelto por la sentencia que comentamos la aplicación del principio carecía de dificultades dadas las relaciones de los ordenamientos civiles francés y español y de sus sistemas no-

poderes otorgados en el extranjero, por tratarse de preceptos de rango inferior al que se menciona en el número 2 del expresado artículo 11».

(18) Véanse: *Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, dirigida por M. AGUILAR NAVARRO, Madrid, 1973, págs. 253 y 272; *Lecciones de Derecho...*, cit., pág. 319.

(19) En apoyo de este principio suelen citarse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 junio 1958, 5 y 29 octubre 1960 y 18 enero 1964, dictadas en materia de adopción. Véanse *Lecciones...*, cit., pág. 320, y E. PÉREZ VERA, en *Comentarios a las reformas...*, cit., pág. 580.

(20) Sólo se exceptúan de este principio los casos en que la intervención del agente diplomático o funcionario consular venga exigida por la ley española bajo sanción de nulidad del acto, como son los contemplados en los artículos 578 del Código de Comercio y 17 de la Ley de Hipoteca Naval. Véanse J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y A. ORTIZ ARCE, cit., pág. 425.

tariales. Es de lamentar la rigidez con que ha procedido aquí el Tribunal Supremo, desaprovechando la ocasión de aclarar el significado del conflictivo artículo 11, p. 2 del Código civil y de lograr, en este punto, una armonía internacional de soluciones.

III. LA VIGENCIA DE LAS NORMAS DE DERECHO FORAL

De la exposición anterior se desprende que la sentencia plantea también cuestiones relativas al Derecho foral de Mallorca, concretamente si éste admite la validez de los contratos sucesorios y cuáles son los requisitos a cumplir para la aplicación de sus normas.

Sobre estos temas el Tribunal Supremo señala lo siguiente: «... aun en el supuesto de entender acreditado el nacimiento de don P. Q. M. en Campanet (Mallorca), la circunstancia de alegar por la recurrente, como fundamento de sus pretensiones, derechos provinientes de un heredamiento universal, configurado mediante donación, que se alega producido el 4 de octubre de 1935, o sea, con antelación a su reconocimiento en la vigente Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares, aprobada por Ley de 19 de abril de 1961, en todo caso se habría precisado que la mencionada recurrente hubiese acreditado, cual no ha efectuado, que la práctica de tal institución sucesoria existiese en la referida época que se aduce como de otorgamiento de la tan aludida escritura de donación...».

El mismo enfoque se repite más adelante al declarar: «... en el supuesto ahora contemplado se habría precisado que la tan aludida demandante recurrente hubiese alegado y probado, cual no consta haya efectuado, que en el 4 de octubre de 1935, en que alega haberse producido, a medio de donación, heredamiento universal por don P. Q. M. en favor de su esposa doña, de quien la demandante recurrente, doña M. P. M., pretende derivar el derecho que reclama a medio de lo instado en la súplica del escrito inicial de demanda, existía en Campanet (Mallorca) la costumbre de vigencia consuetudinaria (sic), esto es, la existencia de situaciones fácticas constantes dimanantes de actos uniformes a través de un período de tiempo suficiente para calificar su permanencia, con convicción de que la observancia reiterada de una determinada norma en esos actos obedece a una razón de Derecho («opinio iuris»), o sea, con alcance de racionalidad jurídica, y no que pudiera provenir de meros usos...».

Punto de partida de la argumentación expuesta es la concepción de los Derechos forales y del Derecho mallorquín en particular como conjunto de normas excepcionales y privilegiadas, no aplicables de oficio y renunciables por los aforados. Criterios semejantes no parecen defendibles en la actualidad, mucho menos si se tiene en cuenta las directrices constitucionales sobre la materia (21). Como señaló hace

(21) La coexistencia de una pluralidad de regímenes jurídico-civiles en España se reconoce por la Constitución y, en el sistema que regula, se configura como un valor a conservar. Véase mi trabajo *El Derecho Civil en los*

tiempo la doctrina, los Derechos forales son sistemas de principios y reglas que rigen la vida de los naturales de cada región en todos los aspectos a que son aplicables, que los tribunales tienen obligación de conocer y los ciudadanos deber de respetar, y cuyas normas ocupan en la jerarquía de las fuentes del respectivo territorio igual lugar que las del Código civil en los de Derecho común (22).

Es conveniente, sin embargo, referirnos, con mayor concreción, al Derecho mallorquín y a sus fuentes de conocimiento, por adolecer de ciertas peculiaridades. Debe reconocerse que las normas particulares de Mallorca eran, al tiempo de publicarse el Código civil, difíciles de descubrir, lo cual dio lugar a que el Tribunal Supremo elaborase una jurisprudencia desafortunada sobre su aplicación (23). Y la situación era igualmente insatisfactoria si del Derecho escrito se pasaba a las instituciones consuetudinarias de la región, entre las que se incluían las donaciones universales, como forma de sucesión contractual, cuya vigencia salvó expresamente el artículo 13 del Código (en su redacción originaria).

En tal estado de cosas la corriente jurisprudencial, que venía exigiendo para la aplicación de las costumbres forales su alegación y la prueba de su vigencia, era fácilmente justificable; pero los argumentos que entonces serían admisibles carecen ahora de fundamento y su utilización mecánica en sentencias como la que comentamos debe reudiarse.

La aplicación del Derecho foral consuetudinario debe tener alguna especialidad frente a la costumbre mera fuente supletoria, no en balde se ha ocupado expresamente el Código civil de afirmar su vigencia, incluso con preferencia a sus propias disposiciones. Principalmente la alegación y prueba de la costumbre resultan moduladas si se refieren a normas forales.

Respecto al primer requisito ha de recordarse que la sujeción al Derecho foral correspondiente no es optativa, sino que viene determinada por la vecindad civil y por el conjunto del llamado derecho interregional, sin que sea posible a los sujetos acogerse o no, en cada acto que realicen y a su arbitrio, a las normas forales.

En cuanto a la prueba, sin que sea posible dudar de su conveniencia, no cabe exigirla como condición inexcusable para aplicar una costumbre foral que, en muchos casos será notoria; a ello coadyuva la amplitud del territorio en que rige.

La sentencia que comentamos, sin embargo, se aferra estrechamente a la naturaleza consuetudinaria de las normas forales aplicables

Estatutos de Autonomía, de próxima publicación, con amplias referencias bibliográficas sobre la materia.

(22) Son palabras de J. L. LACRUZ en *Los Derechos Forales*, recogido en «Estudios de Derecho Civil», Barcelona, 1958, pág. 21.

(23) Véanse por todos F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, cit., pág. 290, y F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1981, págs. 222 y 281. La crítica al Tribunal Supremo se refiere a su arbitraria doctrina considerando aplicable como derecho supletorio, en Mallorca, al Derecho romano.

al caso, incurriendo, además, en otras incorrecciones, como son requerir que la prueba de la vigencia se refiera al pueblo donde nació el causante (olvidando que no se trata de la «costumbre de lugar», del antiguo artículo 4 del Código) o volver al antiguo requisito de la «opinio iuris».

Pero la inadmisión de una costumbre foral por falta de prueba resulta todavía más condenable si, como ocurre en este caso, la institución correspondiente fue recogida en la Compilación de Derecho foral del Territorio.

Conviene recordar, en este punto, cuál es el significado de las Compilaciones forales actualmente vigentes.

Como es sabido, el proceso de elaboración de las Compilaciones tiene sus orígenes en el Congreso Nacional de Derecho civil, reunido en Zaragoza en 1946, y supone una transformación del sistema de Apéndices forales previsto en la Ley de Bases de 1888. Las Compilaciones se proyectan como una etapa en el camino para llegar a un Código general de Derecho civil español que, por cierto, parece ya de imposible realización (24).

En la conclusión primera del citado Congreso se perfilaron los criterios de elaboración de las Compilaciones, que deberían hacerse «de las instituciones forales o territoriales, teniendo en cuenta, no sólo su actual vigencia, sino el restablecimiento de las no decaídas por el desuso y las necesidades del momento presente» (25). Las mismas ideas reciben rango normativo en el Decreto de 23 de mayo de 1947 que señala como finalidad de los anteproyectos de compilaciones, «llegar a una sistematización adecuada de las instituciones históricas, teniendo en cuenta su vigencia y aplicabilidad en relación con las necesidades y exigencias del momento presente (art. 3.º). Es decir, que las Compilaciones pudieron actualizar las instituciones forales, pero no foralizar instituciones extrañas, de modo que debe entenderse que las instituciones compiladas ya existían en el Derecho foral, escrito o consuetudinario, que el Código civil declaró vigente.

Esta postura puede defenderse especialmente respecto al contenido de la Compilación balear de 1961, la cual, como las demás de la primera etapa de elaboración de las mismas, se ajustó estrictamente a las directrices antes expuestas. Así, pues, las compilaciones no alteran el ámbito institucional de los Derechos forales, de forma que si recogen una institución es porque estaba vigente en el territorio aforado (26).

(24) Puede entenderse que la Constitución garantiza la conservación de los Derechos forales (art. 149, p. 1, núm. 8) con su caracterización actual de Derechos particulares. Como se concluyó en el Congreso sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución, Zaragoza, 1981, «La Constitución de 1978, a diferencia de otras anteriores, no establece como un *desideratum* la unificación del Derecho civil» (conclusión 5.º).

(25) Véanse J. L. LACRUZ, *El Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946*, incluido en sus «Estudios», cit., pág. 11.

(26) La agrupación de las Compilaciones forales según su época de promulgación, correlativa a la amplitud de su contenido, es utilizada frecuentemente, por ejemplo, por L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, en *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 1976, pág. 90.

La conclusión de este razonamiento es clara: No es procedente exigir el requisito de la prueba para la aplicación de costumbres forales que han sido incorporadas al texto de la Compilación sucesoria (27).

Es superfluo recordar que el Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, desconoce la argumentación aquí realizada y la vigencia en Mallorca de los contratos sucesorios antes de la Compilación de 1961. Y las razones en que fundamenta la resolución no pueden ser más endeables, dado que la posible aplicación o, más bien, influencia en el caso de las normas compiladas no supone una eficacia retroactiva de las mismas, sino un reconocimiento de su condición de recopilación de instituciones consuetudinarias, que tiene reflejo en el levantamiento del requisito de probar su vigencia anterior.

La rigidez mostrada por el Alto Tribunal en esta sentencia incide sobre una institución típicamente mallorquina como es la sucesión contractual, que, además, parece ser un resto del derecho indígena anterior a la romanización (28). Respecto a tal institución, el supuesto de hecho de la sentencia suscita una nueva cuestión. Tal es la forma exigida al contrato sucesorio por la vigente Compilación y por la tradición mallorquina.

En efecto, el litigio versa sobre un contrato sucesorio otorgado en Francia del cual no se desprende que responda estrictamente a la configuración de las donaciones universales de todos los bienes presente y futuros, que hace el Derecho de Mallorca. No obstante, parece posible superar los términos literales del artículo 6.º de la Compilación y admitir, en casos excepcionales, sobre todo para los otorgamientos en el extranjero, la validez del contrato no ajustado a la forma típica. Como ha señalado la doctrina, los principios de conservación del negocio jurídico y respeto de la soberana voluntad del causante, imponen esta solución (29).

Paradójicamente la Compilación que proclama la idea expuesta es la de Navarra (Ley 1: «Esta compilación... recoge el vigente Derecho civil del antiguo reino...»), a pesar de que su contenido desborda ampliamente los límites tradicionales del Derecho particular de Navarra.

(27) Sobre este tema continúa siendo esclarecedor el trabajo de N. ALCALÁ-ZAMORA *La prueba del Derecho consuetudinario*, Rev. Dcho. Privado, 1934, págs. 145 y sig. Por desgracia, sus lúcidas indicaciones no han encontrado acogida en la jurisprudencia, como evidencia la sentencia que comentamos.

(28) Así lo señala L. PASCUAL Y GONZÁLEZ, en *Derecho Civil de Mallorca*, Mallorca, 1951, pág. 138.

(29) El tema se plantea por M. MASOT, cit., pág. 168, que se refiere expresamente a la frecuencia de los casos protagonizados por mallorquines emigrados a países cuya legislación admite el contrato sucesorio, como Francia. El mismo añade, como colofón de su razonamiento: «Sería, en efecto, muy de lamentar que, por ejemplo, la viuda de un mallorquín y heredera del mismo en virtud de contrato sucesorio otorgado en un país extranjero —y, sin el aspecto formal, por tanto, de la donación universal— pudiera ver destruido, por esta sola circunstancia, su derecho a la herencia, con la consiguiente apertura de la sucesión intestada, en la que ocuparía un lugar ulterior al de los hermanos y sobrinos del cónyuge premuerto» (antes de la reforma del Código civil de 13 mayo 1981).

CONCLUSION

La exposición ha permitido, al hilo de la sentencia comentada, abordar dos temas de no frecuente planteamiento ante el Tribunal Supremo. Tal vez este hecho pueda dulcificar la crítica que merece su doctrina, pero es preocupante advertir que respecto de ambos temas los criterios utilizados por el Alto Tribunal deban entenderse inadecuados.

Una circunstancia común sirve para relacionar la solución dada a las dos cuestiones básicas planteadas, la aplicación en último término de la legislación común española. Frente a la ley extranjera, la española resulta potenciada por una rígida interpretación del artículo 11, p. 2 del Código civil y, por su parte, las normas forales quedan devaluadas a la condición de derecho no aplicable ni investigable de oficio por el juez. La inercia causada por la constante aplicación del Derecho común parece dar lugar a una diferencia cualitativa de éste frente a otros ordenamientos, cuya aplicabilidad resulta cuestionada. La situación actual del Derecho español, que ha pasado a estructurarse en una pluralidad de ordenamientos internos (los de las Comunidades Autónomas), es propicia para una revisión de antiguos criterios, como los plasmados en la sentencia comentada. Esperemos que este deseo se cumpla, por el bien de todos y el progreso del Derecho.

Anotaciones a la Instrucción de 16 de mayo de 1983, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre nacionalidad española

Por JOSE CARLOS FERNANDEZ ROZAS

Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo

SUMARIO.—§ 1. Introducción. § 2. La nacionalidad, derecho fundamental de la persona. § 3. Cuestiones de Derecho intertemporal. § 4. Soluciones materiales frente a conflictuales. § 5. Restricciones en orden a la concesión de la nacionalidad española por residencia. § 6. Pérdida de la nacionalidad española por adquisición de otra nacionalidad. § 7. Conservación de la nacionalidad frente a doble nacionalidad automática. § 8. Doble nacionalidad convencional. § 9. Consideraciones finales.

§ 1. INTRODUCCION

1. Entre las diversas reformas que ha experimentado el Derecho español de la nacionalidad desde la primera redacción del Código civil, la realizada entre los años 1978 a 1983 presenta ciertos aspectos originales, pese a mantener una evidente nota continuista. Dichos aspectos tienen su origen en el hecho de que, frente a las modificaciones del Código civil operadas en 1954 y 1975 y frente al sistema establecido en la Constitución de 1931 —que no llegó a desarrollarse—, las vigentes disposiciones no se han gestado en un solo acto del legislador, sino que son fruto de tres fases distintas que, curiosamente, corresponden a las tres primeras etapas del reciente proceso de reforma política en España: Cortes constituyentes, primera legislatura con mayoría parlamentaria centrista y segunda legislatura con mayoría socialista. Este es el contexto en que deben situarse, de un lado, los artículos 11, 12, 14, 32 y 42 de la Constitución de 1978 (1), que

(1) Acerca de la incidencia de la Constitución de 1978 sobre el régimen de la nacionalidad española *Vid.* P. ABARCA JUNCO, «Nacionalidad y extranjería en la nueva Constitución», *Lecturas sobre la Constitución española*, vol. II, Madrid, U. N. E. D., 1978, pp. 439-490; P. A. FERRER SANCHÍS, «Algunas cuestiones internacionales en la Constitución de 1978, con especial referencia al Derecho internacional privado», *Estudios de Derecho internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 1073 y ss.,

fijan las directrices del nuevo sistema de la nacionalidad española, de otro, la Ley 51/1982 de reforma de los artículos 17 al 26 del Código civil (2), que adapta este cuerpo legal a las directrices constitucionales y, por último, la *Instrucción D. G. R. N. de 16 de mayo de 1983* (en adelante la *Instrucción*), que interpreta estos últimos preceptos (3).

La originalidad de la reforma termina, sin embargo, ahí. El legislador, resistiéndose a emplear en la línea del Derecho comparado, el marco de una Ley especial, ha persistido en la utilización del cauce de la reforma parcial del Código civil y ello ha traído consigo un deficiente e incompleto desarrollo de la Constitución en materia de nacionalidad que no tiene justificación; ni siquiera como solución a un período transitorio de vacío legal. En efecto, el contenido de diez artículos del Código civil no es suficiente para regular una materia que, aparte de su real autonomía, reúne una notable variedad de aspectos tanto de carácter sustantivo como procesal y de competencia de autoridades. Y, al lado de esto, lo limitado de la reforma ha motivado de nuevo la necesidad de acudir a la interpretación de un órgano de la Administración en una materia que con frecuencia afecta a un derecho fundamental de la persona humana; esta circunstancia, con independencia de la por encima de toda duda acreditada reputación y reconocido prestigio de la D. G. R. N., es una puerta abierta a la modificación de una serie de preceptos elaborados por las Cortes Generales sobre la base de una situación coyuntural paralela a la política de extranjería. Al margen de la mayor o menor bondad de las soluciones adoptadas, la *Instrucción* de 1983 se ha caracterizado a este respecto por ir mucho más lejos no sólo que el Decreto de 2 de abril de 1955, sino, incluso, que la *Circular D. G. R. N. de 22 de mayo de 1975*. Es más,

esp. pp. 1075-1077; *id.*, «Aspectos de Derecho internacional privado en la Constitución española». *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Valencia, Secret. Publ. Universidad, 1980, pp. 203 y ss., esp. pp. 207-210; J. M. Serrano Alberca, en la obra dirigida por F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 145-155; E. PÉREZ VERA, «La Constitución de 1978 y el Derecho internacional privado español: normas en materia de nacionalidad y extranjería», *Revista de Derecho Público*, núm. 86, 1982, pp. 5 y ss., esp. pp. 7-16; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Nacionalidad, vecindad civil y vecindad administrativa: consideraciones sobre el desarrollo constitucional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXIII, 1981, pp. 141-159; *id.*, «Derecho de la nacionalidad», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y R. RECONDO PORRUA, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. I, Oviedo, Ojanguren, 1984, pp. 3-158; Ch. VALLEE, «Notes sur les dispositions relatives au droit international dans quelques Constitutions récents», *Annuaire Français de Droit International*, 1979, pp. 275 y ss.

(2) Sobre la Ley 51/1982 *Vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Derecho de la nacionalidad», *loc. cit.* en la n. anterior; P. ABARCA JUNCO y E. PÉREZ VERA, *Derecho internacional privado* (Addenda al tema XXV), Madrid, U.N.E.D., 1983; A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho internacional privado español. Parte especial*, vol. I, addenda a la 2.ª ed., Granada, 1983; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «La reforma del Derecho español de la nacionalidad», *Cursos de verano de Derecho internacional en Vitoria-Gasteiz*, 1983. *Vid.* asimismo las noticias de J. F. ANGULO PIÑA, «La nacionalidad española de origen», *La Ley*, núm. 773, 1983, pp. 1-4 y de P. DE ELIZALDE AYMERICH en este *Anuario*, t. XXXV, 1982, pp. 1172-1174.

(3) *B. O. E.*, 20-V-83.

puede afirmarse que ha alterado sustancialmente, a través de una determinada línea de interpretación tanto el contenido de los artículos 17 al 26 del Código civil —singularmente el 17, 22 y 23—, como el alcance del propio artículo 11 de la Constitución. El estudio de las alteraciones más sustanciales constituye el objetivo central de la presente nota, que no abordará, en función de su propia especificidad, los aspectos puramente registrales.

§ 2. LA NACIONALIDAD, DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PERSONA

2. Con el objeto de reforzar la argumentación de la solución al problema transitorio de la Ley 51/1982 —al que nos referiremos en el párrafo siguiente—, la *Instrucción* afirma que «... la nacionalidad, más que un derecho es un estado civil y, como tal, un complejo de derechos y deberes». Tal razonamiento es deliberadamente ambiguo: nadie duda que la nacionalidad es un estado civil, es más, constituye un estado civil básico (4), pues atribuye una plenitud de derechos civiles a quien la ostenta y, por consiguiente, determina los demás estados de la persona en el Ordenamiento español; pero, junto a esto, tampoco puede ponerse en duda que la nacionalidad se configura en nuestro texto constitucional como un derecho fundamental de la persona humana. Este extremo viene avalado por una serie de índices que se desprenden fundamentalmente de una lectura sistemática de la Constitución. En efecto, la nacionalidad está incluida dentro del marco del Título I de la Constitución que lleva por rúbrica «De los derechos y deberes fundamentales», inclusión que debe relacionarse, en primer lugar, con el hecho de que nuestro país sea parte del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, en cuyo artículo 24, 3.º se dispone que «Todo niño tiene *derecho* a adquirir una nacionalidad»; este precepto, debe insistirse, forma parte de nuestro Derecho interno de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución y el artículo 1, 5.º del Código civil (5). En segundo lugar, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 10, 2.º del texto constitucional, por cuanto, según su tenor, las normas relativas a los derechos fundamentales y, en concreto, el artículo 11 «se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y tratados y acuerdos internacionales» sobre esta materia de los que sea parte

(4) Como pusiera de relieve F. De Castro y Bravo, junto al aspecto público de la nacionalidad existe otro que interesa al Derecho de la persona y que no es otro que «el estado civil de miembro de la comunidad nacional» (Cf. *Derecho civil de España*, t. II, Madrid, I.E.P., 1952, pp. 395-396). En la misma dirección Vid. M. PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, «De los españoles y de los extranjeros», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, Jaén, Edersa, 1978, p. 548.

(5) Vid. las consideraciones en torno a la normativa internacional en materia de extranjería en M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXIV, 1982, p. 163.

España; y, en esta dirección, no puede olvidarse ni lo dispuesto en el artículo 15 de la Declaración Universal en el sentido de que «Toda persona tiene *derecho* a una nacionalidad» y de que «A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del *derecho* a cambiar de nacionalidad»; ni el espíritu de toda una serie de textos internacionales en la materia suscritos por nuestro país (6).

Además, el carácter de derecho humano de la nacionalidad fue resaltado tanto a lo largo de los debates parlamentarios que precedieron a la Constitución como en los que propiciaron la reforma de 1982 de los preceptos de nacionalidad en el Código civil. Concretamente en el primer caso debe tenerse en cuenta la enmienda núm. 11 presentada por la Agrupación Independiente del Senado: «la nacionalidad, en cuanto derecho fundamental de la persona humana...» (7) y, para el segundo supuesto resulta obligada la referencia a la enmienda núm. 24 del Grupo Parlamentario Comunista al Proyecto de Ley de reforma de los artículos 17 al 26 del Código civil: «... la nacionalidad se encuadra dentro de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana internacionalmente reconocidos; extremo este que en el ordenamiento español se hace realidad por la inserción del tema en el marco del Título I de la Constitución» (8). Dichas posiciones parlamentarias encuentran, por lo demás, un respaldo totalmente unánime en la doctrina española (9) que fue explicitado en las conclusiones adoptadas en la reunión de profesores de Derecho internacional que tuvo lugar en Madrid los días 9 y 10 de febrero de 1978 con la finalidad de valorar el Anteproyecto de Constitución (10).

3. Precisamente en la referida reunión se apuntaban los peligros que la escueta remisión a la ley del artículo 11, 1.º de la Constitución podían acarrear, propugnándose la inserción en el precepto de unos principios básicos que asegurasen la protección del derecho a la nacionalidad en el Ordenamiento español. Es evidente que tal iniciativa no prosperó, salvo en lo que concierne a la prohibición de la privación de la nacionalidad a los españoles de origen reflejada en el artículo 11, 2.º; no obstante, el precepto en cuestión debe interpretarse tanto en relación con los textos internacionales a los que hemos aludido, como con referencia a otros preceptos constitucionales como, por ejemplo, el artículo 14. De esta suerte, una hipotética ley que estableciese

(6) Por ejemplo, el Convenio de las Naciones Unidas de 1957 sobre la nacionalidad de la mujer casada.

(7) Enmienda núm. 659 al Texto del Proyecto de Constitución, *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, vol. III, Madrid, Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, 1980, p. 2945.

(8) Congreso de los Diputados, Enmiendas al Proyecto de Ley de reforma de los artículos 17 al 26 del Código civil, p. 10.

9. Vid. J. A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho internacional privado*, Madrid, U.N.E.D., 1976, p. 250; E. PÉREZ VERA, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 84; P. A. FERRER SANCHÍS, «Algunas cuestiones...», *loc. cit.* en n. 1, p. 1075.

(10) Cf. el texto de las conclusiones en nuestro trabajo «La reforma...», *cit.* en n. 2, nota 24.

un régimen de nacionalidad de la mujer casada en unos términos similares a los contenidos en el Código civil con anterioridad a 1954 no tendría cabida en nuestro sistema; de igual modo que tampoco tendría cabida una ley que privase a una determinada etnia de la posibilidad de adquirir la nacionalidad española.

La *Instrucción* ha aprovechado el silencio del constituyente para realizar la afirmación que hemos transcrito con un propósito concreto: dar una determinada solución a los supuestos de hijos de española y extranjero nacidos con anterioridad a la Ley en aplicación de las disposiciones transitorias del Código civil. Qué duda cabe que una aplicación retroactiva del precepto hubiese aumentado sensiblemente el número de españoles de origen, al tiempo que se multiplicarían los casos de doble nacionalidad como anomalía. Pero partiendo del «derecho a ser español» que se desprende de la Constitución y del tenor del artículo 17, 1 del Código civil («Son españoles de origen») la aplicación de la irretroactividad absoluta del precepto no parece que sea la solución óptima desde el punto de vista jurídico, si bien pueda justificar una cierta política tendente a limitar el ámbito de la población española que, desde luego, no compartimos. Además, tampoco es solución, la posibilidad que la *Instrucción* apunta de que tales individuos acudan al régimen de la opción y ello tanto por razones de fondo, como por razones prácticas. Razones de fondo porque el acudir a esta vía implica que el hijo de madre española con anterioridad a la Ley 51/1982 nunca será español de origen, dándose la paradoja de que tal condición la tendría el adoptado en forma plena por dos individuos originariamente extranjeros, si uno de ellos obtuviese la nacionalidad española en día antes del nacimiento del niño (art. 18 C. c.); en este punto debe insistirse en que la reciente reforma del Derecho español de la nacionalidad posee una tendencia inquietante, pese a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución, hacia la consolidación de dos tipos de españoles, originarios y no originarios (11), lo cual hace que el acudir a la vía de la opción sea algo que debe limitarse en lo posible. Razones prácticas, porque habrá que esperar al menos a que el niño tenga catorce años, siendo durante ese período extranjero y, lo que es más grave, si el hijo de española y extranjero tiene más de veinte años, ni siquiera contará con la vía de la opción; en este supuesto debería acogerse a la naturalización por residencia y, aunque disfrutase del plazo privilegiado de un año, podría ver su propósito de ser español frustrado al serle denegada la concesión por motivos de orden público o interés nacional. En suma, la irretroactividad absoluta del artículo 17, 1.º del Código civil sentada por la D. G. R. N. es una solución demasiado radical que puede dar lugar a situaciones injustas. Una retroactividad limitada a un plazo hubiese sido más correcta; pero de este punto nos ocuparemos en el párrafo siguiente.

(11) Sobre el particular, Vid. M. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, «El principio de igualdad y su incidencia en el nuevo Derecho español de la nacionalidad», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXV, 1983.

§ 3. CUESTIONES DE DERECHO INTERTEMPORAL

4. La Ley 51/1982 ha mantenido la tónica tradicional del legislador español de silenciar en el momento de la reforma parcial del Código civil los problemas de Derecho intertemporal de especial relevancia en el sector de la nacionalidad (12). Dicha Ley sólo contiene una disposición transitoria que no posee un carácter global, sino que alude exclusivamente a un supuesto de recuperación privilegiada de la nacionalidad española cuando el individuo que la haya perdido acredite que lo fue por motivo de emigración. Resulta incomprensible que si el legislador contempló de forma expresa este supuesto, de alcance más que limitado, no haya reparado en el resto de los problemas transitorios que sin duda suscita la nueva redacción de los artículos 17 al 26 del Código civil. Ante este silencio vuelve a ser la D. G. R. N. la encargada de solucionar tales problemas. El Organismo directivo, curiosamente, no ha utilizado la *Instrucción* más que para pronunciarse por el supuesto de los hijos de madre española y padre extranjero nacidos con anterioridad a la Ley 51/1982, reservándose el resto de las situaciones para resolverlas caso por caso a medida que se susciten. Esta circunstancia aconseja, en primer lugar, valorar la solución incluida en la *Instrucción* y en segundo término señalar las significativas ausencias que contiene en torno a este peculiar sector de problemas.

5. En lo que atañe a la atribución de la nacionalidad, el nuevo artículo 17 del Código civil ha ampliado considerablemente el ámbito de los españoles de origen, pues no sólo se refiere a los hijos de madre española, con independencia de cualquier circunstancia, sino que alude a los nacidos en España de padres apátridas. Ahora bien, al no fijar la Ley 51/1982 su ámbito de aplicación temporal, el interrogante se suscita en relación con los nacidos con anterioridad a la misma. La *Instrucción* ha ignorado el segundo de estos supuestos, que en nuestra opinión debería tener la misma solución, pero ha dado una respuesta

(12) Como excepción debe retenerse la disposición transitoria de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, en relación con la nacionalidad de la mujer casada. Su redacción, sin embargo, fue tan deficiente que no sólo la *Circular de 22 de mayo de 1975*, sino varias Resoluciones de la D.G.R.N. se vieron en la necesidad de fijar el alcance de la reforma respecto a situaciones producidas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley. *Vid.* sobre el particular el Discurso del Ministro de Justicia en la presentación del Proyecto de Ley a las Cortes (*Bol. Inf. M.º Just.*, núm. 1.023, 1975, p. 8). Entre los diversos comentarios a esta disposición transitoria cabe referirse a los de F. LUCES GIL, «Análisis de las modificaciones introducidas en el régimen de la nacionalidad española por la ley de 2 de mayo de 1975», *R.G.L.J.*, t. LXXI, 1975, pp. 129-131; J. PERÉ RALUY, «Las nuevas normas sobre nacionalidad», *Pretor*, núm. 89, 1975, pp. 734-737; M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, en la obra dirigida por J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Lecciones de Derecho internacional privado. Derecho de la nacionalidad. Derecho de extranjería*, Oviedo, Serv. Publ. Universidad, 1979, p. 61. A. MARÍN LÓPEZ, «La nacionalidad de la mujer casada en el Derecho español», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXIX, 1976, pp. 415-416.

concreta al primero sobre la base del artículo 2, 3.º del Código civil, considerando que la mencionada «novedad no puede tener efecto retroactivo», pues para «una aplicación retroactiva de la nueva norma no puede invocarse lo establecido por la disposición transitoria primera de las generales del Código civil, en cuanto se refiere al derecho declarado por primera vez en el Código...». No cabe duda que el rigor mostrado por el Organismo directivo responde a una cierta línea de interpretación efectuada en las sucesivas modificaciones del artículo 17 del Código civil, pero también debe retenerse que no fue nunca unánimemente admitida por la doctrina. En concreto, valorando la reforma del Código civil de 1954, que había ampliado el número de supuestos contemplados en el artículo 17 del Código civil y por tanto el ámbito de los beneficiarios, J. Peré Raluy se había inclinado por una respuesta favorable a la retroactividad y ello en base a dos razones, una de orden práctico y otra de orden jurídico; la primera se justificaba en la conveniencia de dirimir todos los supuestos de duda en favor de la nacionalidad española; la segunda, encontraba respaldo, en su opinión, en la disposición transitoria primera del Código civil (13). Ciertamente que el artículo 19 del Decreto de 2 de abril de 1955 establecería expresamente y *a posteriori* la irretroactividad de la nueva redacción del artículo 17 del Código civil, pero en ausencia de esta disposición expresa, estimamos totalmente correcta la posición del mencionado autor.

La *Instrucción* alude expresamente, en apoyo de su tesis, a la doctrina sentada por la *Res. D. G. R. N. de 20 de abril de 1978*. Sin embargo, la tendencia hacia la irretroactividad es más antigua y, en nuestra opinión se debe a la solución de un supuesto muy concreto que más tarde se generalizó. En efecto, el primer caso resuelto en la materia debe situarse en el contexto particular de las Plazas de Ceuta y Melilla; se suscitaba aquí si debían considerarse españoles los nacidos en estas localidades con anterioridad a 1954 conforme a la nueva redacción del artículo 17, 3.º del Código civil o si, por el contrario, eran marroquíes en tanto no optasen por la nacionalidad española: la *Res. D. G. R. N. de 20 de junio de 1972* se negó a aplicar con efectos retroactivos la legislación más favorable (14). Dos años más tarde y ya con carácter general, la *Res. D. G. R. N. de 30 de abril de 1974* (15) volvió a reiterar la irretroactividad del precepto indicado y, por último, la citada Resolución de 1978 insistió en la misma doctrina negándose a considerar española a una italiana *iure sanguinis* que nació en España de padres italianos residentes en España desde su nacimiento, un mes antes de la Ley de 1954 (16).

6. Hasta aquí, la justificación de la irretroactividad que, no puede

(13) Cf. J. PERÉ RALUY, *Derecho de nacionalidad*, Barcelona, Bosch, 1955, pp. 80-81.

(14) *Anuario D.G.R.N.*, 1972, p. 462.

(15) *Ibid.*, 1974, p. 398.

(16) *Bol. Inf. M.º Just.*, núm. 1.130, 1978, p. 71 y nota de A. M.ª DASTIS QUECEDO en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXII, 1980, pp. 183-184.

desconocerse, ha sido acogida por cierto sector de la doctrina internacionalista española (17). Pero, frente a esta posición, deben tenerse en cuenta otros argumentos. En primer lugar, que existe un sector del Derecho de la nacionalidad en el que ha operado la retroactividad, concretamente, en el régimen de la nacionalidad de la mujer casada; dejando a un lado la incidencia de la aplicación directa del artículo 23 de la Constitución republicana y la acción posterior sobre la misma de la normativa del «nuevo Estado», totalmente favorables a la retroactividad de las nuevas disposiciones, podemos detenernos en precedentes más próximos. Y, en esta línea, la *Sent. T. S. (Sala 4.ª) de 21 de mayo de 1968* (18) y la *Sent. T. S. (Sala 1.ª) de 13 de febrero de 1974* (19), respecto a la reforma del Código civil de 1954 y la doctrina sentada por la *Circular D. G. R. N. de 22 de mayo de 1975* (20), en relación con la modificación de 1975, son sumamente ilustrativa. En segundo término, el artículo 2, 3.º del Código civil utilizado como fundamento de base por la *Instrucción* debe valorarse en su justa medida. No cabe duda de la finalidad de la norma: la imposibilidad de exigir a los individuos un comportamiento cuyas consecuencias legales no son previamente conocidas; ahora bien, de acuerdo con M. Batlle Vázquez, «la retroactividad es en muchas ocasiones indispensable y es precisamente un medio de transformación y progreso de situaciones pasadas que se consideren de conveniente remoción» (21). Es más, como ha señalado L. Díez Picazo, la regla del artículo 2, 3.º del Código civil hay que entenderla como subsidiaria («si no dispusiesen lo contrario») y sólo encontrará aplicación cuando la nueva ley nada haya establecido sobre su posible efecto retroactivo y cuando éste tampoco se deduzca por vía de interpretación (22). Ciertamente que la Ley 51/1982 guarda silencio en la materia, pero el tenor del nuevo artículo 17, 1 del Código civil es contundente («Son españoles de origen») y la interpretación favorable a la irretroactividad ofrece, como acaba de señalarse más arriba, evidentes quiebras. Por último, no puede desconocerse que dentro de las modificaciones recientes del Código civil motivadas por la entrada en vigor de la Constitución de 1978 existen precedentes favorables a la aplicación retroactiva de las nuevas normas: las disposiciones transitorias de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, son una buena muestra de ello.

7. Es evidente que el tenor de la *Instrucción* en la materia que examinamos tiene una indiscutible base jurídica. Pero ante el silencio

(17) Así, A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, II, 8.ª ed., Madrid, Atlas, 1979, p. 33; E. PECOURT, Nota a la *Res. D.G.R.N. de 20 de junio de 1972*, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. I, 1974, p. 521; M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *loc. cit.* en n. 4, p. 595; E. PÉREZ VERA, *op. cit.* en n. 9, p. 24.

(18) Aranzadi, *Rep. Jurisprudencia*, 1968, núm. 4.830.

(19) *Col. Leg. Jurisp. Civ.*, febrero 1974, núm. 66, p. 197.

(20) *B. O. E.*, 24-V-75.

(21) Cf. M. BATLLE VÁZQUEZ, «Arts. 1 a 7», *Comentarios al Código civil...*, en n. 4, p. 75.

22. Cf. L. Díez PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 4.ª ed., Madrid, Tecnos, 1982, p. 138.

de la Ley no puede ser de recibo una interpretación tan poco flexible por limitar el derecho a «ser» español. No era menester una declaración de retroactividad absoluta; hubiese bastado, en la línea de la Ley 11/1981, haber extendido lo dispuesto en el nuevo artículo 17 del Código civil a los menores de edad en el momento de la entrada en vigor de la reforma en la línea de los modernos Códigos de la nacionalidad existentes en el Derecho comparado (23). El problema hasta ahora expuesto tiene, por lo demás, la virtud de situar en su justa dimensión el conflicto intertemporal en el Derecho español de la nacionalidad; conflicto que deriva en gran parte de la inclusión de esta materia en el Código civil: la seguridad jurídica y la autonomía de este particular sector del Ordenamiento jurídico requieren soluciones propias que solamente podrán plasmarse en una Ley especial.

8. Junto a la valoración del problema expuesto resulta obligado referirse a las significativas ausencias de soluciones concretas a cuestiones intertemporales derivadas de la opción de la nacionalidad y de la naturalización por residencia, entre otras de menor importancia que pudieran señalarse.

La Ley 51/1982 se ha caracterizado por haber reducido de forma sustancial los supuestos de opción de la nacionalidad, quedando esta institución reservada para los que queden «sujetos a la patria potestad o a la tutela de un español». Pues bien, a partir de tal redacción deben contemplarse dos supuestos de Derecho transitorio sobre los cuales la *Instrucción* debió pronunciarse. El primero hace referencia a los sujetos a patria potestad o tutela con anterioridad a la Ley; y, de aplicar la misma solución que la ofrecida por el Organismo directivo para los comprendidos en el artículo 17, 1.º, no podrían beneficiarse del derecho concedido en el artículo 19 del Código civil. El segundo afecta a los que en espera de utilizar el cauce del antiguo artículo 18 del Código civil pasaron a integrarse a partir de 1982 en expectantes de la naturalización por residencia con plazo abreviado de un año. Ante el silencio de la D. G. R. N. una vía de solución podría ser el respeto de los derechos adquiridos de los menores de edad con anterioridad a la Ley 51/1982 y la consiguiente aplicación del antiguo artículo 18 del Código civil hasta que alcanzasen la mayoría de edad; téngase en cuenta que la opción es un derecho subjetivo del individuo que sería suprimido en una serie de supuestos con la aplicación automática de la nueva legalidad.

Tampoco alude la *Instrucción* a los problemas intertemporales suscitados por la nueva configuración de la naturalización por residencia. Ahora bien, como quiera que el nuevo artículo 22 del Código civil es más beneficioso en el sentido de aumentar el ámbito de los beneficiarios y de abreviar los plazos, debe reconocerse que dichos problemas no serán muy numerosos. No obstante, acaso el Organismo directivo debiera haberse pronunciado acerca de ciertas situaciones de

(23) *Vid.*, por ejemplo, los arts 3 y 4 de la Ley francesa núms. 73-42, de 9 de enero, conteniendo el Código de la nacionalidad. *Vid.* por todos, P. LAGARDE, *La nationalité française*, París, Dalloz, 1975, pp. 34 y ss.

facta pendentia; en concreto sobre los expedientes en trámite con arreglo al sistema anterior y ello con la finalidad de que los solicitantes no se puedan encontrar discriminados en relación con los que inicien los trámites de acuerdo con la nueva legalidad. De otra parte, el período de residencia previo efectuado con anterioridad a la Ley debiera de reputarse válido, si bien esta circunstancia encuentra una serie de inconvenientes en el texto del artículo 22, toda vez que exige que la residencia sea «legal» y, ello, conforme a la actual normativa de extranjería es ciertamente difícil, sobre todo para iberoamericanos y ecuatoguineanos. Finalmente, debe hacerse mención de que el referido artículo 22 es mucho más restrictivo que la legalidad anterior en materia de adquisición de la nacionalidad por matrimonio; incluso, esta figura desaparece, quedando subsumida dentro del capítulo de la adquisición por residencia con el plazo abreviado de un año. La nueva legalidad y, en concreto, el plazo, debería aplicarse como es lógico a aquellos interesados que aún no hubiesen ejercitado la especial «opción» contemplada en el anterior artículo 22 del Código civil.

§ 4. SOLUCIONES MATERIALES FRENTE A CONFLICTUALES

9. Una de las novedades de la Ley 51/1982 es la nueva configuración del ámbito de los beneficiarios del «derecho de opción». Frente al sistema anterior que lo consideraba como una figura complementaria de los supuestos de atribución de la nacionalidad previstos en el artículo 17 del Código civil, que se conectaba tanto con los supuestos derivados del *ius soli* como a los derivados del *ius sanguinis*, la nueva regulación va a vincularse al hecho de la patria potestad o de la tutela de un español. No es el momento de criticar la vigente redacción del artículo 19 del Código civil, sino la interpretación otorgada por la *Instrucción* a un problema derivado del citado precepto y que nos acerca a un importante aspecto de las denominadas «relaciones estructurales» entre los distintos sectores que configuran el Derecho internacional privado, concretamente las relaciones entre nacionalidad y conflicto de leyes. El problema es el siguiente: ¿qué ocurre si la madre española no participa en la patria potestad, según la ley extranjera de su hijo o del padre?, y la respuesta del Organismo directivo es que tal circunstancia «no ha de ser obstáculo, a pesar de lo dispuesto en el artículo 9, 4 del Código civil..., ya que por tratarse de un derecho concedido por la Ley española con base a unos presupuestos de hecho establecidos por esta misma legislación, es exclusivamente a éstos a los que hay que atenerse para no romper la armonía de la previsión legislativa». Tal afirmación sugiere una doble crítica tanto por lo que se refiere a su punto de partida, como por la solución otorgada.

10. Su punto de partida, el artículo 9, 4.º del Código civil y, en concreto, su primera conexión la «ley nacional del padre» no puede considerarse de recibo como consecuencia del artículo 14 de la Cons-

titudin en relación con su disposición derogatoria tercera. En efecto, una norma contraria al principio de igualdad de sexos como la citada, pese a no haber existido derogación expresa de la misma, debe considerarse sin ningún vigor, sin que sea necesario, como ha puesto de relieve E. García de Enterría (24), una expresa declaración de inconstitucionalidad. La interpretación otorgada, en la línea de la tan criticada *Res. D. G. R. N. de 21 de marzo de 1979* (25), es más llamativa por cuanto existen otros mecanismos en el Ordenamiento jurídico que llenan los eventuales vacíos legales y que otorgan soluciones válidas en espera de una reforma —actualmente en curso por lo que respecta al Título Preliminar del Código civil— de la normativa afectada por la Constitución. En efecto, el recurso a los denominados «principios de autointegración del sistema» y en concreto a la «aplicación analógica de las normas» previstas en el artículo 4, 1.º del Código civil es, como ha indicado J. D. González Campos, la única vía adecuada y la aplicación cumulativa de la ley nacional de ambos progenitores, la conexión que sustituye la derogada referencia a la ley nacional del padre (26). Consecuentemente la contingencia apuntada en la *Instrucción* requiere una interpretación distinta del artículo 9, 4.º del Código civil.

11. Mas aunque este último precepto estuviere en vigor, la inaplicación que la D. G. R. N. sugiere del mismo en base a que la opción constituye un «derecho concedido por la Ley española», no deja de ser una solución discutible aunque eventualmente correcta desde el punto de vista de la justicia material. Si, como entiende el Organismo directivo, las relaciones paterno-filiales se rigen en primer lugar por la ley nacional del padre, no cabe duda que la interpretación propuesta vulnera directamente lo dispuesto en el artículo 12, 6.º, ap. 1.º, del Código civil según el cual «Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español» y ello con independencia de que pudiesen intervenir con posterioridad ciertos correctivos funcionales, como el orden público. No cabe duda que estamos en este ámbito dentro de la polémica en torno a la cuestión previa en el Derecho de la nacionalidad y de que la D. G. R. N., frente a una cierta tendencia doctrinal (27) y frente a la solución otorgada por la *Res. D. G. R. N. de julio de 1955* (28), se ha inclinado por una solución material, ignorando al Derecho extranjero normalmente aplicable. Y

(24) Cf. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», *La Constitución española de 1978*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 122-123, trabajo reproducido en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, Madrid, Civitas, 1980, pp. 103-104.

(25) *Bol. Inf. M.º Just.*, núm. 1.163, 1979, pp. 98-99 y Nota de P. ABARCA JUNCO en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXIV, 1982, pp. 473-474.

(26) Cf. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho internacional privado*, Universidad Autónoma de Madrid, curso 1982-83 (policopiado), p. 138.

(27) PH. FRANCESCOAKIS, «Les questions préalables de statut personnel dans le droit de la nationalité», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1958, pp. 466 y ss.; L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, «La cuestión previa en el Derecho español de la nacionalidad», en este *Anuario*, t. XXX, 1977, pp. 763 y ss.

(28) *Anuario D.G.R.N.*, 1955, p. 199.

debe reconocerse que esta inclinación es coherente con determinada línea interpretativa, cuyo punto de partida es la *Res. D. G. R. N. de 23 de mayo de 1975* y su complemento tres importantes decisiones del año 1982 en materia de opción de la nacionalidad (29).

12. Que las soluciones materiales se superpongan a la normal aplicación de los preceptos conflictuales en materia de nacionalidad pueda ser discutible y que se reserve para los supuestos en que se mencionan los términos «emancipación» (arts. 19, 2.º, 21, 2.º, 22, 5.º y 23, 1.º) o «plena capacidad» (art. 19, 2.º) no es óbice para justificar la desafortunada referencia que la *Instrucción* realiza al artículo 9, 4.º del Código civil. Más parece una declaración de principios de la propia D. G. R. N. de que el precepto está en vigor, que una solución concreta a un problema real. La acción de la disposición derogatoria tercera de la Constitución sobre el precepto es, en nuestra opinión, incuestionable, y la solución propuesta al problema en base a la analogía, la única correcta. Es lamentable que si una de las características de las dos primeras fases de la reforma del sistema español de nacionalidad era el haber eliminado prácticamente el problema de la cuestión previa, que se vuelva a suscitar la cuestión.

§ 5. RESTRICCIONES EN ORDEN A LA CONCESION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA

13. Una lectura del nuevo artículo 22 del Código civil registra, sin duda, una menor rigidez en orden a la adquisición de la nacionalidad española por residencia que la que caracterizaba la anterior redacción del artículo 20 del Código civil. Ciertamente persiste la discrecionalidad en la concesión o denegación de las solicitudes, cierto que se exige que la residencia sea «legal», lo cual limita el número de aspirantes por vincularse el proceso a nuestra rígida normativa de extranjería, pero no cabe duda de que la disminución de los plazos y el aumento del ámbito de los beneficiarios muestran una tendencia inequívoca del legislador a flexibilizar esta particular modalidad de naturalización, verdadera pieza maestra del régimen de adquisición de la nacionalidad española. Se ha dicho que persiste la discrecionalidad, por lo que la nueva regulación es heredera del pasado, continuando la línea trazada por el Real Decreto de 6 de noviembre de 1916 (30) y plasmada en el Código civil en la reforma de 1954. Esta nota discrecional se ha reforzado si cabe al añadir el artículo 22 del Código civil

(29) *Ibid.*, 1975, pp. 294-298 y Nota de A. ORTIZ-ARCE en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXX, 1977, pp. 435-438. *Vid. Resoluciones D.G.R.N. de 30 de julio, 15 de octubre y 6 de diciembre de 1982, Bol. Inf. M.º Just.*, núms. 1.287, 1.296 y 1.298, 1982, pp. 50-56, 71-74 y 42-45 y Nota de J. C. FERNÁNDEZ ROZAS en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXV, 1983.

(30) *Vid.* F. DE CASTRO, «La adquisición por vecindad de la nacionalidad española», *Información Jurídica*, núms. 37 y 38, 1945, pp. 71-92; J. M.ª TRÍAS DE BES, «La naturalización española por título de vecindad según las últimas y recientes disposiciones», *R.G.L.J.*, t. 130, 1917, pp. 289-301.

a los motivos de orden público los de «interés nacional» como determinantes en la denegación de las solicitudes por parte del Ministro de Justicia. Ahora bien, como quiera que dicho precepto abarca junto al régimen general de los diez años de residencia previa en España una serie de concesiones por plazo abreviado de dos años (para iberoamericanos, andorranos, filipinos, ecuatoguineanos, portugueses y sefardíes) o de un año (para los titulares del derecho de opción con anterioridad a la Ley 51/1982), podría plantearse la duda de si a estas últimas concesiones les era aplicable la discrecionalidad. Ello por cuanto esta última nota sólo figura en el párrafo 1.º del artículo 22 del Código civil, donde se establece la regla general de los diez años, silenciándose los motivos de orden público y de interés nacional en el resto de los supuestos. La *Instrucción* ha sido contundente en este punto, extendiendo la nota discrecional a todo tipo de concesión, pues una cosa es que se abrevie el plazo de residencia previa en razón de una serie de circunstancias y otra que el procedimiento de naturalización se modifique en base a éstas. Nada cabe objetar a la interpretación otorgada por la D. G. R. N. en este punto: la supresión de una eventual denegación de la solicitud en base a motivos de orden público o interés nacional reconduciría los supuestos de naturalización por plazo abreviado de dos años o de un año a una modalidad de opción similar a la contemplada en el artículo 19 del Código civil. En suma, que los beneficiarios de plazos de residencia abreviada no tienen un derecho subjetivo a que se les atribuya la nacionalidad española.

14. Junto a esta línea interpretativa de evidente corrección, la *Instrucción* se muestra deliberadamente ambigua con una intención evidentemente restrictiva en relación con la naturalización de los sefardíes (31). El artículo 22 del Código civil estima suficientes dos años de residencia en España para la naturalización de los sefardíes, siempre «que acrediten su respectiva condición», circunstancia esta que ya desde la publicación de la Ley 51/1982 hacía presagiar que el supuesto iba a tener una aplicación muy limitada. En efecto, la *Instrucción* dispone a este respecto que la «condición de sefardí habrá de demostrarse por los apellidos que ostente el interesado, por el idioma familiar o por otros indicios que demuestren la tradición de pertenencia a tal comunidad cultural», fijando a continuación una serie de criterios sobre los que resulta obligado detenerse. En primer lugar, la D. G. R. N. estima que el «certificado de la comunidad israelita reconocida en España que acredite la pertenencia de una persona a la religión judía sefardita, no será más que un principio de prueba que, como tal, deberá ser apreciado en conjunción con otros medios probatorios»; dicho criterio, al involucrar innecesariamente el plano de la pertenencia a una comunidad cultural con el plano religioso, no resulta aceptable: el certificado, en los términos expresados, no cabe duda que vulnera de algún modo el artículo 16, 2.º de la Constitución, pues su consideración como «principio de prueba» supone otorgarle un

(31) *Vid.* sobre el particular S. BENSABAT BENARROCH, «La nacionalidad española de los judíos sefarditas», *R.G.L.J.*, vol. LXXVIII, 1979, pp. 143-148.

cierto valor y, de esta suerte, se obliga al solicitante a pronunciarse sobre su religión.

En segundo término, de acuerdo con la *Instrucción*, «constituirá medio de prueba suficiente de la condición de sefardí la justificación por el peticionario de su inclusión, o descendencia directa de una persona incluida, en las listas de familiares sefardíes protegidos por España a que, con relación a Egipto y Grecia, hace referencia el Decreto-ley de 29 de diciembre de 1948». Ahora bien, un examen del referido Decreto-ley y, en concreto, de sus listas anexas, muestran hasta qué punto el ámbito de estas justificaciones es más que limitado. En efecto, diferir el ámbito de beneficiarios a una relación del año 1948, que incluye solamente a individuos procedentes de Egipto y de Grecia, no es más que una ironía, ironía que se hace más acusada al proceder a la cuantificación de las listas ya de por sí «cuidadosamente seleccionadas» en la época en que se redactaron: 272 personas procedentes de Egipto y 409 procedentes de Grecia. Asimismo, resulta discutible el tercer criterio ofrecido por la D. G. R. N. en el sentido de que «la misma conclusión será aplicable si existen para otros países listas análogas o si el solicitante acredita su descendencia directa de una persona que haya gozado de la protección española bajo el régimen de capitulaciones». La posibilidad de que existan para otros países listas análogas a las de los dos países antes referidos es más que hipotética y la alusión a los descendientes «protegidos», cuando el régimen de capitulaciones fijado en Montreux finalizó en 1949, es más bien una cláusula de estilo que una previsión de futuro. Por último, siguiendo el texto de la *Instrucción*, al calificar de «elemento probatorio de utilidad» la justificación por parte del interesado de «su vinculación o parentesco colateral» con las personas o familias detalladas más arriba, es evidente que se deja en manos de la Administración un criterio de apreciación totalmente discrecional.

15. A partir de las consideraciones anteriores puede afirmarse que el Organismo directivo se ha encargado de reducir al mínimo la posibilidad de que los sefardíes puedan acogerse al plazo privilegiado de residencia en España de dos años para adquirir la nacionalidad española, desvirtuando de este modo el espíritu del artículo 22 del Código civil; parece sin duda excesivo el rigor mostrado a efectos probatorios porque, en definitiva, la condición de sefardita ni trae consigo directamente la adquisición de la nacionalidad española, ni otorga un derecho subjetivo en el individuo para adquirirla; tan sólo reduce el plazo previo de residencia para solicitar la naturalización. En descargo de la línea interpretativa que criticamos debe insistirse en la falta de precisión del artículo 22 del Código civil en la materia y en su carácter falaz: si lo que pretende el legislador es «reparar una injusticia histórica» (32), que comience por otorgar un régimen de ex-

(32) *Vid.* las intervenciones del diputado Guerra i Fontana en la Comisión de Justicia e Interior con motivo de los debates que precedieron a la Ley 51/1982 en defensa de la Enmienda núm. 18 del Grupo Parlamentario Socialistas de Catalunya.

tranjería privilegiado o que someta a los sefardíes a otra modalidad de adquisición de la nacionalidad española. El limitarse a reducir los plazos de residencia sin pronunciarse por el problema probatorio resulta un eufemismo innecesario.

§ 6. PERDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR ADQUISICION DE OTRA NACIONALIDAD

16. Pese a que la autonomía de la voluntad juegue un escaso papel en el Derecho de la nacionalidad, ésta ha mantenido una cierta relevancia en el ámbito de la pérdida de la nacionalidad por adquisición de otra. Una muestra de hasta qué punto se respeta en la Ley 51/1982 dicha autonomía de la voluntad es la nueva redacción del artículo 23, 1.º, inciso 1.º, del Código civil, consolidándose en nuestro sistema una importante manifestación del derecho a cambiar de nacionalidad reconocido en el artículo 15, 2.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ahora bien, sentado el principio general el propio precepto introduce una serie de límites a la autonomía que se traducen en la necesidad de que en el interesado concurren ciertas circunstancias. Dichos límites, es obvio, se han flexibilizado en relación con la normativa anterior: se ha suprimido la exigencia de los veintiún años que, curiosamente, no había sido modificado por el Real Decreto-ley de 16 de noviembre de 1978 (33) y, sobre todo, se ha eliminado el requisito de que los solicitantes varones no estuviesen «sujetos al servicio militar en período activo, salvo que medie exigencia del Gobierno». Sin embargo aún perdura la necesidad de residir «fuera de España con tres años de anterioridad». Esta exigencia de una desconexión previa del individuo con España es sin duda el mayor límite que nuestro sistema impone al régimen de la pérdida de la nacionalidad por adquisición voluntaria de otra. Propuesta su eliminación en los debates que precedieron a la Ley 51/1982, esta iniciativa no prosperaría, lo cual implica un peligroso precedente si se pone en relación con cierta línea interpretativa que la *Res. D. G. R. N. de 18 de febrero de 1976* refleja con nitidez (34).

Ha de considerarse, pues, un acierto, la interpretación flexible que del plazo de los tres años ha realizado la *Instrucción* en el sentido de que «si en el momento de adquisición voluntaria de la nacionalidad extranjera por parte del español capaz no lleva éste aún tres años de residencia fuera de España, ello no ha de ser obstáculo para que, en el momento en que transcurra dicho plazo y si el interesado sigue conservando la nacionalidad extranjera adquirida con anterioridad, incurra en tal momento en causa de pérdida de la nacionalidad espa-

(33) Debe recordarse, sin embargo, que la D.G.R.N. entendía con buen criterio que la edad de veintiún años carecía de sentido, inclinándose por los dieciocho, pese a lo dispuesto en el por entonces en vigor artículo 22 del C. c. (*Res. D.G.R.N. de 10 de enero de 1979, Bol. Inf. M.º Just.*, núm. 1.157, 1979, p. 63).

(34) *Bol. Inf. M.º Just.*, núm. 1.052, 1976, p. 59.

ñaola». Con tal razonamiento, además, el Organismo directivo toma partido en una cuestión polémica en la doctrina pues tanto la antigua redacción del artículo 22 del Código civil como la del vigente artículo 23 suscitaban la duda de si tenía algún valor la decisión de adquirir la nacionalidad extranjera formulada con anterioridad al transcurso de los tres años de residencia fuera de España. Concretamente, para M. Peña y Bernaldo de Quirós dicha decisión sería ineficaz por inoportuna (35), en tanto que para J. Peré Raluy no era preciso que la residencia de tres años en el extranjero hubiese «precedido a la adquisición de la nacionalidad extraña, sino que la pérdida de nacionalidad se producirá en el momento de la adquisición de la extranjera si en tal ocasión se hubiera completado ya el indicado tiempo de residencia y en el momento de cumplirse dicho plazo en el caso contrario» (36). No puede desconocerse que ambos argumentos tenían sólidas bases jurídicas, mas la *Instrucción*, al inclinarse por el segundo ha adoptado una posición realista y más respetuosa con la autonomía de la voluntad del individuo. Con todo, debe insistirse en lo innecesario del requisito de los tres años y en la crítica a la Ley 51/1982 por haberlo mantenido.

17. La modalidad de pérdida que estamos examinando requiere, claro es, que se produzca la adquisición de otra nacionalidad. Dado el papel que la autonomía de la voluntad posee en esta institución, dicha pérdida no tendrá lugar si al peticionario le ha sido atribuida la nacionalidad extranjera por un acto de un Estado extranjero independiente de su voluntad. La *Instrucción* reitera en este punto la doctrina del denominado «asentimiento voluntario» y es coherente con la línea mantenida por el Organismo directivo a partir de la *Res. D. G. R. N. de 5 de abril de 1965* (37). Precisamente por esta reiteración se echa de menos una referencia a ciertos interrogantes que la expresión «adquieran voluntariamente otra nacionalidad» suscita y que, en algunas ocasiones han sido resueltos por la propia D. G. R. N. Así, por ejemplo, no hubiese estado de más que la *Instrucción* se pronunciara por la necesidad de que el carácter de «nacionalidad» extranjera deba ser apreciado por las autoridades españolas tras haber quedado constancia de la existencia de un auténtico vínculo de fidelidad entre el solicitante y un Estado soberano extranjero; en definitiva, recoger la doctrina sentada por la *Res. D. G. R. N. de 23 de noviembre de 1977* (38). Y, junto a esto, acaso hubiese sido aconsejable, aunque el tenor del artículo 23, 1.º del Código civil es bastante explícito, que la *Instrucción* afirmase que no es posible que un individuo renuncie a su nacionalidad para convertirse en apátrida, eventualidad que, por absurda que parezca, ha sido esgrimida recientemente por ciertos sectores sociales. Al lado de toda una serie de consecuencias perturbadoras para el Derecho de la nacionalidad, dicha posibilidad podría ser una

(35) Cf. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *loc. cit.* en n. 4, p. 688.

(36) Cf. J. PERÉ RALUY, *Derecho del Registro Civil*, t. II, Madrid, Aguilar, 1962, p. 617.

(37) *Anuario D.G.R.N.*, 1965, p. 287.

puerta abierta a eventuales fraudes de ley al llevar consigo la alteración del punto de conexión de la norma de conflicto en materia de estatuto personal.

§ 7. CONSERVACION DE LA NACIONALIDAD FRENTE A DOBLE NACIONALIDAD AUTOMATICA

18. Como aportación fundamental al Derecho español de la nacionalidad el artículo 11, 3.º de la Constitución establece en su inciso final un sistema de doble nacionalidad automática cuyo fundamento último es la protección del trabajador español en el extranjero. Frente al régimen anterior de doble nacionalidad convencional, subsistente en líneas generales, el nuevo sistema se sitúa en una perspectiva de futuro en correspondencia con el postulado proclamado en el artículo 42 de la Constitución (39). No es este el momento de estudiar el alcance de la doble nacionalidad automática (40); tan sólo insistir en que, a partir de una lectura sistemática de los preceptos constitucionales ésta implica la existencia de una nacionalidad privilegiada: la española, pudiendo afirmarse, frente al sistema convencional, que no existe una nacionalidad efectiva y otra durmiente. Ambas nacionalidades son operativas: no se trata de una recuperación ni de una conservación. Debe insistirse también en que desde el punto de vista técnico para que no opere la doble nacionalidad automática se requiere la acumulación de dos requisitos basados en la voluntad del interesado: de un lado, el hecho voluntario de adquirir otra nacionalidad, voluntariedad que excluye toda atribución forzosa de nacionalidad por parte de un Estado extranjero; de otro, la voluntad expresa y no mediante actos implícitos de renunciar a la nacionalidad española, mediante una declaración del interesado. Esta solución del nuevo Derecho español de la nacionalidad, basada en la voluntad positiva y negativa del interesado presenta una importante particularidad: no suponer ninguna limitación ni en el espacio ni en el tiempo. Consecuentemente, partiendo del texto del artículo 11, 3.º, el sistema opera, en primer lugar, partiendo de la idea de una vinculación con España no sólo histórica («hayan tenido») o actual («tengan»), sino de futuro (puedan tener en su día); en segundo lugar cabe notar que el vínculo especial con España no viene determinado por la existencia de unos vínculos políticos, sino que está fijado por la presencia misma de los españoles en un determinado país.

Hasta aquí el sistema previsto en la Constitución que no por constituir una respuesta adecuada a un problema real fue pacíficamente recibido por los órganos de la Administración; en concreto, fue

(38) *Bol. Inf. M.º Just.*, núm. 1.115, 1977, p. 88.

(39) *Vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS*, «Reflexiones sobre la doble nacionalidad. Consecuencias en la emigración española», *Emigración y Constitución*, obra patrocinada por el Instituto Español de Emigración, s. f., pp. 91-102.

(40) *Vid. nuestras consideraciones en «La reforma...», loc. cit. en n. 2, números 65 a 69.*

considerado como una auténtica piedra introducida en el engranaje casi secular de la nacionalidad española. Pese a constituir sin ningún género de dudas el artículo 11, 3.º, *in fine* de la Constitución una norma directa y perfecta (41) y no ser necesario un ulterior desarrollo legislativo para surtir efectos, la *Res. D. G. R. N. de 21 de marzo de 1979* manifestó una opinión contraria estimando que el precepto se limitaba a «sentar principios rectores» (42). El debate parlamentario que suscitó el asunto tratado en la referida decisión es sumamente revelador de la hostilidad con que la doble nacionalidad fue tratada por la D. G. R. N. (43).

19. Dicha hostilidad va a estar presente, asimismo, a lo largo de los trabajos parlamentarios que precedieron la redacción del controvertido nuevo artículo 23 del Código civil. La prueba es que el Proyecto de Ley de reforma de los artículos 17 al 26 del Código civil remitido por el Gobierno a las Cortes no sólo ignoró la institución, sino que pretendió agotar la referencia al artículo 11, 3.º de la Constitución con un tiempo de residencia reducido a dos años para la adquisición de la nacionalidad española por nacionales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial y Portugal, cuando, como se acaba de exponer, la redacción del referido precepto poseía unos objetivos más ambiciosos. La omisión, sin embargo, fue subsanada en el trámite de enmiendas (44) y recogida en el Informe de la Ponencia aunque este último texto introdujo un cierto freno al automatismo de la institución al exigir una justificación ante los Registros Consular o Central de que la adquisición de la nacionalidad extranjera se produjo por motivos laborales, expresión esta última que más tarde sería sustituida en el Senado por la de «razón de emigración».

El actual texto del artículo 23, 1.º Código civil no constituye en nuestra opinión un desarrollo progresista de la Constitución en materia de nacionalidad aunque, sin duda, marca un importante hito en la política de protección del trabajador emigrante. Ahora bien, la necesidad de «justificar» las «razones de emigración» desvirtúa el espíritu expansivo del precepto constitucional. Esta es la vía utilizada por la

(41) Cf. E. PÉREZ VERA, «La constitución de 1978...», *loc. cit.* en n. 1, pp. 12-13 y *op. cit.* en n. 9, p. 76. *Vid.* de la misma autora, «El sistema español de doble nacionalidad ante la futura adhesión de España a las Comunidades Europeas», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 8, 1981, pp. 685-703.

(42) *Vid supra*, n. 25.

(43) Dicho debate se encuentra recogido en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho internacional privado. Materiales de prácticas*, Madrid, Tecnos, 1983, núm. 2.15.

(44) De acuerdo con la enmienda núm. 34 formulada por el Grupo Parlamentario Comunista: «Asimismo, no obstante lo dispuesto en el apartado 1.º del artículo 23 [pérdida de la nacionalidad española por adquisición voluntaria de otra], la adquisición voluntaria por un español que reside habitualmente en el extranjero de la nacionalidad del Estado de su residencia no entrañará la pérdida de la nacionalidad española, salvo que el interesado renuncie expresamente a ella mediante declaración hecha ante el encargado del Registro Consular del Estado de su residencia o por documento auténtico dirigido al encargado del Registro Central».

D. G. R. N. para transformar el contenido de la institución que estamos estudiando.

20. En efecto, la *Instrucción* se ha servido de la deficiente redacción del artículo 23, 1.º del Código civil para recortar aún más su alcance estimando que el concepto de emigración «ha de entenderse en su sentido propio, es decir, ha de referirse al español que, especialmente por motivos laborales o profesionales, traslada su residencia habitual al extranjero, así como a los familiares que le sigan», añadiendo que el cónsul, «atendidas las circunstancias de cada caso», podrá «rechazar la conservación de la nacionalidad española por los emigrantes pasado un tiempo prudencial desde su adquisición de la nacionalidad extranjera». Es decir, se vuelve a reiterar la doctrina de la *Res. D. G. R. N. de 21 de marzo de 1979* y se atribuye al cónsul una potestad que atenta directamente contra lo dispuesto en el artículo 11, 2.º de la Constitución. Y, por lo que se refiere a la utilización del término «conservación», no cabe duda que éste figura en el artículo 11, 1.º de la Constitución, pero tampoco cabe de que esta particular institución, que con anterioridad figuraba en el artículo 26 del Código civil, ni ha sido regulada por la Ley 51/1982 ni fue contemplada en los trabajos parlamentarios que la precedieron. Ya hemos señalado que este mecanismo de la doble nacionalidad automática tiene como característica fundamental el hecho de que tanto la nacionalidad española como la extranjera son operativas a todos los efectos.

§ 8. DOBLE NACIONALIDAD CONVENCIONAL

21. Los «graves problemas» derivados de la interpretación del último párrafo del artículo 23 del Código civil a los que la *Instrucción* alude más parecen fruto de una mala interpretación del precepto que de la observación de la realidad; en concreto, parece como si el Organismo directivo estimase que en este precepto se contempla una modalidad de «conservación» de la nacionalidad de gran alcance y contraria al mecanismo previsto en los Convenios de doble nacionalidad suscritos por España. A nuestro juicio, el último párrafo del artículo 23 es perfectamente coherente no sólo con el párrafo 3.º del artículo 11 de la Constitución sino con el espíritu de los referidos Convenios, y no contempla ninguna modalidad de conservación de la nacionalidad española sino que es respetuoso con el mecanismo convencional. Y ello, aunque posibilite una opción lógica: de un lado, que los españoles se acojan al mencionado mecanismo que, como es sabido, contempla una nacionalidad efectiva y otra durmiente; de otro, que los españoles adquieran directamente la nacionalidad del país con el que existe Convenio y renuncien a la española, es decir, que no se someta a las disposiciones del Convenio. No se trata, pues, de una aplicación forzosa de las leyes españolas a los españoles que adquieran la nacionalidad de uno de los países mencionados en el precepto. El texto de base sigue siendo el Convenio de doble nacionalidad respectivo y, por

si pudiera plantearse alguna duda, la ley aplicable al estatuto personal vendría determinada por lo dispuesto en el artículo 9, 9.º del Código civil. No hay nada que objetar a que, como sugiere la *Instrucción*, se impulsen las consultas periódicas entre Gobiernos previstas en este tipo de instrumentos internacionales, pero, cabe insistir, el texto del párrafo último del artículo 23 del Código civil no precisa hoy por hoy la realización de tales consultas.

§ 9. CONSIDERACIONES FINALES

22. El artículo 11, 1.º de la Constitución establece que «La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley». Este precepto, cuya importancia acaso no haya sido debidamente ponderada (45) es trascendental dentro del nuevo Derecho español de la nacionalidad. De un lado, porque la remisión no se hace al Código civil o al «Derecho civil» (46), lo que posibilita el cauce de una ley especial que, en nuestra opinión, debería tener el carácter de Ley Orgánica (47), con independencia de que el legislador haya preferido utilizar el cauce de la reforma parcial del Código civil en la Ley 51/1982. De otro, porque deja bien sentado que la nacionalidad es una materia que queda excluida del ámbito de la potestad reglamentaria de la Administración. Ambas características del precepto han sido utilizadas con poca fortuna a la hora de adaptar nuestro Derecho de la nacionalidad a los principios constitucionales, toda vez que el reducido marco de diez artículos del Código civil no puede dar respuestas adecuadas a una materia tan extensa y con autonomía propia. Ello ha dejado un margen de interpretación tan inmenso a la D. G. R. N. que el Organismo directivo, aun en contra de su voluntad, continúa fijando los límites del sistema pese al mandato del constituyente.

Ahora bien, con independencia del dato anterior, cuya raíz última descansa en la desafortunada reforma del Código civil de 1982, la *Instrucción* se caracteriza por haber adoptado una posición restrictiva hacia el espectacular aumento del número de españoles que los nuevos preceptos sobre nacionalidad hacían presagiar. Esta actitud, claro es, responde a unas circunstancias socio-económicas muy concretas por las que atraviesa nuestro país en estos momentos y la relación de esta

(45) *Vid.* las interesantes consideraciones sobre este precepto realizadas por M. ALBALADEJO, *Derecho civil, I, Introducción y Parte General*, vol. I, 9.ª ed., Madrid, Bosch, 1983, p. 291.

(46) Debe reconocerse, sin embargo, que en la primera fase de la elaboración de la Constitución existió una tendencia a acudir a las disposiciones del Derecho civil, manifestada tanto en el borrador, como en el Anteproyecto y en el Proyecto elaborado por el Congreso de los Diputados. Incluso hubo una tendencia a utilizar la expresión «Código civil» (Enmienda núm. 779 al Anteproyecto de Constitución presentada por el Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático, *Trabajos parlamentarios, op. cit.* en n. 7, vol. I, p. 484).

(47) *Cf.* «La reforma...», *loc. cit.* en n. 2, núm. 10 y n. 38.

actitud hostil con la política de extranjería seguida por el Ministerio del Interior es evidente. En la presente nota se ha pretendido dar en ciertos aspectos una lectura de los textos legales contraria a la realizada por el Organismo directivo, pero no es a éste a quien en el fondo van dirigidas las críticas. De un lado, porque en la elaboración de la *Instrucción* participaron todos los Ministerios implicados. De otro, porque el legislador no prestó la debida atención a la trascendencia de una reforma del Derecho de la nacionalidad en España y en el año 1982.

23. Estas páginas (48) han tratado de honrar la memoria de un gran maestro del Derecho internacional privado que ha dedicado gran parte de su obra al estudio de ese particular sector del Ordenamiento jurídico que es el Derecho de la nacionalidad. Sin la aportación fundamental del profesor Federico de Castro y Bravo, sin su insistencia en la necesidad de profundizar en la dimensión histórica, la doctrina española se hubiese visto desprovista de un importante bagaje que la caracteriza y que la *Instrucción*, con independencia de sus conclusiones, refleja en buena medida. Pero junto a esta dimensión teórica De Castro fue un jurista que supo responder al reto del tiempo en que le correspondió vivir. Profundamente iberoamericanista, la actual institución de la doble nacionalidad convencional no existiría en el Código civil de no haber sido por su esfuerzo. Consciente de la injusticia de la apatridia, la reforma del Código civil de 1954 emprendió por vez primera la lucha por su erradicación en virtud de su impronta. Para quienes no hemos tenido la suerte de contar con el magisterio directo del profesor Federico de Castro, nos queda el estímulo de su dilatada obra y el espíritu que supo impregnar a varias generaciones de juristas.

(48) Con posterioridad a la elaboración de esta nota ha aparecido un importante trabajo de J. DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, *Principios de la reforma en materia de nacionalidad*, «Revista de Derecho Privado», 1983, pp. 791-819, que supone una lectura radicalmente distinta de la efectuada por nosotros acerca de la *Instrucción*; las posiciones contrarias mantenidas por este autor, sólidamente fundamentadas, pueden servir de punto de partida para una enriquecedora polémica. Resulta asimismo obligada la referencia al estudio de L. SANTOS ARNÁU y B. VILA COSTA, *Comentarios a la Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 al 26 del Código civil en materia de nacionalidad*, «Revista Jurídica de Cataluña», 1983, pp. 847-895, publicado también con posterioridad a la entrega de esta nota.

El Profesor Federico de Castro y el Derecho mercantil

Por LUIS FIGA FAURA

Son cada vez menos, y cada vez más cargados de años los juristas que aspiran a una visión global de Derecho, los juristas que, conociendo con detalle nuestro ordenamiento jurídico se niegan a parcelarlo en especialidades progresivamente aisladas unas de otras, los juristas que conservan todavía una visión unitaria del Derecho —de todo el Derecho—. Uno de ellos —uno de los penúltimos— fue don Federico de Castro, jurista que, aun cultivando especialmente el Derecho civil, vio siempre al Derecho como una unidad informada por unos principios válidos para cualquier rama o especialidad de la ciencia jurídica. Conocedor como pocos del derecho vigente y de su historia, tuvo capacidad y voluntad de tratar de materias que no pocos reivindicaban con exclusividad para sí; y lo hizo con profundidad y autoridad indiscutible. Baste citar sus estudios de Derecho internacional: sus trabajos sobre la nacionalidad han sido calificados como lo mejor publicado hasta ahora sobre esta materia de Derecho público.

Tuvo la preocupación del Derecho mercantil —y a ella se refieren las presentes páginas—, y fruto de esta preocupación son varios estudios que nos ha dejado, exhaustivos en su documentación y profundos en su contenido. Me referiré, en especial, a tres problemas que le preocuparon especialmente por los abusos que en ciertas instituciones se habían producido: el de las condiciones generales de la contratación, el de las cláusulas compromisorias y el de la Sociedad Anónima.

En cuanto al primero, fue objeto de especial consideración en 1960 en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pronunciado bajo el título *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*. Se trata de una pieza extraordinariamente densa de contenido, con la cual intenta hacer frente, y en lo posible neutralizar, la doctrina que pretende imponer tales condiciones como si de Derecho positivo vigente se tratara, extendiendo a ellos la norma contenida en el actual número uno del artículo sexto del Título Preliminar del Código civil; es decir, la doctrina que pretende imponer el criterio de que la ignorancia de la Ley y de las condiciones generales del contrato no excusa de su cumplimiento. El discurso está

estructurado en una introducción al tema y en dos grandes partes: la primera que considera a tales condiciones generales del contrato como pretendida norma objetiva y la segunda que mira a los efectos de tales condiciones generales cuando aparecen incorporadas a un contrato.

En la primera parte argumenta sobre la imposibilidad de que tales condiciones puedan constituir norma jurídica, usos mercantiles o Derecho natural. En ella destaca el tratamiento que hace de los usos mercantiles esbozando su conceptualización con miras a dejar bien especificadas sus características y requisitos, así como su lugar en la economía general de nuestro Código de comercio.

En la segunda parte se plantea el problema de la pretendida libertad de contratación y de sus límites. Destacan en ella las puntualizaciones que hace sobre la posibilidad de la renuncia a las Leyes —y a los beneficios que ellas conceden— y una muy precisa y matizada doctrina sobre la naturaleza de las normas dispositivas.

El segundo de los temas estudiados por el maestro lo fue en el trabajo *El arbitraje y la nueva «lex mercatoria»*, publicado en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL (octubre-diciembre de 1979). En más de cien densas páginas, repletas de documentación, examina la evolución histórica del arbitraje hasta la codificación y se detiene en el estudio de la cláusula compromisoria. Con estos antecedentes enfoca el tema de la nueva *lex mercatoria*, el protagonismo en ella del arbitraje, la reacción frente al movimiento de la *nueva lex mercatoria* y el repliegue de ésta y de la doctrina mercantilista sobre el arbitraje al tráfico internacional, terminando con un examen y crítica de nuestra Ley de Arbitrajes de Derecho Privado. Destaca en dichas páginas la constante preocupación de su autor por la justicia y por la protección de la parte contractual débil. Para don Federico de Castro la cláusula compromisoria lleva consigo la facilidad de su abuso y tiene dudosa justificación intrínseca; por ello sostiene que razones de justicia y también de defensa de la propia economía aconsejan establecer medidas de control tanto para el arbitraje cuando se utiliza respecto de contratos de comercio interno como cuando se emplea en relación a contratos de comercio internacional.

El tercero de los temas contemplados por don Federico de Castro lo constituye la Sociedad Anónima, siendo de advertir que su preocupación se manifiesta a veces directamente —como ocurre en el estudio publicado en la «Revista de Estudios Políticos» (enero-febrero de 1950) con el título *¿Crisis de la Sociedad Anónima?*— y a veces a través del concepto de persona jurídica —como ocurre en los estudios publicados en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL (octubre-diciembre de 1949), bajo el título *La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de Persona jurídica* y en el Libro Centenario de la Ley del Notariado, vol. I, 1964, bajo el título *Formación y deformación del concepto de persona jurídica*. Es curiosa la insistencia del maestro en enfocar e intentar combatir los abusos a que da lugar la Sociedad Anónima, no directamente, sino apuntando preferentemente al concepto de persona jurídica: esta particularidad le impide tratar extensamente del fraude de Ley;

para él el fraude se encuentra ya en la admisión de la limitación de la responsabilidad y ésta es una consecuencia de la personalidad jurídica. En cuanto a lo primero no encuentra justificación a que quienes no se exponen a ningún riesgo especial ni buscan el general beneficio y sí sólo enriquecerse a costa ajena, reciban gratuitamente la ventaja de que su patrimonio quede exento de responsabilidad: la Sociedad Anónima debe servir a fines más altos que el egoísmo de los hombres que la controlan. En cuanto a lo segundo, afirma que el movimiento legislativo que, impulsado por el liberalismo económico se manifiesta históricamente en las leyes permisivas de sociedades por acciones, sin necesidad de previa autorización administrativa, crea un grave problema teórico y práctico; los autores se las ingenian para crear una abigarrada y espesa nube de teorías, mas poco a poco se irá consolidando la opinión común que entiende solucionar tales dificultades acudiendo al *Deus ex machina* de la persona jurídica: de este modo se «inventa» la versión moderna de este concepto, el cual «al popularizarse y simplificarse se aplica de modo mecánico, lo que a su vez facilita y empuja a que sea utilizado por legisladores y jueces. Despojados de complicaciones teóricas se emplea usualmente para designar y justificar, al lado del hombre, unos entes con capacidad jurídica y de obrar dignos de una protección jurídica igual a la atribuida a la persona natural. Se acepta como algo evidente, como un hecho respecto al que como tal no importa que se discuta su naturaleza, que ésta quede inexplicada o se considere inexplicable».

* * *

Como queda dicho, el doctor Federico de Castro trata de las cuestiones que le preocupan —principalmente las que han sido esbozadas anteriormente— con profundidad de doctrina y abundancia de documentación, no escatimando, cuando ello es necesario, la exposición histórica de las materias que estudia. Quizá por ello es más fuerte el contraste que ofrece el hecho singular de la escasa atención que los juristas han prestado a tales trabajos y su no menos escasa repercusión doctrinal y práctica.

Las razones de este lamentable hecho pueden ser muchas. Quizá los civilistas han creído que las condiciones generales de la contratación, el arbitraje y la *lex mercatoria* y las Sociedades Anónimas eran materias que estaban al margen de su especialidad. Si ello es así, se ha perdido la ocasión de seguir al maestro y profundizar en su doctrina en materia de normas dispositivas y de renuncia de derechos (materias que, de haber sido estudiadas más atentamente, habrían recibido un más correcto trato en la modificación del Título Preliminar del Código civil) en materia de arbitrajes (haciendo frente a unos posibles futuros abusos en el campo civil) y en materia de personalidad jurídica. En cuanto a este último punto nuestra doctrina podría aprovechar nuestra regulación legal configurando a la persona jurídica como un simple punto geométrico, centro de imputación o boya de amarre de relaciones jurídicas, con lo que el problema de la limitación de responsa-

bilidad podría ser tratado como cuestión independiente. Es evidente que la conexión de la que parte Federico de Castro entre personalidad jurídica y limitación de responsabilidad, más bien propia de legislaciones distintas de la nuestra, si por un lado facilita la construcción doctrinal y la justificación técnica de esta última, por otro lado deja sin explicar la extraña figura de situaciones —por llamarlas de algún modo— susceptibles de demandar y de ser demandadas judicialmente y de ser titulares de derechos y obligaciones, aun careciendo de personalidad jurídica.

Si los trabajos del maestro sobre materias de Derecho mercantil tuvieron escaso éxito entre los civilistas, no por ello alcanzaron mejor fortuna entre los mercantilistas. Y la razón de ello es doble: por una parte, la progresiva fragmentación y compartimentación del saber jurídico lleva a que cualquier especialista en una materia considere *ultra crepidam suor* a quien siendo especialista en otra se atreve a invadir lo que se reivindica como campo propio.

La segunda es más importante y debe ser considerada con mayor atención. Se trata de los efectos extraños y paradójicos que produce una inicial coincidencia de apreciaciones en la cuestión fundamental de la determinación de la naturaleza del Derecho mercantil. Tanto los civilistas como los mercantilistas o la mayor parte de ellos creen en la unidad esencial del Derecho privado. Tanto Federico de Castro como Joaquín Garrigues creen que el Derecho mercantil es un *Derecho especial*, es decir, según definición del primero, «un Derecho que contiene normas que regulan sólo una institución o una serie de relaciones determinadas, o sea, las que tienen por fin una regulación parcial». Con arreglo a esta visión de las cosas el Derecho mercantil sólo regula instituciones no contenidas en el Código civil pero que en realidad podrían perfectamente formar parte de él —como ocurre en Italia—. Derecho civil y Derecho mercantil son Derecho privado y éste es único. Tanto Federico de Castro como Joaquín Garrigues están de acuerdo en reaccionar duramente contra cualquier afirmación en contrario. La afirmación contenida en la Exposición de Motivos de nuestro Código de comercio de que el Derecho mercantil «de Derecho excepcional o particular y como una rama del Derecho civil en que hasta poco era tenido se define como derecho propio e independiente con principios fijos derivados del Derecho natural y de la índole de las operaciones mercantiles» es calificada por Garrigues de «pronunciamiento» y por De Castro de «extravío separatista». Existe, pues, pleno acuerdo, entre civilistas y mercantilistas —o, por lo menos, entre sus más insignes representantes—. Pero esta coincidencia en lo que podríamos llamar monismo jurídico es más aparente que real, puesto que no es un hecho constatable, sino una meta a conseguir: para Federico de Castro —tratando de la reforma de la Sociedad Anónima— «no estaría de más considerarla desde un nuevo ángulo menos especializado, sin los prejuicios de una técnica aprendida o la pasión propia del directamente interesado, y que tuviese en cuenta los criterios tradicionales del Derecho civil. Para Garrigues «el Derecho mercantil inunda

toda la contratación y se generaliza de tal modo que la contratación civil queda arrinconada... Lo más importante a mi juicio es que la generalización del Derecho mercantil... ha conducido a la unificación del Derecho de obligaciones».

Se transparenta en los textos transcritos algo totalmente incompatible con el monismo jurídico: la existencia de unos principios generales que ambos autores consideran *absolutamente generales*. Pero para De Castro son los principios civiles y para Garrigues los mercantiles: el diálogo entre ambos maestros es un diálogo entre sordos.

La característica esencial del pensamiento de De Castro se halla en la arraigada creencia de que, siendo *una* la Justicia, el Derecho no puede ser más que *uno*. Y este *uno* es lo que llamamos Derecho civil. La preocupación por aquella Justicia única es visible en todas las obras del maestro y constituye en ellas un constante *leit motiv*: esta es la razón por la cual sostiene que el Derecho mercantil es Derecho civil —tan especial como se quiera. Posición ésta que ha llevado, con el entusiasta asenso de los mercantilistas a una situación fáctica y doctrinal escasamente deseable: si se comunican dos vasos es inevitable que se produzca una corriente del vaso en que haya mayor presión al vaso en que la presión sea menor: la invasión de este último por el primero está garantizada. Dicho de otra manera: el monismo jurídico, la tan bien intencionada opinión de que Derecho civil y Derecho mercantil son un solo Derecho presidido por unos mismos principios lleva a la mercantilización, forzada por los hechos y facilitada por la doctrina, de la vida civil.

Cuando Federico de Castro trataba de cuestiones mercantiles creía estar haciéndolo *desde dentro* de un Derecho único cuando en realidad lo estaba haciendo *desde fuera* de un Derecho totalmente distinto por inspirarse en principios distintos; para los mercantilistas, Federico de Castro era un forastero hablando un idioma incomprensible. De Castro rechazaba el *favor creditoris*, el principio *solve et repete*, la máxima según la cual *res tantum valet quam vendi potest* el principio según el cual *naturaliter licere contrahentibus invicem se circumvenire*: ante ellos hubiera exclamado, como Fontanella: *contremiscunt mihi carnes*; y, como consecuencia, se empeñaba en hacerlas desaparecer del Derecho mercantil: por el contrario, los mercantilistas las han considerado siempre —como el autor de la Exposición de Motivos de nuestro Código de comercio— de Derecho natural y, en consecuencia, perfectamente aplicables a *todo* el Derecho privado.

Quienes no queremos ser mercantilizados porque no sabemos y no queremos someternos a unas reglas de juego que no son las nuestras, no podemos, como juristas, hacer otra cosa que propugnar un radical pluralismo jurídico: Derecho civil y Derecho mercantil son dos derechos distintos inspirados en sistemas de principios opuestos y separados por unas normas de conflicto —los artículos que encabezan, en el Código de comercio, la regulación de cada uno de los contratos mercantiles— que delimitan claramente los campos en que las normas de cada uno de ellos puede recibir aplicación.

Alcance del principio constitucional de igualdad

Por AMADEO DE FUENMAYOR
Profesor de la Universidad de Navarra

EL LLAMADO ORDENAMIENTO «PRINCIPIAL»

La Constitución española de 1978 ha venido a continuar, perfeccionándola —o si se quiere, dándole acabamiento congruente— la labor iniciada con la reforma, sancionada en 1974, del Título Preliminar del Código civil, por lo que mira el valor atribuido a los *principios jurídicos*.

El Título Preliminar, si bien mantiene la terminología «principios generales del derecho» y su papel subsidiario, les reconoce «carácter informador del ordenamiento jurídico»: «Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico» (art. 1, 4). El reconocimiento de esta función informadora significa la consagración de la tesis mantenida —con la profundidad y robustez que caracteriza toda su grandiosa obra científica— por don Federico de Castro, en cuya emocionada memoria se escriben estas líneas. Para el profesor De Castro, los principios generales del derecho son los inspiradores de todo el ordenamiento, son «las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación» (1).

La novedad introducida en la reforma del Título Preliminar dejaba en la imprecisión el alcance de esa función informadora del ordenamiento, porque, con razón se preguntaba el profesor Lacruz si cabe invocar unos principios supralegales como Derecho positivo de rango superior, frente a la ley que eventualmente se oponga a ellos (2). La respuesta negativa, dada por Lacruz para el planteamiento del Título Preliminar, se torna en positiva a raíz de la Constitución de 1978.

Al decir de Díez Picazo, «el ordenamiento que nuestra Constitución diseña es un ordenamiento 'principlal', formado por decirlo así por principios y normas ordinarias. Los primeros operan con el alcance y la fuerza que les reconoce el artículo 1.º del Código civil. Sirven

(1) FEDERICO DE CASTRO, *Derecho Civil de España. Parte General*, I, 3.ª ed., Madrid, 1955, pág. 464.

(2) LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, I, *Parte General*, Barcelona, páginas 58 y 59

de base y fundamento a todo el ordenamiento; son las grandes directrices hermenéuticas y de aplicación; y a falta de toda otra norma, la última y siempre existente fuente del derecho. Son principios, obviamente, los que la Constitución define como tales. Hay, pues, desde ahora unos 'principios constitucionales'. Ello, sin embargo, no quiere decir a mi juicio que la Constitución recoja todos los principios, ni que tenga en este punto un valor excluyente. Caben principios no recogidos por la Constitución, a los que tal vez cupiera llamar 'principios tradicionales'. Lo que ocurre es que este segundo plano de principios no podrá estar nunca en contradicción con el primero» (3).

Esta distinción apuntada por Díez Picazo, lleva a no identificar los «principios generales» del Código civil con los «principios constitucionales», pues —como advierte Andrés Ollero, con referencia a los segundos—, «ha surgido una nueva consideración de los principios: no abstraídos *a posteriori* de los contenidos de la ley, ni meramente informantes en *presente*, sino con un carácter claramente *pre-legal*» (4).

LA DISTINCION ENTRE VALORES Y PRINCIPIOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Al estudiar la Constitución como norma jurídica, escribe García de Enterría:

«La Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un 'orden de valores' materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales de Derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir (sobre todo, naturalmente, al intérprete judicial, a la jurisprudencia), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre ellos, por la decisión suprema de la comunidad que la ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva» (5).

El fundamento de la unidad del ordenamiento —en cuanto la Constitución es norma de máximo rango— se estima que son ciertos valores consagrados en ella y expresados en sus principios generales. Se trata de dos conceptos fundamentales que se ha cuidado de diferenciar Hernández Gil. Su doctrina se resume en las apreciaciones siguientes:

a) El valor expresa un criterio, el fin esencial y el fundamento de la ordenación de un sistema de creencias. No es en sí mismo una

(3) DÍEZ PICAZO, *Constitución y fuentes del Derecho*, en «Civitas», 1979, pág. 190.

(4) ANDRÉS OLLERO, *Derecho natural y «jurisprudencia de principios» (con referencia a la Constitución española de 1978)*, en «Persona y Derecho», 8, 1981, pág. 178.

(5) GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXXII, 1979, pág. 329.

norma susceptible de aplicación directa como tal. Con base en él se elaboran las normas y se interpretan.

b) Los principios desempeñan por sí mismos una función normativa; son normas en un grado de enunciación no circunstanciadamente desenvuelto, sino dotado de gran generalidad.

c) Los valores están por encima de todas las normas e incluso de los principios, que presuponen la realización de un valor.

d) En el llamado derecho «principal» (denominado por otros derecho «principal») la estructura normativa es el mínimo indispensable para la proyección del valor en las relaciones sociales (6).

LA IGUALDAD COMO VALOR Y COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

La Constitución española de 1978 coloca a la igualdad entre los valores superiores del ordenamiento, junto a la libertad, la justicia y el pluralismo político (art. 1, 1). De otra parte, consagra la exigencia de igualdad —concretamente en el artículo 14— como un principio constitucional.

Esta doble conceptualización podría conducir a desdibujar el alcance que debe atribuirse a la igualdad en su consideración jurídica, por lo que conviene determinar, ante todo, la relevancia que merece la igualdad en cuanto valor básico del ordenamiento. Y a tal objeto es muy oportuna la cuestión planteada por Sergio Cotta acerca de si es posible atribuir a la igualdad el primado sobre los otros valores. Para el autor italiano, la respuesta es negativa: allí donde reinen la justicia y el derecho, la igualdad está sin duda presente en cuanto valor, pero no es el valor supremo; la justicia comporta un cierto grado de igualdad, pero no una igualdad absoluta, porque no iguala siempre ni a toda costa (7).

La misma idea es expuesta por Hernández Gil en estos términos: «En muchas concepciones de la justicia, ésta se identifica con la igualdad. No creo que el total problema de lo justo se resuelva en la igualdad. En la justicia está más acentuada la función ordenadora; es un criterio de valoración destinado a conformar el comportamiento social. Evidentemente, la igualdad es un componente del criterio valorativo —ordenador que es la justicia; mas no se trata de que la justicia es igualdad, sino de que es justa la igualdad. La justicia, en la esfera del derecho, tiene un sentido de totalidad que le lleva a ser no sólo valor, sino también medida de los demás valores sociales y jurídicos» (8).

(6) HERNÁNDEZ GIL, *El ordenamiento jurídico y la idea de la justicia*, Madrid, 1980, págs. 99 y 100.

(7) SERGIO COTTA, *Né Giudeo né Greco, ovvero della possibilità dell'uguaglianza*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LIII, 1976, págs. 341, 342 y 334.

(8) HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 53 y 54.

Sobre la relación entre la justicia y la igualdad volveré al precisar el alcance de la igualdad como principio constitucional. Pero antes conviene definir los confines de este principio.

LOS DESTINATARIOS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El principio de igualdad fue enunciado inicialmente como un principio general mediante una fórmula acuñada que se encuentra en las constituciones políticas a partir del siglo XIX: «todos los hombres son iguales ante la ley». Con esta fórmula lo que en rigor se pretende es exaltar el valor de la ley, en el sentido de garantizar la efectividad de una de sus características esenciales: su generalidad. El principio de igualdad, en esta primera fase, contiene una exigencia —que es garantía para el ciudadano— de la que son destinatarios tanto los tribunales como la Administración, y principalmente ésta. La «igualdad ante la ley» trata de evitar, sobre todo, que los administrados sean tratados de modo arbitrario, si bien se reconoce a la Administración cierto margen de libertad en la observancia de las normas legales, lo que lleva a distinguir, en Derecho administrativo, las nociones de arbitrariedad y de discrecionalidad.

La afirmación constitucional de que todos los hombres, de que todos los ciudadanos son iguales ante la ley, no afecta en esta primera etapa al legislador. El principio jurídico de igualdad no sirve de vehículo —en el plano superior de la ley— para la promoción de la igualdad como valor. El legislador no es inicialmente un destinatario de las exigencias de la igualdad. Se trata todavía de uno de esos principios jurídicos expresados de forma abstracta, que no proporcionan, al decir de Ripert, una regla de conducta bastante segura para que se pueda afirmar que las leyes positivas no tendrán buenas razones para no aplicarla; la igualdad no es más que una idea abstracta que se traduce por la generalidad de la ley, pero que no puede impedir numerosas distinciones entre las personas sometidas a la ley (9).

En una segunda etapa, el principio de igualdad se ha entendido con un mayor alcance. No exige solamente una aplicación igual del Derecho (sin acepción de personas, es decir, sin privilegios), sino que entraña también el rechazo de toda desigualdad jurídica material, es decir, la prohibición de diferenciaciones sin un fundamento racional, prohibición que cobra todo su sentido si se aplica incluso al legislador, que es desde ahora también otro de sus destinatarios.

En la evolución de los estudios jurídicos sobre la igualdad, constituye una contribución de particular importancia la obra de Gerhard Leibholz (10), que ha influido de modo decisivo en la doctrina cien-

(9) GEORGES RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, París, 1955, págs. 342 y 333.

(10) GERHARD LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2.^a ed., München y Berlín, 1959.

tífica y en la jurisprudencia constitucional, tanto de Alemania como de otros países. Su doctrina, elaborada primero con base en la Constitución de Weimar y aplicada después a la Ley Fundamental de Bonn, puede resumirse en los siguientes puntos:

a) El término «ley» (*Gesetz*), en la expresión «igualdad ante la ley» («*Gleichheit vor dem Gesetz*») del artículo 109 de la Constitución de Weimar de 1919 (11), debía entenderse en sentido no sólo formal, sino material. No es sólo igualdad en la aplicación de la ley (por parte del poder ejecutivo y del judicial); significa también un límite para el legislador. El principio no exige sólo igualdad ante la ley («*Gleichheit vor dem Gesetz*»), sino igualdad en la misma ley («*Gleichheit im Gesetz*»).

b) En cuanto al contenido de la igualdad, toma en cuenta la evolución filosófica y doctrinal desde Aristóteles. Entre las varias manifestaciones posibles de la igualdad (absoluta, mecánica, relativa, etc.), acoge la idea de proporcionalidad.

c) El punto central de su construcción sistemática es el concepto de «prohibición de arbitrio» («*Verbot der Willkür*»). A los hombres (por su valor humano, esencialmente igual) debe reconocérseles la pretensión, frente a todos los poderes del Estado, de un tratamiento igual, pero de una manera proporcional, atendiendo a sus peculiaridades personales.

d) Entiende la noción de «prohibición de arbitrio» (de arbitrariedad) como un correlato de la justicia. Distingue las normas que son racionales por su fundamento (y que, siendo entre sí diversas, no contradicen el principio de igualdad) y las que deben estimarse arbitrarias. Merecen esta calificación si carecen en absoluto de un fundamento racional; si el supuesto de hecho es inconciliable con las consecuencias jurídicas de la norma; o si no existe una relación suficiente entre la disposición y su finalidad. El límite de la discrecionalidad del legislador viene determinado por un criterio de justicia: si una norma no está orientada hacia la justicia, debe considerarse arbitraria, por faltarle una base efectiva de justificación. Fuera de este límite, corresponde al legislador la función de valorar la relevancia de las diversidades apreciables en los supuestos de hecho que hay que regular.

e) El problema esencial es el de la posibilidad de utilizar el concepto de justicia o su correlato, «la prohibición de arbitrio», para la explicación de la norma de igualdad.

Por influjo de la doctrina de Leibholz, es ya terminología generalizada la que distingue una igualdad formal y otra material, denominadas, respectivamente, «igualdad ante la ley» e «igualdad en la ley». La primera es consecuencia de la generalidad de la norma jurídica. La segunda se presenta como un ideal, como un objetivo por el que hay

(11) «*Alle Deutschen sind vor dem Gesetz gleich*»: «todos los alemanes son iguales ante la ley».

que luchar. La reivindicación de la «igualdad en derecho» o «en la ley», tiene por objeto el *contenido* de ciertas normas generales, que confieren derechos subjetivos (12).

IGUALDAD Y DISCRIMINACION

Al tratar del contenido, es decir, del alcance práctico de las exigencias derivadas del principio jurídico de igualdad, se ha hecho notar con razón que son imposibles tanto una absoluta libertad como una absoluta igualdad (13). Considera Rossano que el ordenamiento jurídico, para pretender alcanzar una igualdad absoluta, habría de llegar al absurdo de igualar a todos los sujetos bajo todos los aspectos posibles e imaginables, y en tal caso se anularía a sí mismo, porque tendría que renunciar a cualquier disciplina entre los hombres, ya que no podrían existir relaciones diversas; o bien habría de tomar en consideración todos los elementos y las características de los particulares, para acomodar la disciplina correspondiente a las diferencias naturales, con lo que vendría a negarse el concepto mismo de igualdad (14). Y es que la exigencia de extender lo más posible la igualdad jurídica encuentra límites intrínsecos que hacen impracticable tal pretensión (15).

La conclusión que fluye espontáneamente de todo lo hasta aquí considerado, es que el principio jurídico de igualdad (ante la ley y en la ley) no puede desconocer la necesidad de que la norma tome en consideración, al regular los supuestos de hecho, aquellos elementos de diferenciación que se estimen razonables, es decir, con un fundamento de justicia.

Y esto lleva a contraponer dos tipos de distinciones: unas, legítimas; otras, rechazables por injustificadas. Semejante contraposición ha venido a acuñar una terminología expresiva de las distinciones injustificadas. En estos últimos años el principio general de igualdad se traduce por el de no discriminación. Al decir de Robert Pelloux, el principio de no discriminación aparece hoy como una forma perfeccionada, y sin duda más realista, del principio de igualdad (16).

El examen de la práctica internacional y del Derecho constitucional comparado muestra —dice un autor que se ha ocupado especialmente del tema— que el empleo del término «discriminación» es relativamente reciente. Los trabajos preparatorios de las convenciones internacionales, las constituciones modernas, la jurisprudencia internacional y

(12) Vid. MARC VANQUICKENBORNE, *La structure de la notion d'égalité en droit*, en la obra colectiva «L'égalité», I, Bruxelles, 1971, págs. 179 y s.

(13) Vid. SUNDBOM, *Über das Gleichheitsprinzip als politisches und ökonomisches Problem*, Berlín, 1962, pág. 22.

(14) Cfr. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966, pág. 256.

(15) Vid. MATHIEU, *L'eguaglianza giuridica*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», LIV, 1977, págs. 22 y s.

(16) ROBERT PELLOUX, *Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit public français*, en «Revue du droit public», 1982, pág. 914.

la doctrina prueban sin excepción que este término ha adquirido un sentido claramente peyorativo en el Derecho internacional actual (17). La elección entre las palabras «distinción» y «discriminación», considerada durante cierto tiempo como una cuestión de estilo, porque los dos términos parecían intercambiables, se ha convertido en una cuestión de fondo. La toma de conciencia de que toda «distinción» no era necesariamente ilegítima, ha entrañado la necesidad de disponer de un término que sólo se aplicaría a las distinciones ilegítimas. Un refinamiento aún mayor de las nociones ha completado el arsenal terminológico con el término «diferenciación», aplicado a las distinciones justificables (18).

La Constitución española de 1978 proclama, en su artículo 14, el principio de igualdad con la fórmula clásica de las viejas constituciones y, a la vez, con la terminología más reciente para la determinación del contenido de este principio general: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social».

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Un estudio de las Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional español desde su constitución, permite afirmar que el principio de igualdad es el principio invocado mayor número de veces: se le cita en la tercera parte de las Sentencias, dictadas hasta ahora.

El fenómeno, sin embargo, no es exclusivo de España. Con referencia a la República Federal Alemana, escribe Chomé que el principio de igualdad es invocado en innumerables casos: la idea de igualdad se encarna en los espíritus y en las costumbres, pero es todavía un principio vago. El Tribunal Constitucional se esfuerza en dar un contenido material y objetivo a la noción de igualdad (19).

(17) La Real Academia Española ha admitido recientemente esta aceptación peyorativa. En la edición del «Diccionario» de 1970, ofrece dos acepciones de la palabra discriminar. Según la primera (que responde a su etimología latina), significa «separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra». En su segunda acepción, discriminar quiere decir «dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos sociales, religiosos, etc.».

(18) Cfr. MARC BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, 1976, págs. 26 y 27.

Sobre el tema, vid PHEDON VEGLERIS, *Le principe d'égalité dans la Déclaration universelle et la Convention européenne de Droits de l'Homme*, en «Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch», I, Bruxelles, 1972, págs. 565 y s.; LUIS FELIPE NAVARRO, *Proyectos de Declaración y de Convenio Internacional sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o creencia*, en «Ius Canonicum», XXI, 1981, págs. 809 y s.; MC KEAN WARWICK A, *Equality and discrimination under international Law*, Oxford, 1983.

(19) Cfr. CHOMÉ, *Le principe de l'égalité en droit dans la République Fédérale Allemande*, en la obra colectiva «L'égalité», I, Bruxelles, 1971, pág. 69.

Al examinar la jurisprudencia del Consejo constitucional francés, advierte Leben que la introducción de jurisdicciones constitucionales en diferentes países ha conducido a hacer del análisis y de la interpretación de la noción de igualdad, uno de los grandes problemas del Derecho constitucional, como sucede en los Estados Unidos desde hace más de un siglo (20).

Tal ocurre también entre nosotros, por lo que la jurisprudencia de nuestro Tribunal ofrece un gran interés para determinar el real alcance del principio de igualdad, que ha sido sometido en ella a un minucioso y matizado análisis.

1. *Los destinatarios del principio de igualdad.*

Lo son todos los poderes públicos: no sólo la Administración y el Poder judicial; también el legislador.

La Sentencia de 10 de noviembre de 1981 (21), en su Fundamento Jurídico núm. 3 declara: «El primer aspecto del principio de igualdad que debemos considerar es el relativo a si vincula a todos los poderes públicos, incluso el legislativo, pues sólo en este caso sería de aplicación a la cuestión suscitada en que se trata de precisar si un precepto contenido en un Decreto legislativo vulnera o no el principio de igualdad».

«Pues bien, a nuestro juicio, la respuesta ha de ser necesariamente afirmativa. La igualdad consagrada en el artículo 14, de carácter jurídico, vincula a todos los poderes públicos porque así lo afirma taxativamente el artículo 53.1 de la Constitución en relación a los derechos y libertades contenidos en el Capítulo 2.º de su Título I, que comprende el artículo 14. Vinculación inequívoca, además, si se tiene en cuenta el grado de protección que la Constitución garantiza a tales libertades y derechos que, de acuerdo con el artículo 53.2 de la misma y 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, comprende la posibilidad de estimar un recurso de amparo si la Sala entiende que la Ley aplicada vulnera el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución, lo que da lugar a que seguidamente la cuestión haya de elevarse al Pleno del Tribunal que podrá declarar la inconstitucionalidad de la Ley. Ninguna duda puede haber, pues, de que el legislador está obligado a observar el principio de igualdad dado que su inobservancia puede dar lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la Ley. Por lo demás, ésta ha sido ya la doctrina mantenida por este Tribunal en su Sentencia de 2 de julio de 1981, recaída en la cuestión de Inconstitucionalidad número 223/1980 («B.O.E.» de 20 de julio de 1981), doctrina que reiteramos».

(20) Cfr. CHARLES LEBEN, *Les Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi*, en «Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger», 2-1982, pág. 297.

(21) Recaída en la Cuestión de Inconstitucionalidad número 48/1981, publicada en el «B. O. E.» de 19 de noviembre de 1981.

«La igualdad jurídica reconocida en el artículo 14 de la Constitución —había afirmado la citada Sentencia de 2 de julio de 1981— vincula y tiene como destinatario no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislativo, como se deduce de los artículos 9 y 53 de la misma» (22).

2. Igualdad en la aplicación de la ley

a) La igualdad de los fallos: de un mismo órgano o de distintos órganos jurisdiccionales.

La Sentencia número 49/1982, de 14 de julio (23), declara que: «La regla general de la igualdad ante la Ley contenida en el artículo 14 de la Constitución, contempla, en primer lugar, la igualdad de trato dado por la Ley o igualdad en la Ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es, asimismo, igualdad en la aplicación de la Ley lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la Ley cuando ésta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos, la institución que realiza el principio de igualdad y a través del cual se busca la uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la Ley tiene necesariamente que cohererarse con el principio de coherencia de los órganos encargados de la aplicación de la Ley cuando éstos son órganos jurisdiccionales» (24).

Según la Sentencia de 30 de marzo de 1981 (25): «En la aplicación jurisdiccional de la Ley puede existir violación del principio de igualdad cuando un mismo precepto se aplica en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias (esto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles), o con apoyo de alguna de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el artículo 14 de la Constitución» (26).

(22) La Sentencia número 59/1982, de 28 de julio, afirma también que el principio de igualdad constituye un límite al propio legislador (recaída en los R. de Amparo acumulados nn. 30 y 99/1981; «B. O. E.» de 18 de agosto de 1982).

(23) Recaída en el R. de Amparo n. 21/1982; «B. O. E.» de 4 de agosto de 1982).

(24) Sientan la misma doctrina la Sentencia n. 52/1982, de 22 de julio (recaída en el R. de Amparo n. 52/1982; «B. O. E.» de 18 de agosto de 1982) y la S. n. 2/1983, de 24 de enero (recaída en el R. de Amparo n. 46/1982; «B. O. E.» de 17 de febrero de 1983).

(25) Recaída en el R. de Amparo n. 220/1980; «B. O. E.» de 14 de abril de 1981.

(26) La S. n. 50/1982, de 15 de julio (recaída en el R. de Amparo n. 366/1981; «B. O. E.» de 4 de agosto de 1982) reiterando la doctrina de la citada en el texto, dice que el principio de igualdad «veda soluciones desiguales no fundadas en razones jurídicamente atendibles».

b) Justa razón para la desigualdad en los fallos.

La Sentencia citada de 30 de marzo de 1981 afirma que «la simple desigualdad en los fallos de diversas causas aparentemente iguales en sus supuestos de hecho no da derecho tampoco, sin más, a entender vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, pues tales diferencias entre los fallos pueden tener su justa razón de ser o bien en la no identidad de los hechos probados o bien en un margen de apreciación del juzgador indisociable de su función y en la que este Tribunal no podría entrar».

La Sentencia número 14/1982, de 21 de abril (27), reafirma la doctrina expresada en la anterior Sentencia y añade: «La adecuación de la interpretación a las exigencias del caso, o la corrección de errores interpretativos, o la adaptación del sentido de la norma a las exigencias de la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicable, no entraña esa desigualdad arbitraria denunciabile invocando el artículo 14 de la Constitución».

c) La equiparación en la igualdad ha de ser dentro de la legalidad.

La Sentencia de 30 de marzo de 1981 (28), en su Fundamento Jurídico número 6 rechaza la invocación del principio de igualdad en un caso de inaplicación de la Ley en los siguientes términos: «Aun suponiendo que pueda haber otros empresarios que, habiendo actuado como don XYZ no hayan sido condenados como él, tal desigualdad «de facto» no entrañaría sin más una violación del principio de igualdad ante la Ley recogido en el artículo 14 de la Constitución, sino que guardaría relación con la siempre problemática efectividad social de la Ley penal».

De modo parecido, la Sentencia número 37/1982, de 16 de junio (29), en su Fundamento Jurídico número 3, afirma que: «El recurrente invoca, en primer lugar, el principio de igualdad ante la Ley, empleando como término de comparación su urbanización ilegal suspendida por inexistencia del preceptivo plan de ordenación y licencia municipal de parcelación, con otras muchas que dice están en igual condición y que no han sido objeto de acuerdo alguno, lo que nunca puede suponer la infracción del artículo 14 de la Constitución, puesto que la equiparación en la igualdad, que por propia definición puede solicitar el ciudadano que se sienta discriminado, ha de ser dentro de la legalidad y sólo ante situaciones idénticas que sean conformes al Ordenamiento jurídico, pero nunca fuera de la legalidad» (30).

(27) Recaída en el R. de Amparo n. 373/1981; «B. O. E.» de 18 de mayo de 1982.

(28) Recaída en el R. de Amparo n. 220/1980; «B. O. E.» de 14 de abril de 1981.

(29) Recaída en el R. de Amparo n. 216/1981, «B. O. E.» de 16 de julio de 1982.

(30) Asimismo, la S. n. 43/1982, de 6 de julio (recaída en el R. de Amparo n. 164/1980; «B. O. E.» de 4 de agosto de 1982), afirma en su Fundamento

3. *La desigualdad de tratamiento legal y el principio de igualdad.*

a) La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Esta doctrina es invocada por el Tribunal español, en atención a lo dispuesto en el artículo 10.2 de nuestra Constitución.

Así, la Sentencia ya citada de 2 de julio de 1981, afirma en su Fundamento Jurídico núm. 3, que el principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución no implica «en todos los casos un tratamiento legal igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El artículo 14 del Convenio Europeo —declara el mencionado Tribunal en varias de sus Sentencias— no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida».

Y la Sentencia agrega que esta interpretación es «de decisiva relevancia en el caso español por la remisión contenida en el artículo 10.2 de la Constitución».

Hace también referencia a la doctrina del Tribunal Europeo, la Sentencia española, ya citada, de 10 de noviembre de 1981, que menciona en particular las Sentencias de aquel Tribunal de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975 (31).

b) Límites en la apreciación del legislador.

La Sentencia citada de 3 de agosto de 1983 declara que: «Sólo le resulta posible al legislador, en adecuada opción legislativa, establecer para los ciudadanos un trato diferenciado cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad, que requieran en su solución por su mismo contenido una decisión distinta, pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable de acuerdo con criterios y juicios de

jurídico n. 2 que: «El principio de igualdad ante la Ley no puede transformarse en una exigencia de trato igual a todos, fuera de la legalidad, pues el incumplimiento de ésta en algunos casos puede, ciertamente, llevar a pronunciamientos de carácter anulatorio o sancionador, pero no puede amparar el incumplimiento de todos ni su cobertura bajo un supuesto principio de igualdad fuera de la Ley».

(31) Estas sentencias del Tribunal Europeo son también citadas en el Fundamento Jurídico n. 2 de la Sentencia española n. 75/1983, de 3 de agosto, recaída en la Cuestión de Inconstitucionalidad n. 44/1982, «B. O. E.» de 18 de agosto de 1983.

valor generalmente aceptados cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida y dejando, en definitiva, al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los artículos 53.1 y 9.3 de la Constitución ni sea irrazonada».

Esta Sentencia viene a reiterar la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en las Sentencias ya citadas de 19 de julio de 1981, 10 de noviembre de 1981 y 14 de julio de 1982; así como en las de 5 de mayo de 1982 (32), 15 de noviembre de 1982 (33) y 4 de mayo de 1983 (34). En todos estos fallos se exige que la desigualdad tenga una «justificación objetiva y razonable».

La Sentencia número 10/1983, de 21 de febrero (35) sienta la doctrina de que: «La desigualdad vetada por la Constitución sólo puede ser apreciada, sin embargo, si las diferencias entre los supuestos de hecho a que se anudan consecuencias jurídicas distintas resulta de factores que, como los mencionados en el artículo 14 de la Constitución, no pueden ser tomados en cuenta por el legislador o, si aun siendo constitucionalmente legítima la distinción entre los supuestos, resultan irrazonables o arbitrarias las consecuencias que de ellas extrae el legislador».

c) El principio de igualdad no supone la uniformidad del Ordenamiento jurídico español.

La Sentencia de 16 de noviembre de 1981 (36), interpretando el artículo 139.1 de la Constitución, según el cual «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado», dice en su Fundamento jurídico número 2: «El primero de tales principios es el de igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional. Es obvio, sin embargo, que tal principio no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del Ordenamiento, de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido nunca así entre nosotros en el ámbito

(32) S. n. 19/1982, recaída en el R. de Amparo n. 398/1981; «B. O. E.» de 18 de mayo de 1982.

(33) S. n. 67/1982, recaída en el R. de Amparo n. 256/1981; «B. O. E.» de 10 de diciembre de 1982.

(34) S. n. 33/1983, recaída en el R. de Amparo n. 289/1982; «B. O. E.» de 20 de mayo de 1983.

(35) Recaída en el R. de Amparo n. 144/1982; «B. O. E.» de 23 de marzo de 1983.

(36) Recaída en el R. de Inconstitucionalidad n. 184/1981; «B. O. E.» de 28 de noviembre de 1981.

del Derecho privado y, con la reserva ya antes señalada respecto de la igualdad de condiciones básicas de ejercicio de los derechos y libertades, no es ahora resueltamente así en ninguno de los ámbitos, puesto que la potestad legislativa de que las Comunidades gozan potencialmente da a nuestro Ordenamiento una estructura compuesta por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional».

4. *El principio de igualdad y el Derecho laboral.*

Al estudiar la jurisprudencia belga, dice Ingber que, en la concepción realista de la igualdad que tiende a prevalecer en nuestros días, hace falta que los criterios relevantes adoptados consideren la realidad económica y social (37). Con referencia a la doctrina del Consejo de Estado francés, Wolfers comenta que, en el campo económico, el principio de igualdad ante la ley se ha reducido en extremo, conduciendo a la no igualdad jurídica (38). Para el Derecho alemán, Hattenhauer afirma que, en los tiempos actuales, se ha sacado la conclusión de que la desigualdad de hecho tiene que someterse a un tratamiento jurídicamente desigual (39).

La Constitución española, al proclamar la igualdad como valor superior del ordenamiento, dice Rodríguez-Piñero, no se limita a consagrar la igualdad en el plano del tratamiento jurídico, incluso en el marco de la relación individual de trabajo. La igualdad ha sido también considerada en el plano social, el artículo 9.2 consagra precisamente lo que la doctrina ha llamado «principio de igualdad sustancial». Este principio justifica desigualdades de trato, un trato desigual a las desigualdades para conseguir esa igualdad sustancial (40).

El Tribunal Constitucional español ha consagrado esta doctrina en su jurisprudencia.

La Sentencia número 3/1983, de 25 de enero (41), afirma en su Fundamento Jurídico número 3 lo siguiente: «Como ya ha declarado

(37) Cfr. L. INGBERG, *A propos de l'égalité dans la jurisprudence belge*, en la obra colectiva cit. «L'égalité», I, págs. 34 y 35.

(38) Cfr. CH. WOLFERS, *Notes sur le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français en matière de réglementation économique*, en la obra cit. «L'égalité», I, pág. 137.

(39) HANS HATTENHAUER, *Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho alemán*, trad. esp., Madrid, 1981, pág. 52.

(40) Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *El principio de igualdad y las relaciones laborales*, en «Revista de Política social», 121, 1979, págs. 404 y 412.

La llamada «igualdad sustancial» se denomina también «discriminación a la inversa» o «discriminación positiva». Vid. R. PELLOUX, *op. cit.*, págs. 910 y s.

El art. 9.2 de la Constitución española de 1978 dispone:

«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

(41) Recaída en la Cuestión de Inconstitucionalidad n. 222/1982; «B. O. E.» de 17 de febrero de 1983.

este Tribunal en reiteradas ocasiones, tal precepto (artículo 14 de la Constitución) no establece un principio de igualdad absoluta que pueda omitir tomar en consideración la existencia de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal. Y mucho menos que excluya la propia necesidad de establecimiento de un trato desigual que recaiga sobre supuestos de hecho que en sí mismos son desiguales y tengan por función precisamente contribuir al restablecimiento o promoción de la igualdad, sino que aparece exigida por dicho principio y constituye instrumento ineludible para su debida efectividad».

«Esta es la situación que subyace en la cuestión debatida, pues la disparidad normativa se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro, y que posee una tradición que es innecesario concretar, en todo el amplio conjunto de consecuencias derivadas de dicha relación. Se trata, pues, de una desigualdad subjetiva a la que atiende el Ordenamiento jurídico mediante un tratamiento diferenciado... El legislador..., constatando la desigualdad socioeconómica del trabajador respecto del empresario, pretende reducirla mediante el adecuado establecimiento de medidas igualatorias».

«De todo ello se deriva el específico carácter del Derecho laboral, en virtud del cual ... se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales ... La indicada desigualdad del trabajador se corrige también mediante normas procesales, cuyo contenido expresa diferencias jurídicas que impiden o reducen la desigualdad material y que no pueden recibir una valoración negativa, en la medida en que la desigualdad procesal establecida aparezca razonablemente ligada a tal finalidad y sea proporcionada a la desigualdad material existente».

«Estas ideas encuentran expresa consagración en el artículo 9.2 de la Constitución española cuando impone a los poderes públicos la obligación de 'promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas', pues con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del artículo 1, que constituye a España como un Estado democrático y social de Derecho, por lo que en definitiva se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador».

«Siendo esto así, es evidente que la igualdad entre trabajador y empresario, promovida por el Derecho laboral sustantivo o procesal no puede ser desconocida o quebrada por una presunta plena efectividad

del artículo 14 de la Constitución española, pues lo contrario equivaldría, paradójicamente, a fomentar mediante el recurso a la igualdad formal, una acrecentada desigualdad material en perjuicio del trabajador y en vulneración del artículo 9.2 de la Constitución» (42).

El Tribunal Constitucional español, según se aprecia en los criterios generales acogidos en sus Sentencias, nos ofrece ya una abundante doctrina que viene a precisar —con las oportunas matizaciones— el principio constitucional de igualdad, en cuanto se refiere a su contenido o alcance, tomando al efecto en consideración tanto el artículo 14 de la Constitución como otros preceptos que, al referirse también a la igualdad, son de obligada consideración en una exégesis sistemática de aquella norma; especialmente los artículos 9.2 (que acoge el principio de «igualdad sustancial») y el 139.1 (según el cual, «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio español»).

(42) En igual sentido se expresa la S. n. 14/1983, de 28 de febrero, recaída en el R. de Amparo n. 233/1982; «B. O. E.» de 23 de marzo de 1983.

La "non nata" cláusula de dureza en el divorcio español*

Por G. GARCIA CANTERO

SUMARIO: 1. Introducción.—2. El *iter* parlamentario de un artículo fantasma. 3. La cláusula de dureza en el Derecho comparado: A) Derecho inglés. B) Derecho holandés. C) Derecho belga. D) Derecho francés. E) Derecho de Alemania Federal. F) A modo de conclusiones.—4. Consecuencias previsibles de la desaparición de la cláusula en nuestro ordenamiento: A) Referencia a los daños del divorcio en general. B) Los daños de especial o excepcional gravedad. C) ¿Inconstitucionalidad de la Ley en este punto?

1. INTRODUCCION

He escogido un tema de Derecho de Familia para mi primera lección. Varias razones me han impulsado a ello. En primer lugar, para seguir la tradición de los buenos familiaristas que desde hace bastantes años ha producido la Facultad de Zaragoza (sin ánimo exhaustivo, citaré a los profesores Martín-Ballesteros y Costea, Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Delgado Echeverría y Rivero Hernández). En segundo lugar, por la actualidad que en nuestro ordenamiento jurídico posee la Ley de 7 de julio de 1981, reformadora en profundidad del título IV libro I del C. c. En tercer lugar, por tratarse de un campo al que desde hace algunos años vengo, modestamente, dedicando atención preferente en mis preocupaciones investigadoras.

Me he fijado además en un aspecto de la legislación divorcista que normalmente no será tratado en los futuros Manuales sobre el nuevo Derecho de Familia, por la elemental razón de que se trata de una institución *non nata*, que si bien figuraba en el inicial Proyecto del Gobierno, quedó abortada en las sucesivas discusiones parlamentarias. Y así como, en el sistema derogado, bien pudo sostenerse por nuestra doctrina que el divorcio era la «institución desconocida» en el ordenamiento español, en adelante podrá afirmarse que la «cláusula de dureza» será paralelamente una «insti-

* Reproduce, sin modificaciones, la *prima lectio* de su autor en la Universidad de Zaragoza, pronunciada el 23 de octubre de 1981.

tución desconocida» en nuestro ordenamiento divorcista, dato que, eventualmente, puede llegar a suponer dificultades a la hora de que las sentencias españolas de divorcio sean reconocidas por algunos Tribunales extranjeros.

Trataré, a continuación, de seguir el *iter* parlamentario del un tanto fantasmal artículo 87, investigando luego la función que cumple la cláusula de dureza en los ordenamientos extranjeros que la tienen reconocida, para concluir sobre las consecuencias que puede acarrear su desaparición de nuestra normativa divorcista.

2. EL «ITER» PARLAMENTARIO DE UN ARTICULO FANTASMA

En el Proyecto del Gobierno publicado en el «B. O. de las Cortes Generales», Congreso de los Diputados, para la modificación del Título IV, Libro I del C. c. se incluía un artículo 87 con el siguiente texto:

«Excepcionalmente, el Juez podrá denegar el divorcio cuando se pruebe que ocasiona a los hijos o al otro cónyuge perjuicios de especial gravedad a los que deberá referirse la sentencia».

Se trataba de instaurar así en nuestro ordenamiento matrimonial una cláusula de dureza de corte clásico, cuyo ámbito de aplicación se deducía con bastante claridad de su propia literalidad. En primer lugar sólo actuaría excepcionalmente, lo que obligaría a una interpretación restrictiva. Era, en segundo término, facultativa para el Juez, encomendada a su prudente arbitrio, autorizándole a denegar el divorcio, no ya en presencia de cualesquiera perjuicios, sino únicamente cuando fuesen de *especial* gravedad, con lo que se reiteraba su carácter excepcional. En tercer lugar, no se limitaban los perjuicios a los de índole patrimonial, sino que abarcaban también los de naturaleza moral o espiritual, no valorables pecuniariamente. Por último, los daños a tener en cuenta podían afectar indistintamente tanto al otro cónyuge como a los hijos comunes, y, por supuesto, tenían que ser probados y hacerse constar en la sentencia. Se trataba de una cláusula de dureza moderadamente amplia, que no llegaba a abarcar la protección integral de los hijos —constitucionalmente asegurada en el art. 39— aunque, de alguna manera, sí podía decirse inspirada en dicho precepto. Por otra parte, era curioso constatar que la corta E. de M. que acompaña al P. G. guardaba silencio expreso sobre este punto.

Pero este artículo, en apariencia inocente, pensado para una aplicación excepcional y poco frecuente, que alguien calificó de medio de aquietar los escrúpulos de conciencia de algunos diputados poco conformes con la amplitud dada al divorcio en el P. G., suscitó la atención de la mayoría de los Grupos Parlamentarios, presentándose gran número de enmiendas encaminadas, las unas, a ampliar su ámbito de aplicación, y las otras, a eliminarlo o restringirlo.

Sin entrar en un estudio pormenorizado de todas ellas, puede

ser paradigmática la situación producida dentro del propio partido gobernante, cuando la diputada Carmela García-Moreno propuso su supresión, y el diputado señor Díaz-Pinés, no sólo su conservación, sino su ampliación.

Para la citada diputada de U. C. D., en otros preceptos del P. G. aparecían conjugados como intereses jurídicos prioritariamente relevantes los principios del *favor matrimonii*, *favor familiae* y *favor prolis*, por lo cual el Juez no debe actuar como defensor del vínculo, en incompetente e incongruente remisión a la normativa procesal canónica de esta figura *sui generis*, resultando, además, el Ministerio Fiscal, en último caso, su figura homóloga en el ordenamiento procesal civil.

Para el diputado señor Díaz-Pinés, el mencionado artículo 87 debía conservarse suprimiendo el adverbio «excepcionalmente», pues el carácter restrictivo ya viene indicado más tarde al hablar de «perjuicios de especial gravedad», de modo que, de otra suerte, la norma vendría a convertirse en letra muerta. Por otra parte, este enmendante proponía la adición de un segundo párrafo del siguiente tenor: «El Juez designará en todos los procedimientos de divorcio, un defensor de la familia, cargo que podría recaer en el otro cónyuge, cuando sea uno de los cónyuges el demandante, o en cualquier miembro de la familia de distinta rama. Cuando el divorcio sea pedido por ambos cónyuges, o por uno sólo de ellos con el consentimiento del otro, el cargo de defensor deberá recaer en personas no pertenecientes a la familia». Se fundamentaba esta enmienda de adición por analogía con el cargo de defensor de los menores cuando éstos tienen intereses contrapuestos con los de su padre o de su madre, teniendo en cuenta que, en caso de divorcio, los intereses de la familia pueden experimentar un serio quebranto, y la situación de indefensión y desamparo en que pueden quedar los hijos no emancipados, e incluso uno de los cónyuges. Concluía el enmendante que la protección integral de los hijos y de las madres parece requerir imperativamente que, en los casos de divorcio, sea el propio Estado quien arbitre recursos jurídicos eficaces para asegurar dicha protección.

La Ponencia del Congreso llegó a una solución transaccional, rechazando las enmiendas propuestas por Coalición Democrática, Grupo Comunista, señor Casañó Salido de U. C. D., Minoría Catalana, señor Díaz-Pinés de U. C. D., Grupo Andalucista, Grupo Vasco, Socialistas de Cataluña, Grupo Socialista y señor Bandrés del Grupo Mixto, y propuso la siguiente redacción para el artículo 87:

«Cuando el divorcio se funde en el cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82.6 y 86.4 de este Código, el Juez, a petición del otro cónyuge, podrá denegar el divorcio si se acredita que causa perjuicio de extraordinaria gravedad a los hijos menores o incapacitados o al cónyuge habida cuenta de su edad, estado de salud o la duración del matrimonio, supuestos en los que deberá fundarse la sentencia. No podrá dene-

garse el divorcio por esta causa cuando el cese efectivo de la convivencia hubiere durado más de siete años».

Como toda solución transaccional, la propuesta de la Ponencia del Congreso se situaba a mitad de camino, pero no ya entre quienes pedían su ampliación, sino entre el texto del P. G. y quienes solicitaban su supresión (algunos diputados del propio Gobierno, entonces en el poder, que hacían causa común con los partidos de izquierda en este punto, anticipando lo que iba a ocurrir en el ulterior proceso). Se reduce, en consecuencia, el ámbito de aplicación de la cláusula de dureza, que será aplicable, no ya a todos los casos de divorcio basado en el cese efectivo de la convivencia conyugal, sino a aquéllos en los que ha durado aquélla un mínimo de cinco años y un máximo de siete. Se refuerza la excepcionalidad de su aplicación al exigirse que el perjuicio sea de *extraordinaria* gravedad, y no sólo de *especial* gravedad. Por otra parte, se mencionan expresamente a los hijos incapacitados y los motivos de perjuicio para el cónyuge. Por último, la discrecionalidad judicial está recortada al requerirse la instancia del otro cónyuge.

El texto no se modificará a su paso por la Comisión del Congreso, pero en el pleno de este último se suprime el artículo 87 en virtud de votación secreta que arrojó el siguiente resultado: 236 diputados presentes: 108 votos a favor de su mantenimiento y 121 que votan en contra, habiendo además siete abstenciones. Como dice la edición oficial del Ministerio de Justicia de la Ley de Divorcio (nota 4 de la pág. 35), la supresión de este artículo trae como consecuencia que el Juez, una vez concurren las causas de divorcio, no podrá denegarlo aplicando la llamada cláusula de dureza. Se ha logrado (con la fuga de votos de U. C. D. hacia las posiciones mantenidas por la izquierda parlamentaria), el divorcio automático en todos los casos.

Las enmiendas en el Senado encaminadas a restablecer el artículo 87, no habían de prosperar, y después de la definitiva aprobación por el Congreso del nuevo Tít. IV, Libro I, del C. c., el vacío dejado por el artículo 87 es ocupado por el artículo 86 bis, que fue introducido en el seno de la Ponencia del Congreso, y cuya finalidad —¡oh paradoja de la vida parlamentaria!— no es ni la defensa de la familia, ni la protección de los hijos o del cónyuge indefenso, sino la de facilitar al máximo la obtención del divorcio por cese de la convivencia, mediante la ficción legal de que, aunque de hecho haya convivencia, se reputa que no la haya a efectos de obtener la ruptura legal del vínculo.

Por ello he titulado este apartado de mi lección «*iter* parlamentario de un artículo fantasma de la ley de Divorcio». Aunque el moderno legislador no suele estar excesivamente preocupado por cuestiones de *elegantia iuris*, hay que alabar el no haber dejado pasar al «B. O. E.» un artículo con ese feo aditamento *bis*, aunque ello haya sido a costa de haber sacrificado el último

resto de preocupación moral que quedaba en la normativa divorcista.

3. LA CLAUSULA DE DUREZA EN EL DERECHO COMPARADO

Sabido es que no hay un único sistema de divorcio, sino una pluralidad de modalidades del mismo que obedecen a distinto fundamento. Es verdad que frente a los sistemas matrimoniales indisolubilizistas suelen oponerse, como un todo, los sistemas divorcistas. Ello es cierto en el sentido de que admitir, o no, la indisolubilidad jurídica de la unión conyugal da lugar a que el matrimonio regulado sea otro o distinto. Pero no impide que dentro del panorama divorcista quepa distinguir las siguientes líneas directrices: legislaciones que fundamentan el divorcio en la violación grave de los deberes conyugales (divorcio culpable, o divorcio sanción), y legislaciones que lo basan en la ruptura irreparable de la vida común (divorcio objetivo o divorcio-remedio). En las primeras el divorcio sólo puede ser solicitado por el cónyuge inocente, quien tiene a su cargo demostrar la culpabilidad del otro; por el contrario, las causas objetivas de divorcio pueden invocarse por cualquiera de los cónyuges —incluso por aquel que dio causa a la ruptura— y no requieren demostrar la culpa. Las últimas reformas legislativas se orientan hacia el divorcio objetivo, unas veces con exclusividad (como parece pretenderlo nuestro legislador), otras manteniendo simultáneamente el divorcio *par faute*, como ha hecho Francia en 1975. Una tercera modalidad, el divorcio por mutuo consentimiento, suele adicionarse a las causas objetivas, y aún utilizarse como presunción de ruptura irreparable de la vida matrimonial, como lo hace la reforma de Alemania Federal de 1977.

En este panorama divorcista, que sucintamente he descrito, se comprende fácilmente que la llamada cláusula de dureza haya sido de reciente aparición. Inicialmente la cláusula permite al Juez moderar o atenuar la situación del cónyuge o de los hijos gravemente perjudicados por un abusivo ejercicio del derecho a obtener el divorcio. En los sistemas basados en el divorcio culpable tal situación difícilmente podrá darse, pues sólo la víctima está legitimada para pedirlo, y es lógico imaginar que no lo hará si va a resultar perjudicada gravemente con la sentencia; en cuanto al culpable, el Juez ha de valorar su conducta y si se demuestra su responsabilidad en la ruptura, difícilmente podrá alegar que la misma va a perjudicarlo gravemente, pues será lógica consecuencia de sus propios actos. En cambio, en el divorcio objetivo nada impide a quien con su proceder consciente y deliberado causó la ruptura del matrimonio, acudir al Juez para obtener el divorcio; entonces los legisladores, como extremo remedio para evitar flagrantes injusticias, han inventado la cláusula de dureza que viene a ser el último refugio del criterio moral en

materia de divorcio. Por estas razones dicha cláusula comienza a aparecer —a excepción de Alemania— en las legislaciones de Europa occidental, a fines de los años sesenta, coincidiendo con las reformas que van implantando el divorcio por causas objetivas.

En un grupo aparte habría que situar a las legislaciones de los países socialistas, casi siempre inspiradas en el sistema del *divorce-faillite* o divorcio quiebra, pero en las que el principio de protección de la familia tiene aplicaciones concretas y no es una mera declaración programática sin real contenido. Sirva de modelo el artículo 56 del Código polaco de la familia de 1964:

«1. Cuando se manifiesta entre los cónyuges una desunión completa y duradera cada uno de ellos puede pedir al Juez la disolución del matrimonio por divorcio.

2. Sin embargo, pese a existir una desunión completa y duradera, el divorcio no será admisible cuando, como consecuencia del mismo, sufra daño el interés de los hijos menores comunes, o cuando por otras razones el divorcio sea contrario a las reglas de la vida social.»

No conozco ninguna legislación del mundo occidental en la que se autorice al Juez a denegar el divorcio pura y simplemente por ser dañoso a los hijos menores. Ciertamente se trata de un objetivo o aspiración en la que parece coincidir el pueblo español, ya que en el Informe Foessa del año 1975 se daba cuenta del resultado de una amplia encuesta en la que el 85 por 100 de las respuestas se manifestaban en contra del divorcio habiendo hijos menores de edad. Con todo, no cabe ocultar que la legislación de los países socialistas introduce un factor distorsionante en las decisiones judiciales en materia familiar, ya que bajo el *standard* de conducta de las «reglas de la vida social» se ocultan los criterios de la ética marxista. Introducción de la política en el *Ius Familiae*, a todas luces inaceptable.

Por todo ello voy a limitarme a estudiar la cláusula de dureza en las legislaciones occidentales, siguiendo un orden cronológico de publicación de las respectivas leyes de divorcio vigentes.

A) *Derecho inglés*. El *Divorce Reform Act* de 22 octubre 1969, cuyas disposiciones han sido posteriormente recogidas en el *Matrimonial Causes Act* de 23 mayo 1973, reforma en profundidad el derecho de divorcio, y considera como única causa de ruptura legal del vínculo la *irretrievable breakdown of marriage*, la ruptura irremediable de la comunidad conyugal. Esta norma se modaliza a continuación, limitándose su alcance, al exigirse que concurren alguna de las siguientes circunstancias:

a) El adulterio del demandado y el hecho de que el actor considera intolerable vivir con él.

b) La conducta del demandado que hace razonablemente imposible el mantenimiento de la vida conyugal.

c) El abandono del actor por el demandado por un período mínimo de dos años.

d) La separación de hecho por un período mínimo de dos años cuando el demandado consiente en el divorcio.

e) La separación de hecho de los cónyuges por una duración superior a cinco años.

En resumen: la única causa de divorcio viene así a descomponerse en cinco tipos que la ley considera presunciones de ruptura, frente a los cuales cabe la prueba en contrario, demostrando que el matrimonio no ha fracasado de modo irremediable.

Ahora bien, el artículo 4.º de la Ley de 1969, que ha pasado a ser el 5.º de la de 1973, contiene la siguiente «cláusula de salvaguardia»: «El demandado frente a quien se pide el divorcio con base en una separación de más de cinco años de duración, puede oponerse a la acción ejercitada alegando que la disolución del matrimonio le causaría un grave perjuicio financiero o de otra clase, y que sería dañoso en cualquier caso disolver el matrimonio». El *Lord Justice Stephanson* ha afirmado que la finalidad perseguida por la ley con esta cláusula de dureza ha sido esencialmente la protección de las mujeres demandadas, particularmente cuando han alcanzado cierta edad, contra la pérdida de seguridad que supone el divorcio, especialmente la de carácter económico.

Obsérvese que el legislador no tiene en cuenta el posible perjuicio para los hijos, y que la cláusula no se aplica a todo caso de divorcio, sino únicamente al basado en la separación de hecho prolongada por más de cinco años.

B) *Derecho holandés*. La Ley holandesa de 6 de mayo 1971, incorporada al Libro I del C. c., también ha modificado sustancialmente el derecho de divorcio, siguiendo en gran parte las huellas del derecho inglés. En efecto, se suprimen todas las causas de divorcio basadas en la culpa y se las reemplaza por una causa única, a saber, la duradera desunión del matrimonio. Se presume esta última si ambos cónyuges solicitan el divorcio de común acuerdo, siempre que presenten al Juez un proyecto de convenio sobre la guarda de los hijos y la liquidación de sus relaciones económicas. Pero si la demanda se presenta sólo por uno de los cónyuges, hay que demostrar la desunión conyugal duradera.

Ahora bien, el divorcio unilateralmente solicitado tiene dos importantes limitaciones. Según el artículo 152 del C. c., si hay oposición a la demanda, el juez debe rechazar ésta si se demuestra que la desunión duradera es imputable, de modo preponderante, al cónyuge actor. No cabe duda que así, la idea de culpabilidad que el legislador había pretendido eliminar radicalmente, vuelve indirectamente a reaparecer. La otra limitación consiste precisamente en la cláusula de dureza que regula el artículo 153, según el cual si el divorcio tiene como consecuencia, sea la pérdida total, sea la reducción notable de prestaciones que por causa de la muerte del actor han de ser pagadas al superviviente, y que éste se opone a la demanda por tal motivo, no puede estimarse la misma sin que se ponga remedio equitativamente a tal situación, según las circunstancias del caso. Como la norma contempla prin-

cialmente pensiones o prestaciones de seguros de vida, de carácter voluntario, algún autor destaca que esta cláusula de dureza viene a sancionar al *bonus pater familias* que se ha preocupado de asegurar a su familia contra el infortunio, mientras que no afecta al negligente o descuidado. En todo caso, hay que destacar la visión estrechamente materialista del legislador que únicamente contempla el daño patrimonial, con olvido del no patrimonial, y con total preterición del interés de los hijos, como ya se ha notado respecto del derecho inglés.

C) *Derecho belga*. Tradicionalmente en este país la legislación divorcista, basada en la culpa, era bastante restrictiva. Aunque se admitía el divorcio por mutuo consentimiento, el procedimiento era lento (obligación de reiterar la demanda hasta cuatro veces consecutivas) y costoso (obligación de transmitir la mitad de sus bienes a los hijos), y tenía limitaciones de edad y de duración del matrimonio (no podía intentarse contra una mujer que hubiera cumplido cuarenta y cinco años, ni cuando el matrimonio hubiera durado veinte). Estas restricciones han sido eliminadas por leyes de 1969 y de 1972. Además otra ley de 1.º julio 1974 ha introducido el divorcio con base en la separación de hecho que haya durado diez años, aunque tal separación sea achacable a la locura o enfermedad mental. Ahora bien, no se trata de una causa automática de divorcio, sino que el Tribunal conserva un control sobre el carácter irremediable de la desunión de los cónyuges, y también para evitar que el divorcio agrave de manera notable la situación material de los hijos menores. Se trata, por tanto, de una cláusula de dureza únicamente aplicable al divorcio por separación de diez años, en la que no se tiene en cuenta el perjuicio para el cónyuge demandado, sino únicamente el daño material para los hijos menores. Su alcance es por tanto bastante limitado, aunque contemple intereses preteridos en las legislaciones inglesa y holandesa.

D) *Derecho francés*. Varias razones aconsejan prestar alguna mayor atención a la reforma francesa de divorcio operada por Ley de 11 julio 1975. En primer lugar el evidente influjo que en general la doctrina y legislación de este país han venido ejerciendo sobre las nuestras —aunque, acaso, algo atenuado durante los últimos tiempos—. En segundo lugar, la parcial inspiración de nuestra Ley de 7 julio 1981, en la francesa, en puntos tales como el divorcio por mutuo consentimiento y las consecuencias patrimoniales del divorcio (prestación compensatoria o por desequilibrio económico). En tercer lugar, la circunstancia de que la experiencia divorcista francesa es más que secular y podría ser razonable aprovechar sus lecciones en este punto.

La reforma de 1975 ha sido precedida de numerosos estudios previos, encuestas y sondeos de opinión, así como de datos estadísticos serios y fiables. Ante todo, si bien Francia figura entre los países con índice medio de divorcialidad, se observa a partir

de 1960 un crecimiento continuo que se ha intensificado después de 1975.

Así, de unos 32.000 divorcios en 1963, se ha pasado a 37.500 en 1969, a 45.000 en 1972, a casi 63.500 en 1976, a 77.700 en 1977, a más de 82.000 en 1978, y alrededor de 89.000 en 1979. Se han triplicado, por tanto, en menos de veinte años.

La tasa de nupcialidad, por el contrario, va progresivamente disminuyendo: de 374.000 matrimonios en 1976, ha pasado a 340.000 en 1979. El 10 por 100 en un cuatrienio.

Las líneas fundamentales de la reforma respecto a las causas de divorcio, son las siguientes:

1.º Reintroducción del divorcio por mutuo consentimiento, que ya existió entre 1804 y 1814, y que puede adoptar dos formas: divorcio por demanda conjunta, y demanda presentada por un cónyuge y aceptada por el otro. Constituye el divorcio más simplificado, pues sólo exige presentar un proyecto de acuerdo sobre los hijos y los bienes, sin que el juez tenga que comprobar las causas o motivos de la ruptura. Durante los años de vigencia de la nueva ley ha representado el 25 por 100 del total de divorcios.

2.º El divorcio por ruptura de la vida común, que constituye la innovación más espectacular de la Ley de 1975, y también la más debatida en la opinión pública y en el Parlamento. Engloba dos casos: la separación de hecho por más de seis años, y la alteración profunda de las facultades mentales de uno de los cónyuges que ha producido una separación efectiva por igual período.

Pese a todo, estadísticamente esta causa de divorcio no ha tenido, hasta ahora, demasiada relevancia en Francia: 3,5 por 100 del total de divorcios en 1976 y 2 por 100 en 1979; y,

3.º Conservación del divorcio por culpa, con algunas reformas técnicas. El legislador lo ha justificado *par souci de réalisme*, en lo que ha acertado pues en 1979 esta causa de divorcio representaba el 60 por 100 del total de sentencias pronunciadas, aunque se observa cierto descenso en las estadísticas.

Como la *clause de dureté* tiene relación con el divorcio por ruptura de la vida común, bueno será que conozcamos la normativa respectiva:

Dice el artículo 237 que un cónyuge puede pedir el divorcio, en razón de una ruptura prolongada de la vida común, cuando los cónyuges viven separados de hecho por más de seis años.

También procede, según el artículo 238, cuando las facultades mentales del cónyuge se encuentran, desde hace seis años, tan gravemente alteradas que entre los cónyuges ya no existe ninguna comunidad de vida, y según las previsiones más razonables, tampoco podrá reconstruirse en el futuro. Pero el juez puede rechazar de oficio esta demanda si el divorcio corre el riesgo de tener consecuencias demasiado graves sobre la enfermedad del cónyuge.

A las consecuencias financieras de este divorcio atiende el artículo 239: El cónyuge que pide el divorcio por ruptura de la

vida común debe soportar todas las cargas que no deriven de él. En su demanda debe precisar los medios con los que cumplirá sus obligaciones respecto de su cónyuge y de los hijos.

La cláusula de dureza se regula, con carácter general, en el artículo 240: «El juez rechazará la demanda si el otro cónyuge prueba que el divorcio tendrá, ya sea para él, teniendo en cuenta principalmente de su edad y de la duración del matrimonio, ya sea para los hijos, consecuencias materiales o morales de excepcional dureza. Puede también rechazarla de oficio en el caso previsto en el artículo 238 (divorcio por enfermedad mental)».

A juicio del profesor Rieg, de Strasbourg, en verdad el legislador ha tenido muy mala conciencia admitiendo el divorcio por ruptura de la vida común, lo que explica el marco restrictivo en que lo ha encerrado así como ciertas reglas disuasorias que representan frenos a esta forma de divorcio. En todo caso, hay que señalar que los debates parlamentarios fueron muy movidos, preconizando algunos la expresión «gravedad» en lugar de «dureza» y que esta última fuese calificada sólo de «très grande» y no de «exceptionnelle». Se prefirió, sin embargo, hablar de dureza por tratarse de un término nuevo y carente de significación especial, y para evitar resucitar la noción de culpa que hubiera podido evocar la noción de gravedad.

Doctrinalmente parece prevalecer una interpretación más bien restrictiva de esta *clause de dureté*, delimitando bien su ámbito, pues no se refiere al pasado (la situación de separación de hecho o de abandono) sino al futuro, al postdivorcio. Viene a justificarse su introducción para evitar que el divorcio por ruptura de la vida común, llegue a transformarse en una forma de repudio unilateral, sin causa ni razón suficiente.

Aunque limitada sólo a un tipo de divorcio, es amplia en su concepción pues abarca en principio tanto los daños materiales como morales, tanto los perjuicios a los hijos como al otro cónyuge.

Observa, sin embargo, Groslière que este tipo de divorcio deja subsistente el deber de alimentos, de aquí que, a su juicio, los perjuicios materiales pocas veces serán invocables. Por ello estima que encontrará su mejor aplicación en el plano de las consecuencias morales; así, cabe pensar que el choque psicológico del divorcio será difícilmente soportable para el cónyuge abandonado o, al menos, el sentimiento de que la consagración oficial de la ruptura priva definitivamente al cónyuge abandonado de la posibilidad de una reconciliación. En relación con los hijos señala el mismo autor que aunque el deber de alimentos subsiste, el choque moral puede ser todavía más intenso que respecto al cónyuge y que será preciso tomar en consideración las consecuencias que el divorcio y, acaso, el nuevo matrimonio de los padres, pueden tener en los hijos. Concluye, sin embargo, que tal cláusula debe tener una aplicación muy limitada. Constituye, sin duda, un contrapeso indispensable de la libertad de divorciarse otorgada al otro

cónyuge invocando su propio abandono del hogar, pero no debe admitirse con demasiada frecuencia para no vaciar de contenido el texto legal.

En la práctica, no obstante, parece que los Tribunales están haciendo una relativamente abundante aplicación de esta cláusula, pues los demandados la invocan casi siempre. He aquí algunos ejemplos concretos: El Tribunal de Gran Instancia de Aix-en-Provence estimó de dureza excepcional el divorcio después de treinta años de matrimonio cuando la esposa está enferma, carece de recursos y no ejerce una profesión (s. de 18 nov. 1976); el propio Tribunal lo estimó también cuando el divorcio privaría a la mujer del disfrute de un régimen de pensiones de retiro (s. de 25 noviembre 1976); el Tribunal de Gran Instancia de Compiègne la estimó asimismo cuando el matrimonio ha durado cincuenta y seis años, la mujer tiene setenta y ocho, y su estado de salud es precario, dispone de escasos recursos y tendría que refugiarse en un asilo (s. de 25 octubre 1976); el Tribunal de Gran Instancia de Nantes la apreció también en el caso de una mujer atacada de depresión mental evolutiva, que correría el riesgo de una seria agravación de su estado de salud si se pronunciase el divorcio (s. de 18 de octubre 1977).

E) *Derecho de Alemania Federal*. No es este el momento de exponer la evolución de la legislación divorcista en Alemania Federal. Baste decir que el BGB de 1900 se basaba fundamentalmente en la culpa. La ley hitleriana de 1938, extendida a Austria después del *Anschluss*, introdujo una causa objetiva de divorcio autorizándolo después de tres años de vida separada cuando el restablecimiento de la vida en común no podía hacerse debido a una profunda e irremediable desunión de los cónyuges. El sistema se mantuvo sustancialmente con la Ley de 1946 del Consejo Interaliado de control. En 1967 se iniciaron los trabajos preparatorios para reformar la legislación sobre divorcio, que tras muchas alternativas han cristalizado en la Ley de 14 junio 1976, que ha entrado en vigor el 1.º enero 1977. La nueva Ley afecta a las causas y a las consecuencias patrimoniales del divorcio. Aquí únicamente me ocuparé del primer aspecto. Siguiendo a los sistemas inglés y holandés, se establece con carácter general que el matrimonio se disuelve cuando ha fracasado, es decir, cuando ha terminado la comunidad de vida y no puede esperarse que los cónyuges la restablezcan. A continuación la Ley establece varias presunciones absolutas de fracaso matrimonial: 1.º Si la separación dura más de un año y ambos cónyuges solicitan el divorcio, o lo pide uno con el asentimiento del otro. 2.º Cuando los cónyuges viven separados desde hace tres años. En este caso, dice Beitzke, que la demanda puede presentarse por quien abandonó el hogar unilateralmente o por quien con su conducta culposa ocasionó la quiebra del matrimonio.

Ahora bien, en tal hipótesis funciona la *Härteklausel* o cláusula de dureza del parágrafo 1.568: «El matrimonio no debe di-

solverse, aunque haya fracaso, si y por todo el tiempo que la conservación del matrimonio sea excepcionalmente necesaria por razones particulares en interés de los hijos menores nacidos del matrimonio; y también para el demandado que se opone al divorcio, en razón de circunstancias excepcionales de tal dureza que la conservación del matrimonio, aún considerando los intereses del actor, se impone excepcionalmente. Esta cláusula no es aplicable cuando los cónyuges viven separados más de cinco años».

A diferencia de lo ocurrido en Francia, parece que en Alemania Federal los Tribunales se resisten a hacer aplicación de esta cláusula, siendo la doctrina partidaria de una interpretación restrictiva. En la Exposición de Motivos del texto legal se ponían los ejemplos del cónyuge abandonado durante una grave enfermedad en una época en que la fortuna le había sido particularmente adversa; o bien cuando la destrucción sistemática, unilateral y voluntaria del matrimonio por uno de los cónyuges conduce a circunstancias extraordinarias cuya dureza sea agravada por el divorcio. Se piensa, en todo caso, que el Gobierno Federal con tal cláusula ha querido dar satisfacción a una parte de la opinión pública preocupada en evitar las repudiaciones puras y simples, aunque se ha esforzado también por restringir al máximo los obstáculos legales al divorcio.

F) *A modo de conclusiones.*

Como conclusión de esta incursión por el Derecho comparado, cabe afirmar que la cláusula de dureza no se aplica en todos los casos de divorcio, sino preferentemente en el basado en la separación de hecho prolongada, y contempla, sea el perjuicio del otro cónyuge, sea sólo el de los hijos, o el de ambos; y unas veces toma en cuenta sólo los daños patrimoniales, y otras la totalidad de los que el divorcio ocasiona a una persona.

Dado su carácter más bien excepcional (aunque en algunos países los Tribunales parecen hacer una interpretación amplia de la cláusula) entiendo que su significación es más bien simbólica, como último homenaje a la norma moral que descalificaría de modo absoluto el repudio unilateral.

Ahora bien, por lo que hace a España, cabe afirmar que su introducción en un país hasta ahora ininterrumpidamente vinculado al régimen indisolubilista (salvo el breve paréntesis 1932-38), hubiera parecido una medida de prudencia aceptarla para dar alguna satisfacción a amplios sectores de la sociedad radicalmente opuestos al divorcio, al par que así se atribuía a los jueces un recurso legal para impedir demandas exorbitantes.

4. CONSECUENCIAS PREVISIBLES DE LA DESAPARICION DE LA CLAUSULA EN NUESTRO ORDENAMIENTO

¿Qué consecuencias comporta la desaparición de la «cláusula de dureza» del texto definitivo de la ley de 7 de julio de 1981, popularmente denominada «Ley de divorcio»?

Por de pronto, que nuestro legislador ha decidido soberanamente que el divorcio español va a ser absolutamente inocuo, aséptico, indoloro, suprimiendo «por decreto» —*proprie, ex lege*— la posibilidad de que, en algunas hipótesis la sentencia de divorcio acarree consecuencias desfavorables, perjudiciales o dañosas, para el otro cónyuge o para los hijos. Una actitud semejante sólo puede calificarse *prima facie* de poco realista, de ser adoptada de espaldas a la realidad social, a la que, curiosamente, la E. de M. del Proyecto del Gobierno decía querer amoldarse.

A) Referencia a los daños del divorcio en general.

No hablemos ya de los daños del divorcio en sí mismo, en cuanto institución del Derecho de Familia. Dado que la experiencia española hasta ahora era de poca significación, bueno será apoyarse en las conclusiones de la doctrina extranjera, y en particular, en la de un país con experiencia más que secular de la ruptura legal del vínculo. En 1967 dos ilustres profesores franceses, Gabriel Marty, Doyen de la Universidad de Toulouse y Pierre Raynaud, de París, concluían: «Il semble bien qu'il n'y a vraiment d'autre moyen d'éviter les inconvénients du divorce que de le supprimer».

El catálogo de posibles daños del divorcio se ha hecho en varios idiomas. Me limitaré aquí a recordar que ni siquiera para ambos cónyuges en el caso de divorcio consensual la obtención de una sentencia favorable constituye siempre una verdadera liberación (aunque pueda serlo en algunos casos); psicológicamente el divorcio es un fracaso que hace correr a quien lo ha padecido el riesgo de sufrir un verdadero trauma: el trauma de no haber triunfado en algo verdaderamente importante, en el plano más íntimo de la propia existencia; trauma que, en casos extremos, puede no curarse nunca, y acompañar a los divorciados durante toda su vida, arrastrando para siempre el estigma del fracaso. No olvidemos, por otro lado, que con frecuencia el divorcio por mutuo consentimiento enmascara un divorcio «impuesto» o «forzado» que se acepta por la convicción de no tener otra salida. ¿Y qué decir del cónyuge que en ningún caso quiere divorciarse? ¿Cuál será su estado de ánimo ante las diversas causas del artículo 86 en las que, por ser el divorcio automático, no cabe oponerse eficazmente a la petición del otro? Hay una curiosa correlación entre el índice de divorcialidad y el de suicidios; los países con más elevado índice de suicidios (Hungría, Alemania Oriental, Che-

coslovaquia, Austria y Suiza) son también los que ostentan el índice de divorcialidad más elevado, y, paralelamente figuran en los últimos puestos aquellos en los que no había, o no hay, divorcio legal (Filipinas, Irlanda, España, Colombia).

Las consecuencias del divorcio para los hijos ha sido un tema frecuentemente tergiversado en el debate público sobre el divorcio, que ha precedido a la promulgación de la Ley de 7 de julio. Unánimes son los psiquiatras en sostener que cualquier desavenencia o perturbación de las relaciones conyugales afecta inmediatamente al equilibrio emocional de los hijos, especialmente en las etapas de su formación. En tal sentido, también la mera separación es dañosa para ellos. Dicho esto, parece claro que el divorcio supone siempre para los hijos un daño o mal agravado con relación al que produce la separación. Y aunque a veces se ha presentado un divorcio de «color de rosa» en el que los hijos del matrimonio encontrarían un nuevo padre o madre, complacientes y abnegados, que superarían al verdadero progenitor, resulta evidente que los hijos menores sufren siempre con el divorcio de sus padres, en mayor o menor medida, según su edad, sexo y circunstancias en que se produce la ruptura del matrimonio; y ello en razón a que la destrucción del hogar en que nacieron es ya definitiva, y que aunque la ley mantiene subsistentes las relaciones individuales con cada uno de sus progenitores, lo inevitable será que, con uno o con ambos, tales relaciones se debiliten y aun lleguen a desaparecer de hecho del todo. En adelante tales hijos integrarán una familia incompleta, lo que los sociólogos denominan «one parent family».

Resulta de lo anterior que, de ordinario, y por más que nuestro legislador pretenda desconocerlo, el «progresivo» divorcio entronizado por la ley de 1981 va a ser con frecuencia fuente productora de daños, perjuicios y consecuencias desfavorables, tanto para los cónyuges, como para los hijos.

B) *Los daños de especial o excepcional gravedad.*

Pero, aunque no se acepte lo dicho, debemos situarnos en el campo de aplicación de la llamada cláusula de dureza. No es difícil imaginar casos en los que una sentencia de divorcio puede, en concreto, originar daños de excepcional gravedad. Uno de los cónyuges está al borde de la demencia, sujeto a tratamiento psiquiátrico debido a que ha estado locamente enamorado de su consorte y empieza a descubrir que éste le ha traicionado; los médicos opinan que si se produce la ruptura legal, el riesgo de locura irreversible es inevitable. O bien, cuando uno de los cónyuges amenaza con suicidarse si el otro pide el divorcio, y hay indicios de que puede cumplir su amenaza. O el caso de que tienen un hijo minusválido, a quien la falta de ambos padres va a suponer la imposibilidad de seguir un tratamiento de rehabilitación. O cuando alguno de los hijos se encuentra en la crisis de la adolescencia y los expertos

dictaminan que la ruptura entre sus padres puede causarle un daño irreparable. Casos como éstos pueden encontrarse en los repertorios jurisprudenciales extranjeros, pudiendo multiplicarse si, además del daño moral, la ley toma en consideración el patrimonial o económico. No cabe duda que en la conducta del cónyuge que, sabedor de alguna de esas circunstancias, pide no obstante el divorcio, hay algo de radicalmente inmoral, de mala fe y abuso del derecho; se trata de una conducta que en otras ramas del Derecho civil están sancionada con la nulidad absoluta del acto. Pero si, a pesar de todo, la ley le autoriza a pedir y a obtener el divorcio, tal norma jurídica corre el gravísimo riesgo de quedar desvalorizada en la conciencia social.

Ocurre además que en el artículo 90 se contemple la posibilidad de que el convenio regulador, en su conjunto o en alguna de sus cláusulas, sea perjudicial, para el otro cónyuge o para los hijos, y en tal hipótesis se ordena al juez que deniegue su aprobación. Como se sabe, la nueva figura del convenio regulador es un requisito necesario que ha de acompañar a las demandas de separación y divorcio por mutuo consentimiento, y que también puede acompañar a las basadas en otras causas, ya que la ley fomenta el que los cónyuges resuelvan convencionalmente las consecuencias de los procesos matrimoniales. Fijémonos, sin embargo, que la intervención judicial no se da para denegar el divorcio si hay perjuicios de excepcional gravedad, sino únicamente para homologar el acuerdo o convenio conyugal que decide sobre la guarda de los hijos, el derecho de visita y de comunicación con sus padres, la disolución del régimen económico matrimonial o la pensión por desequilibrio económico. La citada norma es el claro reconocimiento de que, pese a la inocuidad *ex lege*, implícita en la derogación de la cláusula de dureza, la ruptura legal puede ser de hecho dañosa para los interesados.

Todo esto no hace sino acumular argumentos sobre lo que en otro lugar he denominado atipicidad de la ley de divorcio. La nueva ley, al prescindir de la culpa de modo radical y absoluto, ha roto la conexión con el fundamento ético de las normas jurídicas, tradicional en nuestro ordenamiento, y mucho más en el campo del *Ius Familiae*. Un sociólogo norteamericano, Jan Gorecki, ha puesto de relieve el contrasentido que supone prescindir del viejo aforismo romano: *Nemo turpitudinem suam allegans audiatur*.

C) ¿Inconstitucionalidad de la ley en este punto?

Además, la pretensión de establecer un divorcio indoloro, en contradicción como se ha visto con la propia normativa divorcista, choca abiertamente con el artículo 39.2 de la Constitución, que sienta el deber de todos los poderes públicos, y por tanto, también del legislativo y del judicial, de asegurar la protección integral de los hijos y de las madres. Sin embargo, en el derecho vigente

resulta evidente que el juez español no podrá en ningún caso denegar el divorcio aunque sea notorio que va a ocasionar a los hijos o a la esposa, no ya los perjuicios normales de todo divorcio, sino unos daños de excepcional gravedad, con profunda repercusión en el futuro desarrollo de la personalidad de aquéllos, o en la vida futura de ésta última.

“El Derecho civil, protector del ser humano”

Por VICTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA

SUMARIO: Primera parte: La persona en la obra del profesor De Castro. Introducción.—I. Definición del Derecho civil.—II. El Derecho civil regulador de la persona humana.—III. El estado civil de las personas: 1. El concebido y no nacido. Remisión. 2. La menor edad. 3. La emancipación. 4. La incapacitación judicial. Problemática. Conclusión.—Segunda parte: El «nasciturus» y el Derecho civil. Introducción.—I. El artículo 29 del Código civil.—II. Las precauciones legales cuando la viuda cree haber quedado encinta.—III. Las donaciones a los concebidos.—IV. El concebido y la sucesión «mortis causa».—V. El consentimiento de la mujer en el aborto: 1. Naturaleza del consentimiento de la mujer. 2. El frustrado padre ante el aborto consentido por la mujer. 3. El «nasciturus», el interés familiar y el interés común o general. Consecuencias. Conclusión.

PRIMERA PARTE

LA PERSONA EN LA OBRA DEL PROFESOR DE CASTRO

Introducción.

Con el fin de destacar aspectos relevantes del pensamiento de don Federico de Castro voy a fijarme en el concepto del Derecho civil, para tratar a continuación de explorar a lo largo de su obra cómo los aspectos fundamentales de la definición van marcando paso a paso las instituciones jurídicas que el profesor en su fecundísima labor ha estudiado (1).

I. Definición del Derecho civil: en el pensamiento de De Castro, para diferenciar el Derecho civil del conjunto normativo total hay que fijarse en la especialidad de la materia: «el hombre como sujeto de derecho y patrimonio y miembro de una familia» (De Diego) (2). La

(1) Fundamentalmente citaré sus obras: Derecho civil de España y Compendio, en sus distintas ediciones.

(2) De él dirá DE CASTRO que es «la personalidad que simboliza la ciencia jurídica española moderna».

materia del Derecho civil está formada por la persona y la familia, con principios propios: el de igualdad y el de libertad, para el desarrollo de la personalidad (autonomía). La referencia a la familia separadamente de la persona no implica independización del Derecho que regula a aquélla: la concepción cristiana —afirma— ha impuesto la armonización entre la jerarquía familiar y el respeto a la persona, de modo que se considera a ésta de por sí ya miembro de una familia (3). Con todo lo cual llega a la definición del Derecho civil español como «el que regula de modo inmediato el puesto y significado jurídico de la persona y de la familia en la ordenación de la comunidad española y, de modo general o supletorio, cualquier otra materia o cuestión que no haya sido objeto de regulación especial» (4).

II. El Derecho civil regulador de la persona humana: éste es el centro alrededor del que va a girar toda la obra del profesor De Castro y que yo quisiera ya resaltar, procurando calar honda y fielmente en su pensamiento. El valor de la persona es postulado de toda concepción humanista y su defensa está en el centro mismo de la idea cristiana de la vida; el Derecho civil —dice— no es concebible sin un *mínimum* de independencia personal, y los juristas, como custodios del Derecho, tienen un deber vital en su guarda (5). Pues bien, la concepción cristiana de la vida concibe a todo hombre como persona y esta condición implica derechos y deberes, según el Derecho natural; concepción iusnaturalista que entiende por persona el término expresivo de la consideración jurídica que exige la dignidad humana. Ideas que han sido recibidas —concluye— por la común cultura europea, para terminar dando el concepto de persona para el Derecho civil: «el hombre (persona física) y traslaticamente, en su caso, ciertas organizaciones humanas, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica» (6). Lo que importa a la técnica jurídica —dice por último— en cuanto la persona es «punto de convergencia y centro

(3) Págs. 31 y 32 Compendio de Derecho civil, 5.^a edición, Madrid, 1970.

(4) Ob. cit. pág. 32. En la 1.^a edición de su Derecho civil de España la definición concluye con las palabras: «... y al servicio del destino universal de España». Explica DE CASTRO el cambio en la 2.^a edición de su obra, de 1949, diciendo que: el término «destino» podría entenderse en sentido fatalista en vez del providencialista propuesto y el de «universal», en sentido hegeliano, en vez de entenderse como alusión a la doble dimensión de lo nacional, en la humanidad y en el tiempo (historia) (nota 3, pág. 116).

Constante ha sido la postura de DE CASTRO en defender la autonomía de la voluntad y protegerla contra ataques tanto internos: prevalencia de la parte económicamente poderosa, como externos: poder del Estado. Recuérdese en este sentido su obra «El negocio jurídico», y su reciente estudio en el Anuario 1982, t. 35, fasc. III.

(5) Concepción cristiana de la vida que inspira toda su obra. La tenaz defensa que la Iglesia católica —dirá en otro momento— hace de la persona... (págs. 11 y 13, Derecho civil de España, 1955).

(6) Siguiéndole dirá DIEZ PICAZO que el término «persona» se usa respecto de la jurídica en un sentido meramente traslaticio, porque persona únicamente lo es el hombre, ser dotado de inteligencia y voluntad.

de imputación de derechos y deberes», de modo que la resultante de ser persona es que se tiene personalidad o capacidad jurídica (aptitud para ser titular de relaciones jurídicas) (7).

III. El estado civil de las personas: para la concepción de De Castro estamos ante un concepto fundamental, pues las restricciones generales de la capacidad de obrar (aptitud de la persona para producir *por sí misma* con sus actos, o de su representante o servidor, *efectos jurídicos para sí misma*, y para su patrimonio) derivan —dice— del estado civil; según sea el tipo de estado, así será la extensión y clase de la eficacia o ineficacia de los actos (anulabilidad, rescisión, nulidad); bastando alegar el estado civil correspondiente (ser menor, incapacitado por locura...) para conseguir en su caso la ineficacia. De ahí llega a la definición del estado civil como «la cualidad de la persona que resulta del puesto que tenga en cada una de las situaciones tipificadas como fundamentales en la organización civil de la comunidad; que determina su independencia o dependencia jurídica y afecta a su capacidad de obrar (general y especial), es decir, el ámbito propio de poder y responsabilidad» (8).

De la importancia capital del estado civil deriva para De Castro el que situaciones que tuvieron históricamente tal rango hoy ya no lo tienen y otras cuyo valor jurídico aumenta, aun no merecen tal calificación. Su número es «clausus» y su existencia requiere un título (de atribución), así como lo requiere su prueba o justificación (títulos de legitimación: respecto de los que estudia la inscripción en el Registro civil y subsidiariamente la posesión de estado) (9). Pues bien, voy a centrarme en resaltar algunos de los aspectos que derivan de la concepción del autor, del Derecho civil, Derecho regulador de la persona. Pueden ser los siguientes:

1. La protección jurídica del concebido y no nacido. La estudiaré con más profundidad en la segunda parte del presente trabajo; a ella me remito.

(7) Págs. 163 y ss. Compendio. El Derecho positivo —dirá en otro lugar— recoge los preceptos del Derecho natural para darles la mayor fuerza social; el fin de éste es allanar el camino entre la «civitas terrena» y la «civitas Dei», por lo que el Derecho positivo ha de colaborar a la perfección de la persona, a que la comunidad sirva a los valores más altos del hombre (Derecho civil, págs. 40 y 41).

En la línea marcada por DE CASTRO dirá en 1957 HERNÁNDEZ GIL que «la suerte del Derecho civil aparece ligada a la persona. Si ésta sucumbe, sucumbirá también el Derecho civil, pero entonces algo más que éste habrá desaparecido: la organización cristiana de la sociedad».

(8) Compendio, págs. 167 y 171. Es una definición más acabada que la que ofreció en su Derecho civil de 1952, pág. 70.

(9) En tema de reconocimiento de la filiación profundizó DE CASTRO en una breve pero jugosa nota publicada en el Anuario Derecho civil, comentando la obra sobre el tema de RIVERO HERNÁNDEZ puede verse la referencia a ambas posturas en mi estudio «El reconocimiento de hijos». A. A. M. N. 82, pág. 12.

2. El sistema de la menor edad: Para De Castro la naturaleza y la dignidad de la persona exigen que la capacidad de obrar sea la regla general; el menor de edad no emancipado no es un incapaz, sino que al seguir el Código (arts. 32, 155, 262, 1.302) la concepción cristiana tradicional, su capacidad de obrar va a ser la resultante de las tres causas de restricción que estudia: la carencia de conocimiento natural o discernimiento, la falta de independencia (al estar sometido regularmente a la patria potestad o a la tutela; tratando además de la situación de vida independiente del hijo sujeto a la patria potestad del antiguo artículo 160, y que con la reforma del V-1981 regula el Código en los actuales 319, 164, núm. 4 y «a-sensu contrario», 165 párrafo 2, y en cuya regulación, como en general en toda la nueva de la patria potestad, se advierte con claridad la huella de las enseñanzas del profesor) y la condición de protegido del menor, para culminar su estudio con la esfera del poder jurídico del menor (personal y patrimonial, procesal y de responsabilidad) constitutiva del reconocimiento de su capacidad de obrar, limitada sólo por las señaladas causas generales de restricción (10).

3. La emancipación. Consecuente una vez más con su posición acerca de la dignidad de la persona, su reconocimiento y protección por el Derecho civil, es el enfoque de De Castro sobre la emancipación: «no es una farsa», dirá tajante. De ahí la interpretación que da al antiguo 317 (actual artículo 323 de la reforma de 1981) y la exposición, paralela sistemáticamente a la del menor, que realiza de los efectos generales de la misma (separando luego los específicos de la emancipación por matrimonio y estudiando los del beneficio de la mayor edad, actuales artículos 324 y 321 respectivamente) (11).

4. El sexo y el matrimonio: su influencia sobre la capacidad de obrar. Importante ha sido la contribución del autor en las reformas igualatorias de la capacidad tanto del hombre y de la mujer como de la esposa respecto al marido. Por ello no voy a entrar en su estudio en estos momentos en los que con la reforma de mayo de 1981 ha culminado el proceso de igualación.

Baste con todo recordar el enfoque de De Castro sobre la capa-

(10) Compendio, págs. 192 y ss. En general su enfoque ha sido seguido por la doctrina; no totalmente por autor como LACRUZ BERDEJO, en sus «Elementos Derecho civil», I, 1974, pág. 119. En la reforma del Código de V-81 se advierte la enseñanza de DE CASTRO, concretamente en la patria potestad (artículos 162 y 166, por ejemplo: «condiciones de madurez», «consentimiento del menor si ha cumplido los dieciséis años»...). La plasmación total del enfoque de DE CASTRO la ha realizado en el campo del instrumento público notarial. DÁVILA GARCÍA (Boletín del I. Colegio Notarial de Granada, 1962, págs. 603 y ss.).

(11) «Como si fuera mayor», salvo las restricciones que para su debida protección establece la Ley, puede ser el resumen de su postura. Vide Compendio, págs. 205 y ss.

cidad de obrar de la mujer casada; para él depende directamente del régimen de bienes con las consecuencias que de ello derivan (12).

5. El sistema de la incapacitación: ésta —concebida como «el acto judicial mediante el que se modifica el estado civil de una persona, por alguna de las causas que enumera la Ley, sometiénola a una especial tutela»— implica en el estudio profundo que De Castro realiza, la culminación de su enfoque acerca del papel protector del Derecho civil sobre la persona humana. «Numerus clausus» de causas de incapacitación, carácter constitutivo de la sentencia o del auto judicial en su caso para la modificación del estado civil, tanto en su inicio como en su terminación y eficacia «erga omnes» de la resolución judicial, con la inscripción en el Registro Civil, al margen de la de nacimiento del protegido, el cual queda bajo tutela, enmarcan lo que «significa una valiosa garantía frente a la arbitrariedad», según sus palabras (13).

Lo expuesto lleva a De Castro a una fecunda profundización en los distintos supuestos de incapacitación judicial, de los que destaco sólo «ad exemplum»: la incapacitación por locura (separando la situación de capacidad del demente antes de la incapacitación judicial y una vez declarado judicialmente incapaz; estudiando el supuesto de la incapacitación del menor de edad ante el artículo 213 del Código civil; la regulación por el Decreto de 3-VI-1931 del enfermo psíquico, recluido por trastorno mental y no incapacitado (14), así como la posibilidad de una incapacitación limitada o de efectos más débiles que la legal respecto al loco o demente, caso de imbecilidad, retraso o debilidad mental, a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947, lo que critica ante el supuesto de hecho de la misma, así como en el supuesto de hecho de la Sentencia de 25 de marzo de 1961, para terminar nítidamente con el estudio de la capacidad del demente en los casos de «dilucida intervalla») (15). La incapacitación

(12) Criterio seguido por varios autores, tanto en el Derecho común como en la doctrina catalana. Con todo, autor como LACRUZ al referirse a los antiguos artículos 60 y 61 del Código, estimaba —seguido por GÓMEZ LA PLAZA— que eran de aplicación a toda mujer casada con independencia del régimen económico-matrimonial: si bastase pactar —decía LACRUZ— un régimen de separación para modificar la capacidad de la mujer casada hasta llegar a la del marido, bastaría también estipular acerca de la capacidad de la mujer sin necesidad de establecer un nuevo régimen (Derecho de familia, 1963, pág. 185).

(13) Vide Compendio, págs. 242 y 3.

(14) Vide Compendio, pág. 244. El estudio crítico del Decreto de 1931 y disposiciones modificativas y aclaratorias se contiene en su Derecho civil, págs. 284 y ss.

(15) Destaca en el ponderado estudio que del supuesto hace el autor su criterio acerca de la capacidad para contraer matrimonio —igual que luego hará al estudiar la del interdicto—. Muy alejado su enfoque del de otros autores, como RODRIGO BERCOVITZ al entender que «con la postura favorable se trata de subsanar las consecuencias de una rígida intransigencia en el terreno de las relaciones sexuales del matrimonio». Derecho de la persona, 1976, pág. 96. Sobre la materia, vide hoy el artículo 56 del reformado Código civil.

por prodigalidad (que define con precisión, señalando el carácter estrictamente familiar de la misma, pues se establece en favor de los herederos forzosos, y fiel a la «ratio» de la incapacitación judicial considera el autor que aunque no haya ya herederos forzosos del pródigo —lo que no es fácil probar y más con la reforma del Código en 1981— la extinción o fin de la tutela de aquél exige, igual que lo exigió su constitución, la oportuna declaración judicial, lo que no siempre ha aceptado la doctrina). Y la incapacitación por interdicción civil (estudiando sus efectos y considerando nulos —por la concreta «ratio» de esta incapacitación— los actos y negocios del interdicto fuera de sus facultades, y no meramente anulables) (16).

Con lo anterior queda resaltado, a mi juicio, lo que es más esencial en la obra de De Castro: la necesidad de que el Derecho civil sea el regulador de la persona humana. Esta es—y debe seguir siendo como ha dicho Gitrama González— su mayor grandeza y su mayor servidumbre. El ejemplo admirable del pensamiento jurídico de De Castro ahí está y sigue rindiendo fruto. Modesta prueba deseo que constituya el estudio que voy a realizar a continuación del «nasciturus» y el Derecho civil. Yo resumiría, en fin, este bosquejo que de la obra del profesor he realizado recordando las recientes palabras del Papa Juan Pablo II: es necesario recuperar una conciencia madura de la dignidad y responsabilidad del hombre en cuanto «vértice de la creación». Pues bien, para un jurista, la obra de De Castro está en esa línea ejemplar.

Siguiendo a DE CASTRO, han expuesto DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS que las sents. del TS citadas en el texto no son —Código en mano— aceptables, pero ponen de relieve la conveniencia de una revisión del Código civil en la materia de enfermedades mentales. Es precisamente lo que se encuentra actualmente en fase de reforma, al revisarse todo el instituto de la tutela y reintroducir —el actual Proyecto de Ley— el de la curatela.

Al corregir las pruebas del presente trabajo acaba de publicarse en el «BOE» la reforma legal de la tutela. Baste indicar aquí cuántas enseñanzas de DE CASTRO se plasman en el nuevo articulado.

(16) En general, el enfoque de la incapacitación judicial del profesor es seguido por la doctrina española (alguna opinión contraria en LACRUZ, ob. cit., págs. 128 y ss.), y en la próxima reforma legal del sistema tutelar se advierte su influencia («en atención al grado de discernimiento...», puede leerse en el Proyecto).

Respecto a la incapacitación del menor de edad, «figura anómala, no prevista por la Ley y que debe aplicarse con cuidado para evitar incapacitaciones prematuras y en beneficio de intereses extraños al menor», en palabras de DE CASTRO, recuérdese la actual «prórroga de la patria potestad» y la «rehabilitación» de la misma del reformado artículo 171.

En ocasiones de las enseñanzas del profesor se han extraído, a mi juicio, conclusiones y enfoques maximalistas; así por R. BERCOVITZ y R. CANO, respecto al recluso en establecimiento psiquiátrico y no incapacitado, en «La marginación de los locos y el Derecho», bajo el epígrafe: «El mito [sic] del Derecho civil como defensor de los valores personales». Taurus..., 1976, páginas 33, 34 y 37 especialmente. Sobre este punto —vivido por mí profesionalmente— puede consultarse J. DÁVILA GARCÍA en Boletín I. Colegio Notarial Granada, IV, 1967, pág. 870.

SEGUNDA PARTE

EL «NASCITURUS» Y EL DERECHO CIVIL

Introducción.

El Derecho civil es el regulador de la persona, tanto física como jurídica, pero no sólo de aquélla desde su nacimiento, sino del ser humano desde el momento de su concepción.

Así lo hace nuestro Código civil, y objeto de esta segunda parte del estudio es destacarlo así, profundizar en los distintos aspectos de la regulación legal y marcar pautas jurídico-civiles ante la posible despenalización del aborto. Y es que si por un lado «la vida, la integridad física y moral, como bienes estrictamente privados, preexisten a la protección penal, no surgen como consecuencia de la misma» (1) y por otro: «el concebido no es una parte del organismo materno, sino un efectivo ser humano, perfectamente individualizado, que por tanto no puede ser objeto de disposición ni siquiera por sus progenitores; nadie, por tanto, tiene derecho a destruirlo» (2), el jurista tiene que plantearse con total objetividad hasta donde alcanza hoy y debe alcanzar desde ahora la protección del «nasciturus» por el Derecho civil. Véamoslo:

I. El que el artículo 29 del Código civil comience diciendo que «el nacimiento determina la personalidad», no puede inducir a error: al Derecho civil le importa, por obvias razones de seguridad jurídica, quien puede ser titular de derechos subjetivos y de obligaciones; la «personalidad» que se hace pues depender en el precepto citado del nacimiento, significa capacidad para la titularidad jurídica, capacidad jurídica en suma (2 bis). Los atentados —consumados o no— contra el ser humano de vida intrauterina o la muerte del hijo recién nacido..., implican figuras delictivas de las que trata el Código penal (aborto, infanticidio en su caso (2 tris).

(1) Así lo ha destacado J. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO.

(2) Real Academia de Doctores de España; informe de 25 de abril de 1983.

(2 bis) Como ha señalado DE CASTRO, el momento del nacimiento es según el artículo 30 el de la total independencia física del feto, la rotura del cordón umbilical o entero desprendimiento del seno materno; es entonces cuando se empieza a contar la vida de la persona (a diferencia, añado yo, de lo que ocurre en el Japón: la edad de los japoneses se cuenta a partir del momento de la concepción). Pero el mismo artículo 30 marca cuándo el nacimiento natural se considera productor de efectos civiles, y ello para evitar dudas y litigios sobre el hecho de nacer vivo y sobre la identidad del marido y limitar los casos en que el nacimiento del que en seguida muerte cambia la trayectoria de la sucesión de los límites familiares.

(2 tris) Por esta diversidad de fines de la ley civil y de la penal debe evitarse toda confusión: el que por el portillo de que jurídicamente no se es persona hasta veinticuatro horas después del nacimiento, pudiera deslizarse fraudulentamente la licitud del aborto y por tanto se pudiera entender

Pues bien, al ser el nacimiento el que determina la personalidad, el «nasciturus» ni es persona ni tiene, por tanto, capacidad jurídica, pero el mismo precepto continúa diciendo que «el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo 30: tener figura humana y vivir veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno». Con lo que parece claro que —como ha dicho De Castro— los derechos o masas patrimoniales afectados por el posible nacimiento son colocados en una situación de pendencia. La Ley quiere —como señala Albaladejo— que al nacer obtenga los beneficios que hubiese podido recibir si hubiera sido ya persona, en vez de germen de persona («*spes hominis*»). Todos los derechos o relaciones quedan, mientras acaece el nacimiento en las condiciones dichas, en situación de pendencia, subordinados pues a la condición de que el «nasciturus» no llegue a ser criatura abortiva (empleando la expresión gráfica y realista del artículo 745, núm. 1). Si esto acaece no es que se produzca la pérdida o transmisión de derechos, sino la no adquisición de los mismos, lo que se produce, en cambio, si el feto nace en condiciones de vitalidad (las que el artículo 30 exige) (3).

Ahora bien, ¿«*quid iuris*» si la madre aborta voluntariamente, ante el Derecho civil?; porque la argumentación anterior, impecable en el orden de la adquisición o no de los derechos subjetivos por el llamado a ellos como titular, no puede entenderse ni más ni menos que ceñida a ese exclusivo aspecto, carece de fuerza para cerrar totalmente el interrogante problemático en definitiva. Lo prueba el que el Código al regular las obligaciones sujetas a condición suspensiva muestra cuál es la idea legal si el obligado impide voluntariamente su cumplimiento: se tiene por cumplida la condición suspensiva (artículo 1.119 C) (4).

Parece pues evidente que ha de proseguirse avanzando en la panorámica que el Código desarrolla al tratar del «nasciturus».

II. Las precauciones que la Ley establece cuando la viuda cree haber quedado encinta, suspendiéndose la partición hereditaria del difunto esposo, proveyendo a la seguridad y administración de los bienes y ordenando que la viuda, aun cuando sea rica, deba ser alimentada de los bienes hereditarios (artículos 959 a 967), revela el exquisito tacto con que se cuida el posible nuevo amanecer a la vida

lícito matar —como ha alertado JULIÁN MARÍAS— no ya al feto, sino al niño de veintitrés horas de edad. Absurdo jurídico que se disipa con arreglo a lo expuesto.

(3) Para MALDONADO y FERNÁNDEZ DEL TORCO la Ley más que atribuir desde luego derechos al concebido, tiende a limitar los de los demás en atención al futuro bien de ese ser que aún no ha nacido. Se trata, pues, —dice— de proteger el interés de un sujeto que *aún no ha venido*.

(4) Así lo ha puesto recientemente de relieve VALLET DE GOYTISOLO y hace pocos años decía RODRIGO BERCOVITZ que la situación de pendencia es una construcción aplicable al concluido, si bien —para él— cuando se aplica a la esfera «personal» y no exclusivamente patrimonial del concebido, no

y sus consecuencias en el orden civil. Regulación que —como destaca De Castro— debe aplicarse también por analogía a los casos en que se hayan dejado bienes al póstumo por otra persona, por ejemplo el abuelo, y hasta a supuestos en que no se trate de mujer viuda, sea por vivir el marido o por no estar casada.

¿Tiene sentido toda esta regulación delicadamente protectora de la situación de hecho planteada por la aparición de un «nasciturus»: suspensión de la partición, herencia en administración, alimentos a la viuda, aunque sea rica, nombramiento de persona de confianza de los interesados en la sucesión que se cerciore de la realidad del alumbramiento..., con el corte brutal de la vida intrauterina por el aborto voluntario?... Ninguno. No encaja aquello con esto.

III. Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos pueden ser aceptadas por quienes legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento, conforme establece el artículo 627.

La Ley vuelca su afán protector al concebido con este malabarismo: quienes legítimamente le representarían pueden aceptar la donación ya, con lo que por de pronto se evita el efecto revocatorio por un cambio de voluntad en el donante o que la donación decaiga por su muerte, estando la adquisición en situación de pendencia hasta el momento del nacimiento del concebido. Pues bien, como señala Albaladejo, por analogía con el artículo 627 y aplicando el espíritu del 29, no cabe duda que otros beneficios en favor del concebido pueden ser aceptados aunque no constituyan propiamente donaciones. Y otra vez nos hemos de preguntar si tiene algún encaje lo que se expone aquí con la frustración de la maternidad provocada deliberadamente; más aún, ¿armoniza la aceptación de la donación por el padre y por la madre que representarían al «nasciturus» si hubiera ya nacido, con que luego ella aborte?; ¿qué aceptación tan macabra!, consideraciones jurídicas aparte respecto de la eficacia de la donación realizada.

IV. Lo dicho hasta ahora revela claramente el «favor legis civilis» hacia el concebido, amparo y criterio abiertamente favorecedor que cobra especialísimo relieve al estudiar la posición del «nasciturus» ante las disposiciones «mortis causa».

Con base en el artículo 29 y «a sensu contrario» del 745, 1.º, ambos del Código civil, se reconoce la validez de los llamamientos sucesorios en favor del nasciturus. No se llega a dar el paso del 627 en cuanto a las donaciones, por obvias razones de imposibilidad de cambio en la voluntad del ya difunto o en las disposiciones «mortis causa», pero el llamamiento, una vez abierta la sucesión, existe aunque sujeto —como señala Lacruz Berdejo— a una «condicio iuris» de efectivo nacimiento y vitalidad: llamamiento pues equiparable a la vocación

resulta apta. En el presente estudio, como se verá, llego a conclusiones de mayor alcance y la construcción jurídica de la situación de pendencia (con la base además del artículo 1.119 citado) me sirve de apoyo para lograr una protección amplia del concebido en el Derecho civil.

sujeta a condición suspensiva en suma. Dicho con un ejemplo que tomo de Díez Picazo y Gullón Ballesteros: si A llama en su testamento como heredero al hijo de B, pero al morir A aún no ha nacido, de seguir estrictamente la regla del comienzo del artículo 29, el nacimiento determina la personalidad, faltaría una de las condiciones fundamentales de la adquisición hereditaria: la supervivencia del llamado a la herencia, al testador. Pero si ya estaba concebido al morir A, se le reputa nacido, que existía ya como persona y es sólo *la adquisición* de derechos la que se subordina o condiciona a que aquél nazca. Interin la herencia está en situación de administración por lo que respecta a los bienes correspondientes al «nascitutus», administración que —por invocación del artículo 627 y de los relativos a la patria potestad— debe corresponder, como ha señalado Gitrama González, al padre (al padre y a la madre hoy) (4 bis).

Lo expuesto constituye sólo un botón de muestra, el primero, de todo un sistema de Derecho sucesorio, basado en la «contemplatio familiae» y a la familia ordenado: si la Ley intuye que en el seno familiar el cariño primero desciende, en segundo lugar asciende y sólo en último término se extiende o se reparte por los lados (principio de las tres líneas, ordenador de la sucesión abintestato), en base a los vínculos de la sangre, toda la regulación de la sucesión «mortis causa» contempla —aparte de otras consideraciones— ante todo el vínculo del parentesco de sangre; por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia del primer causante, pasa a los suyos el mismo derecho que él tenía (artículo 1.006, regulador del derecho de transmisión); o el derecho de los descendientes a ocupar el lugar del ascendiente premuerto en la sucesión intestada en base al llamado derecho de representación del artículo 924 y siguientes, derecho que en la testada reconoce hoy el artículo 814 para caso de premoriencia del legitimario no preterido, de modo que el hijo representa a su padre premuerto en la herencia del abuelo y no se considera —como dice el párrafo quinto del 814— preterido; o la institución de la mejora, con la posibilidad de mejorar a los nietos en vida de sus padres (artículo 808, párrafo 2, y disposiciones concordantes, con base en las Leyes de Toro), con el derecho a imponer gravámenes sobre ella si es para favorecer a los descendientes (artículo 824) y con la facultad de delegar en el cónyuge supérstite el poder éste distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes (artículo 831, aplicable a descendientes no hijos, como entendiéndola mayoría de la doctrina, en aplicación de los principios gene-

(4 bis) No es el momento de profundizar en la validez de las disposiciones «mortis causa» en favor de los concebidos e incluso en favor de los «nondum concepti». Baste el recuerdo de las tesis magistrales de GONZÁLEZ PALOMINO Y DíEZ PASTOR y la postura francamente favorable del Tribunal Supremo (25-IV-63; 3-IV-65, por ejemplo) y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (27-XII-82, entre las últimas Resoluciones). Lo ha recordado hace poco en el Diario ABC, FANJUL SEDEÑO, respecto a los no concebidos siquiera, al fallecimiento del causante.

rales de la institución de la mejora). Principios y normas en fin que pertenecen a otro mundo jurídico, por decirlo con delicadeza suma, que no se compaginan en definitiva con la brutal frustración de la nueva vida por el aborto premeditado.

Y no digamos si se profundiza en instituciones como las reservas, o el derecho de reversión del artículo 812, o las sustituciones, tanto la vulgar (artículo 774), como la pupilar del artículo 775 (nombrar sustituto al descendiente menor de catorce años para el caso de que muera antes de dicha edad) o la fideicomisaria (con la posibilidad de nombrar sustituto fideicomisario al «nasciturus», con la sustitución sujeta a la condición «si sine liberis», con el principio de que la sustitución fideicomisaria entraña la vulgar...), o con la revocación de donaciones hechas por quien no tenía hijos ni descendientes, pero que luego sí los tiene, aunque sean hijos póstumos (artículo 644, núm 1, que tiene una evidente proyección sucesoria; cabe pensar en el supuesto —realmente terrible— de una donación por el marido a su mujer que luego voluntariamente aborta, impidiendo así el supuesto fáctico del precepto en cuestión).

Aparte existe todo un conjunto de condiciones —suspensivas o resolutorias—, de modos o cargas impuestas al sucesor en beneficio del «nasciturus» (artículo 790 y siguientes; artículos 797 y 798 en tema de modo testamentario), tendentes a amparar la nueva vida humana, tanto positivamente como en forma negativa (piénsese en la disposición en la que, por ejemplo, se condicionara la adquisición a que aborte la favorecida: por el artículo 792 se tendrá indudablemente por no puesta tal condición y en nada perjudicaría al sucesor, aun cuando el testador hubiera dispuesto otra cosa, lo que es aplicable por identidad de «ratio» a la imposición de un modo o carga de esta especie al heredero o legatario en el supuesto del artículo 797).

Pues bien, toda la normativa legal se desploma lisa y llanamente abortando. Si la mujer que lleva en su seno al esperado hijo lo destruye, se viene abajo el sistema protector: instituciones de heredero, legados, modos, condiciones, mejoras, respeto a la legítima de herederos forzosos, reservas..., figuras e instituciones largamente acuñadas a través de siglos de tradición jurídica, se derrumban con el aborto: y la abortante podrá así incluso liberarse no sólo del *peso* del hijo en sus entrañas, sino posiblemente de un comensal a repartirse el caudal hereditario (piénsese en que si el legado no tiene efecto se refunde en la masa de la herencia, artículo 888; o en que si uno de los llamados a la herencia en llamamiento conjunto o solidario falta, puede producirse el derecho de acrecer a los demás llamados, o en el derecho de sustitución vulgar o en los otros supuestos y figuras, en fin a los que ya he aludido, aunque sea de modo somero).

Lo señalado, solamente con el fin de resaltar hasta dónde el Derecho civil está pendiente de proteger al concebido en las distintas situaciones y relaciones jurídicas en las que necesite amparo y tutela, hasta que por el nacimiento con los requisitos que la Ley exige, pueda

ser titular de derechos, revela la necesidad de seguir profundizando en la materia en estudio para extraer de la normativa legal los principios y directrices que puedan considerarse básicos en la regulación legal sobre el «nasciturus» y su régimen jurídico (5).

V. El consentimiento de la mujer en el aborto.

En el actual Proyecto que despenaliza el aborto en determinados supuestos y que puede, de aprobarse, dar lugar a un nuevo artículo, el 417 bis del Código penal, se dice que «el aborto no será punible si se practica por un médico, *con el consentimiento de la mujer*», cuando...». ¿Qué puede decirse de esta intervención de la mujer autorizando la muerte del «nasciturus», ante el Derecho civil? Veámoslo.

1. Como se ha señalado recientemente, este consentimiento no tiene parangón en el ordenamiento español, pues la mujer decide no sólo en la esfera jurídica propia, sino en la ajena, y nada menos que en la de un ser humano vivo que ella lleva alojado en sus entrañas (6). Ordenamiento que toma como medida y modelo de conducta la del «tener padre (madre) de familia», esto por de pronto.

Lo expuesto requiere ser examinado a la luz rigurosa del Derecho, y con el Código civil delante nos encontramos con que ya en materia de obligaciones de dar sometidas a condición suspensiva, la Ley hace responsable al deudor cuando *la cosa* se pierde o se deteriora por su culpa (artículo 1.122), y el obligado a dar alguna *cosa* lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia (artículo 1.094). Además, en el depósito incurre en responsabilidad el depositario respecto a la guarda de *la cosa*, de modo que su pérdida le hace responsable, y si *la cosa* se había entregado cerrada y sellada, responde de los daños y perjuicios caso de haber sido forzado el sello o cerradura por su culpa, presumiéndose la culpa en el depositario, salvo prueba en contrario (artículo 1.769). Pues bien, ¿qué decir si en lugar de *cosas* en sentido jurídico-material estamos ante un ser

(5) Para tratar en fin de llegar a una total protección civil del concebido, en la línea que ha expuesto R. BERCOVITZ, al decir: al superar la dicción literal del artículo 29 los esquemas puramente patrimoniales, ello permite hoy una protección desde el campo del Derecho civil *en todos los aspectos* que se relacionan con la «persona» del concebido, en especial los relacionados con los bienes de la personalidad, así como con sus parientes próximos. Con todo, los resultados prácticos a los que el autor llega no están a la altura de sus palabras anteriores. Para mí, como se expone en el presente estudio, la protección civil del concebido es superior, más acabada y total.

(6) Así lo ha apuntado GARCÍA CANTERO. En un luminoso estudio de 1980 ha expuesto LUIGI FERRI citando a BIANCA que «sostener un pretendido derecho de la madre a disponer libremente del nasciturus como cosa propia reproduce la arcaica concepción de la prole como objeto de propiedad y contradice la moderna evolución de la relación paterno-filial como relación de cuidado y defensa, «concluyendo así: «el feto es un ser humano y por tanto sujeto de derechos». En el texto se verá las conclusiones a que llego tras el estudio realizado conforme a nuestro Derecho civil.

humano de vida intrauterina! Porque cuando se trata del ser humano ya nacido, el Código se cuida de protegerlo constantemente: «... no dañosos para los hijos» (artículo 90, letra E, respecto a los acuerdos conyugales en caso de nulidad, separación o divorcio); el Juez... «en interés de los hijos» o en «el interés familiar más necesitado de protección» (artículo 103, 1.º y 2.º); el padre y la madre están obligados a *velar* por los hijos menores y a prestarles alimentos, aunque no ostenten la patria potestad (artículo 110); la patria potestad se ejercerá *siempre* en beneficio de los hijos (artículo 154) y si en algún asunto el padre y la madre tienen un interés opuesto al de sus hijos en patria potestad, se nombrará a éstos un defensor judicial, y si el conflicto de intereses existe sólo con uno de sus progenitores, al otro corresponde por Ley representar al menor o completar su capacidad (artículo 163), llegando a decir, con criterio digno de toda alabanza y de ser plasmado en el Código de forma expresa, la Compilación Navarra que: corresponde al padre o en su defecto a la madre *la defensa de los intereses* de los hijos concebidos y no nacidos, e incluso de los no concebidos (Ley 64) (6 bis). Entonces, caso del «nasciturus», ¿el Derecho civil va a enmudecer sin más por el consentimiento de la mujer en abortar en aquellos casos en que la Ley penal se va a inhibir considerándolos no delictivos?

De ningún modo; por de pronto, de lo dicho hasta aquí se desprende que el consentimiento de la mujer en que el aborto se practique por un médico implica un acuerdo negocial para quitar la vida a un ser humano, que con la Ley civil en la mano está rotundamente teñido de ilegalidad: se trate de un acuerdo para la prestación de un servicio o lo sea para llegar a un resultado, el de la práctica abortiva (7), el negocio tiene un objeto que está fuera del comercio de los hombres, es contrario a la Ley y es también contrario a las buenas costumbres (art. 1.271). Y si conectamos la cuestión con la causa negocial y traemos a colación la normativa legal en materia contractual, resulta que —como ha señalado Díez Picazo— los casos en que ambos contratantes se conciertan para ocasionar un daño a un tercero implican un contrato con causa ilícita y por tanto nulo (8). Y es que es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral y en tal caso el contrato

(6 bis) En un Proyecto de protección a la infancia preparado hace poco por un Partido Político puede leerse: «... a la madre gestante se atribuye la representación legal del hijo aún no nacido».

(7) Esto último, practicar el aborto, parece claro que es el propósito negocial. Pues bien, refiriéndose a la prestación de los servicios médicos en general, ha señalado GITRAMA GONZÁLEZ que el médico con su cliente está ligado por un verdadero contrato: hay un acuerdo de voluntades para el *alto fin* de que el cliente conserve o recupere la salud (es claro que el autor no pensaba en el caso del aborto), y concluye: es una obligación de medios, no de resultados, excepto en los casos de cirugía estética, transfusiones de sangre, *parto* sin dolor..., calificables de arrendamiento de obra.

(8) La teoría del contrato en daño o perjuicio de tercero se ha expuesto fundamentalmente por autores italianos y ha sido tratada en España por GULLÓN BALLESTEROS y luego expuesta en lo fundamental por Díez PICAZO.

no produce efecto alguno, conforme al artículo 1.275. Por lo que en definitiva —con base en el criterio que del artículo 1.306 se desprende— hay que concluir que ninguna parte interviniente en el acuerdo para la práctica abortiva podrá repetir lo que hubiera dado, ni tampoco reclamar el cumplimiento de lo que la otra hubiese ofrecido (máxima «*nemo auditur*», núm. 1, del precepto citado), con lo que, por ejemplo: puede abstenerse la mujer de pagar los servicios prestados por quienes profesionalmente han intervenido en la práctica del aborto con la Ley civil a la vista (9).

Parece claro, en fin, que el Código Civil tiene que constituir firme cauce para así proteger los intereses jurídicos lesionados ante el posible aborto. Estudiemos por ello los distintos supuestos.

2.—El frustrado padre ante el aborto consentido por la mujer.

Aparte de la fundamentación anterior, preceptos específicamente aplicables, en su mayoría al menos, al matrimonio, alertan ante la situación fáctica planteada: si el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes (art. 66, fiel a la línea marcada por la Constitución de 1978); si los cónyuges se deben alimentos (art. 44, 1.º) y entre ellos han de incluirse los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo (art. 142, último párrafo); si además los cónyuges tienen la obligación de actuar en interés de la familia (art. 67) y de guardarse fidelidad (art. 68, fidelidad conyugal que es más amplia en todos los aspectos que la pura fidelidad sexual (9 bis) de marido y mujer, como destaca la doctrina); si cabe la revocación de donaciones por supervivencia de un hijo (art. 644) y por ingratitud del donatario (art. 648, 1.º: si el donatario cometiese algún delito contra... *los bienes del donante*; «bien» en sentido no simple y llano de cosas apropiables o bienes a que se refiere el artículo 333 del Código); si son incapaces de suceder por causa de indignidad los padres que abandonan a sus hijos (art. 756, 1.º) e indigno es también el que fuere condenado en juicio por atentar contra la vida de *los descendientes* del testador (art. 756, 2.º), perdiendo además el indigno el derecho a la legítima que como heredero forzoso le correspondiera en su caso; y si el cónyuge que incumple de modo grave sus deberes familiares incurre en justa causa de desheredación (art. 855, 1.º) y en la pérdida de su derecho legal de alimentos entre cónyuges (art. 152, núm. 4); así como incurre en causa de separación (artículo 82, 1.º); todo ello, si se en-

(9) Lo que el profesional avisado puede impedir exigiendo el total cobro anticipado, con el efecto entonces de la «*soluti retentio*» del mismo 1.306. Por otra parte la deuda es claro que no incide sobre la sociedad de gananciales del matrimonio de que se trate (arts. 1.362, 1.º, y 1.367).

(9 bis), Así, para LACRUZ incluye la obligación para cada cónyuge de observar una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedoras y lesiva para la *dignidad* del otro. En buenos principios —concluye— también estas infracciones *más leves* tendrían que dar lugar a acción de daños y perjuicios. ¡Y no digamos —puedo añadir— si se trata de infracciones gravísimas!

garza con el artículo 29, en relación con lo que anteriormente se expuso al tratar de la situación jurídica del concebido y no nacido: pendiente de la «condicio iuris» del nacimiento, de modo que si la obligada impide voluntariamente el cumplimiento de la condición suspensiva, se tiene ésta por cumplida (conforme al art. 1.119), me lleva a considerar que una auténtica y cabal protección civil de la situación planteada por el aborto debe alcanzar —en la medida de lo posible— efectos jurídicos sancionadores tales como los expuestos: negación de alimentos, causa de separación conyugal, causa de desheredación, causa de indignidad... Más todavía, la medida preventiva y evitadora del aborto que basada en la «ratio» del 158, 3.º, del Código civil (el Juez a instancia de... cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las disposiciones oportunas a fin de apartar al menor en patria potestad de un peligro o de evitarle un perjuicio—) quisiera ponerse en práctica por el padre del «nasciturus» o por un pariente o por el Ministerio Fiscal, parece a todas luces viable, posible y necesaria. Y por último, si el aborto se intenta, frustrándose por el motivo que fuere, aunque pueda ser un supuesto carente de sanción penal, sí se ha realizado un acto ilícito civil y por tanto cabe de inmediato ya exigir la responsabilidad correspondiente, por medio de la acción civil oportuna en defensa del «nasciturus» (aparte de por lo expuesto, en base al fundamental artículo 1.902 del Código civil). Así lo entienden hoy autores como García Amigo, García Cantero, Ruiz Serramalera y Rico Pérez (10).

3. El «nasciturus», el interés familiar y el interés común o general.

No puede satisfacer totalmente lo que se ha expuesto hasta ahora. Tanto el interés de la familia, actuación a la que están obligados el marido y la mujer (artículo 67, ya citado), como el interés común o general de prevenir la disminución de la natalidad exigen la protección del concebido dentro de la órbita del Derecho civil. En virtud del primero se ha desarrollado en el campo penal la teoría de los delitos contra la familia (11), en los que el bien jurídico protegido

(10) Caso de aborto consumado dice este último autor que la acción civil se podrá intentar —en base al art. 1.902— por el marido que no consintió el aborto... o por el padre natural que reconoció al concebido antes de nacer..., y podrá abarcar tanto el daño material sufrido como el dolor moral por el no nacimiento del concebido. En el mismo sentido se ha mostrado también DÍEZ DÍAZ.

Para DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS el daño es el moral cuando la lesión recae sobre un bien de orden personalísimo (v. gr. LA VIDA).

Por último, si el nacimiento acaece (así en el reciente caso del feto arrojado al cubo de la basura en Inglaterra), el nacido tendrá derecho a ser indemnizado por los daños sufridos durante el período de gestación y que persistan en sus perjudiciales efectos (defectos físicos, lesiones orgánicas ocasionadas...), como han expuesto DE CASTRO y LACRUZ BERDEJO.

(11) La construcción de los delitos contra la familia es de base italiana. En España la han expuesto recientemente DIEGO DÍAZ-SANTOS, María del Rosario, y BELLO LANDROVE.

es éste de modo primordial, en orden al interés familiar de todos y cada uno de sus miembros, y en el ámbito civil tiene que posibilitar tanto las acciones judiciales para impedir el aborto: por el abuelo, un tío o un hermano del concebido, por ejemplo, como ha señalado García Cantero en base al artículo 158, 3.º aplicable por idéntica «ratio», y cualquiera que pueda ser el resultado eficaz o no del ejercicio de tal acción, como también debe hacer viable la demanda del ascendiente —por señalar un realista supuesto de hecho— de la frustrada madre, alegando interés familiar en tener un continuador de la familia (es evidente el paralelismo con la «ratio» del 812 del Código al permitir el ascendiente que recupere —por vía de sucesión mortis causa— lo dado a su descendiente que ha muerto *sin posteridad* (12). En base al interés colectivo, común o general, por otra parte, puede acudirse al Ministerio Fiscal por cualquier persona que sabedora del posible aborto futuro o inminente, alegue la necesidad de evitar, al concebido tamaño peligro (nótese el paralelismo con el ya expuesto artículo 158, 3.º del Código civil (13). Todo ello sin olvidar la responsabilidad civil del o de los médicos intervinientes en el aborto en los distintos supuestos y sin excepción ni atenuante alguna (14).

Resumen general y conclusiones finales.

Las reflexiones hasta aquí efectuadas, no agotadoras de la materia en estudio (sólo apuntadas algunas, otras ni siquiera aludidas como las cuestiones atinentes a las acciones de filiación o al reconocimiento del concebido), pienso que al menos contienen base suficiente para una adecuada protección, y no sólo patrimonial, del concebido. Es entonces, partiendo de esta base legal, cómo el jurista que se precie de tal tiene, con tales mimbres, que procurar que la protección civil del concebido sea lo más completa y lo más eficaz posible. La realidad social del tiempo en que la normativa de Derecho civil tiene que ser aplicada hoy

(12) Por lo expuesto *supra* pienso que hay firme apoyo para entender que cabe desheredar a la hija abortante y para que sea considerada indigna para suceder al ascendiente (arts. 853, párr. 1.º, y 756, 1.º y 2.º). También puede accionar un ascendiente o un hermano del asesinado, dice RICO PÉREZ, en la línea expuesta en el texto.

(13) Al tratar del contrato en daño de tercero, dice CARIOTA FERRARA, y recogen PFEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, que cabe acción meramente declarativa con el fin exclusivo de *fixar* la situación jurídica perjudicial o la que pueda quedar perjudicada por la acción de los contratantes. Es —dicen— una medida viable al menos con carácter provisional en los casos de *daño futuro* o razonablemente temido, medida preparatoria de las posteriores acciones del resarcimiento si el daño temido no llega a ser evitado.

En resumen, tanto el posible aborto como el frustrado y el consumado tienen ante el Derecho civil efectiva réplica. Se trata, en fin, de la protección eficaz del primer derecho del ser humano, el de nacer, sin el que los demás carecen de sentido.

(14) Con referencia general al contrato en daño de tercero, dice GULLÓN BALLESTEROS, que los varios obligados extracontractuales que han cometido la misma falta tienen responsabilidad solidaria (y cita en su apoyo el criterio del art. 107, C. penal).

—máxime si el aborto llega a ser despenalizado en los supuestos proyectados— demanda, tanto una interpretación, como en su caso una integración normativa, amparadora del ser humano de vida intrauterina. Estamos en el Siglo de los derechos humanos y el primero que tiene que ser reconocido y respetado íntegramente es el derecho a nacer, único modo de hacer efectivo el comienzo del artículo 15 de nuestra Constitución («*todos* tienen derecho a la vida») (15).

La conclusión, por tanto, que obtengo como cierre del presente estudio es ésta: buen jurista va a ser —pienso— el que se esfuerce por lograr la idónea protección civil del concebido, plasmando en el Derecho civil, como decía en 1949 Georges Ripert— «son idéal moral... en luttant pour ses croyances».

(15) El derecho a nacer es para GARCÍA CANTERO y RICO PÉREZ un derecho de la personalidad. Derecho que interesa —ha dicho el reciente Informe de la R. Academia de Doctores— no sólo al concebido, sino a la madre y también al padre, a los hermanos y parientes próximos y a la sociedad en general. Derecho a la vida prioritario a la libertad, que necesita aquello para sustentarse.

El beneficio de separación de patrimonios en el Derecho civil catalán

(Análisis del Art. 264 de la Compilación de Cataluña)

Por MARIA DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. El beneficio de separación de patrimonios: 1.1. Caracterización. 1.2. Reglas de funcionamiento.—2. La eficacia de la separación: 2.1. Cuestiones generales. 2.2. Los acreedores por deudas del causante y gastos de última enfermedad. 2.3. Los legatarios. 2.4. Los restantes acreedores.

1. EL BENEFICIO DE SEPARACION DE PATRIMONIOS

1.1. *Caracterización*

La Compilación de Cataluña —siguiendo el precedente del Derecho romano (1)— y a diferencia de lo que sucede en el Código civil, acoge, en el artículo 264, la figura del beneficio de separación de patrimonios (2) (en adelante b. s. p.). Y lo hace en el Capítulo III del Título V, Libro II, a continuación del beneficio de inventario (en ade-

(1) Lo ponen de relieve ROCA SASTRE, Ramón María, «El "beneficium separationis» y los actuales sistemas de separación sucesoria», en *ADC* 1960, pág. 1162. CONDOMINES VALLS, Francisco de A.—FAUS ESTEVE, Ramón, *Derecho civil especial de Cataluña*. Barcelona, 1960, págs. 302 y 303.

(2) El Art. 264 de la *Comp. de Cataluña*, señala: «Los acreedores por deudas del causante o por gastos de su última enfermedad y los legatarios, podrán obtener del Juez competente que el patrimonio hereditario se considere separado del privativo del heredero, al objeto de salvaguardar su derecho frente a los acreedores particulares de este último. El Juez, previo inventario de la herencia y adecuada justificación, concederá este beneficio y adoptará, en su caso, las medidas conducentes a su efectividad.

Los acreedores del causante y legatarios que obtengan el beneficio de separación tendrán derecho preferente para el cobro de sus créditos y percibo de sus legados respecto de los acreedores particulares del heredero. pero mientras estos últimos no resulten pagados no podrán dichos acreedores perseguir los bienes privativos del heredero».

lante b. i.) (arts. 261, 262 y 263) por el idéntico efecto que presentan ambas: la separación de las dos masas patrimoniales que entran en juego en el momento de fijar la responsabilidad (la hereditaria y la particular del heredero) —la creación de un patrimonio independiente.

No obstante esto, b. i. y b. s. p. presentan rasgos y caracteres diferenciados en orden a la propia separación patrimonial que ambos comportan. La separación del b. s. p. —única que aquí será objeto de examen— responde a una finalidad distinta: la protección de acreedores y legatarios (frente a la salvaguardia que, para el heredero, significa el b. i., cfr. art. 263, 1.º y 3.º); y presenta unos perfiles más generales pues es ajena —en principio— al sistema de responsabilidad que se haya adoptado en la sucesión en la que se demanda.

El b. s. p. era una institución de Derecho pretorio (3), anterior por tanto al b. i., incardinada en un proceso de ejecución forzosa con ocasión de la *bonorum venditio*. Mediante ella, se lograba la separación del patrimonio hereditario del privativo del heredero, quedando afecto aquél al pago de los acreedores y legatarios, con la consiguiente exclusión de los acreedores particulares del heredero de tal patrimonio. Se trataba de evitar que, acreedores y legatarios pudieran ver mermado —hoy diríamos— su patrimonio inicial de responsabilidad por deudas.

El efecto más importante era la separación y la preferencia de cobro —de los separacionistas— sobre el caudal hereditario (4) era sólo su consecuencia.

La institución, con esta misma configuración —salvo algunas excepciones a las que ya se hará mención— es la que se acogerá en el Derecho catalán, en el que no se modificó, para nada, el primigenio sentido «separacionista» que implicara el beneficio en el Derecho romano (5).

La doctrina clásica partirá de este presupuesto, de «... separatio-nem ius admitat, id aliqua erit particulari ratione, pura vel interesse creditorum aut alias» (6), se hablará.

Pero lo cierto es que preocupó escasamente su configuración, sino

(3) JORS, Paul-KUNKEL, Wolfgang, *Derecho privado romano* (traducción PRIETO CASTRO, L.). Madrid, 1966, pág. 487. LÓPEZ JACOISTE, José Javier, «El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio», en *RGLJ*, 1958, pág. 477. GARCÍA BAÑÓN, Amador, *El beneficio de separación*. Madrid, 1962, págs. 28 y ss. ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», pág. 1118.

(4) Lo que se recoge en *Digesto 42,6,1* principalmente, pues todo el título 6 regula la separación, y en *Codex 7,42,2*.

(5) Así lo pone de manifiesto ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», pág. 1163.

(6) FONTANNELLA, Joan Petrus, *Tractatus de pactis sive de capitulis matrimonialibus*. Genevae, 1684. Tomus Prior. Cl. IV, Glossa 24, núms. 67-68, donde discute acerca de si puede o no, en la separación, hablarse de un patrimonio único —como muchos opinan— o de dos (solución que él adopta). CÁNCER, Jacobo, *Variae resolutiones iuris Caesari et Pontificii*. Lugduni, 1618. Pars I, cap. III, núms. 82-83, donde habla de la legitimación para solicitarlo y el plazo para ello.

para sentar la continuidad con el Derecho romano o para abordar alguna cuestión particularmente.

Tampoco, en el proceso compilador, se hace mención de la figura, siendo el artículo 503 del Proyecto de 1955 (7) el primero que la regula de forma similar al actual artículo 264 en estudio.

Esto comporta una consecuencia importante: el que el b. s. p. catalán se regule conforme al precedente romano, sin que —en este punto— se deje sentir la influencia de las diversas configuraciones con las que se presentó (y presenta) en otros sistemas jurídicos.

En el seno de la Compilación —de entrada— no puede plantearse el problema, discutido en la doctrina, en torno a si puede hablarse verdaderamente de *separación de patrimonios*, o si lo correcto es pensar que se está frente a una simple *preferencia de cobro* sobre bienes concretos (8).

Y no puede cuestionarse, pues —como se ha dicho— su configuración es esencialmente separacionista, como lo fuera en el Digesto 42,6 tomado como base.

La cuestión —para los demás b. s. p.— surge de la evolución que, doctrinalmente y luego positivamente, sufrió esta institución y que llevó de la pura separación a un sistema de preferencias para el cobro o a una mera separación de bienes concretos (muebles o inmuebles), de la herencia. Lo primero sucedió en el b. s. p. acogido en el Code de Napoléon y en el Código civil italiano (9), en los que la separación patrimonial aparece sustituida por una preferencia. Lo segundo, en el Proyecto de Código Civil de 1851 que, en los artículos 871 a 877 regulaba el «... inventario y *separación de bienes* a petición de acreedores y legatarios», recogiendo un sistema mixto entre la simple preferencia y la separación total de patrimonios (10).

Los compiladores, en este caso, no se fijaron en el modelo (o modelos) más próximos, sino en el romano. Hasta el punto de que, es tan

(7) El Art. 503 del Proyecto señalaba que: «Los acreedores por deudas o cargas hereditarias y los legatarios podrán obtener del Juez competente que el patrimonio hereditario sea separado del privativo del heredero, al objeto de salvaguardar su derecho frente a los acreedores particulares del último. El Juez, previo inventario de la herencia y adecuada justificación, concederá este beneficio si lo estima necesario, y adoptará en su caso las medidas conducentes a su efectividad.

Los acreedores hereditarios y legatarios que obtengan el beneficio de separación de patrimonios tendrán derecho preferente sobre los acreedores particulares del heredero para el cobro de sus créditos y percibo de sus legados; pero mientras éstos no queden pagados no podrán aquéllos perseguir bienes privativos del heredero».

(8) Esta discusión para el Derecho castellano la plantea GARCÍA BAÑÓN, en op. cit., *El beneficio...*, pág. 51, en especial la nota 23.

(9) Sobre éste, vid. LÓPEZ JACÓFTE, op. cit., «El beneficio...», págs. 484 a 487, y ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», págs. 1139 y ss. Aquí no nos extendemos más, pues el tratamiento de la legislación comparada excede de nuestros propósitos.

(10) Véase el contenido de los arts. 871 a 877 del Proyecto de 1851 que después no pasaron al Código civil.

fuerte el efecto separacionista que caracteriza a esta institución que b. i. y b. s. p. se regularán uno a continuación del otro.

Clara es la expresión que utiliza el párrafo 1 art. 264 cuando habla de poder obtener «... del juez competente que el patrimonio hereditario se considere separado del privativo del heredero» (11). Y la referencia al b. s. p. que se contiene en el artículo 263, 3.º que, precisamente, lo es en el punto en el que éste aborda el efecto separacionista del b. i. La preferencia de cobro —en la Compilación— sólo es consecuencia de la separación (cfr. párrafo 2, art. 264) previa.

La separación, sin embargo, presenta aquí unos caracteres más generales —podría decirse— que los que tiene en el b. i.; y es, además, el punto central en torno al cual gira la figura.

Aparentemente, la separación de patrimonios se manifiesta como el efecto más representativo del b. i. (art. 263, 3 y 2, fundamentalmente); pero —como es conocido—, en realidad, la nota peculiar de éste se encuentra en algo distinto: la responsabilidad *intra vires* de la que la separación es sólo el medio técnico para conseguirla (no su principal efecto). En el b. i. se trata de conseguir que el patrimonio del heredero no quede afectado por la adquisición hereditaria (cfr. art. 263 Comp.).

En el b. s. p., contrariamente, las cosas se presentan desde otro ángulo de mira, pues no preocupa la situación del adquirente sino la inalterabilidad de un patrimonio a efectos de su propia responsabilidad (cfr. art. 1.911 C. c.).

La separación persigue que el patrimonio de responsabilidad con el que contaban los acreedores (empleando esta expresión en sentido genérico) se mantenga afecto al pago de sus deudas (también *in genere*), prescindiendo de la adquisición hereditaria (12) «... al objeto —dice el art. 264,1— de salvaguardar su derecho frente a los acreedores particulares...» del adquirente (heredero).

Inicialmente el b. s. p. prescinde del tema de la responsabilidad hereditaria del adquirente puesto que su finalidad —podría decirse— es objetiva (un patrimonio concreto, el hereditario) frente a la subjetividad que aquélla implica (que el heredero responda con los bienes propios más los adquiridos, o no). De ahí que la configuración *separacionista* de la figura sea esencial y le dé carácter general.

Sin embargo no parece tan desligado la separación de patrimonios del tema de la responsabilidad personal del heredero por deudas y cargas de la herencia.

Así, se dice que el b. s. p. sólo puede operar en el seno de una responsabilidad ilimitada (13), pues únicamente tiene sentido la separación

(11) Mucho más lo era la que se empleara en el art. 503,1 del Proyecto que tajantemente hablaba de «... obtener del Juez competente que el patrimonio hereditario sea separado del privativo del heredero...».

(12) Parecidamente RAMOS ARMERO, Manuel, «El beneficio de separación de patrimonios», en *Estudios de Derecho privado*, dirigidos por MARTÍNEZ-RADIO, Antonio de la E., Madrid, 1965, tomo II, pág. 457.

(13) PUIG FERRIOL, Luis-ROCA TRÍAS, Encarna, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*. Barcelona, 1980, tomo II, 2, págs. 535 y 536.

cuando hay confusión patrimonial, y no en el b. i. en el que aquélla ya tiene lugar por otra vía (art. 263, 3.º Comp.).

La afirmación es exacta pero debe de matizarse atendiendo a los precedentes del artículo 264 Comp.

En efecto, el «*commodum separationis*» del Derecho romano —tal como apareciera en *Digesto* 42,6— nada tiene que ver, en principio, con la limitación o ilimitación de responsabilidad del heredero. El punto de partida es el riesgo, evidente, de acreedores y legatarios, de no cobrar ante la posible concurrencia de los acreedores del adquirente o ante la insolvencia de éste (14). La noción primitiva es, así, pues, la confusión patrimonial, pero por no existir —en dicho momento— una regulación genérica del beneficio de inventario (que se hiciera posteriormente a partir de Justiniano y se recogiera en *Codex* 6,30,22).

Las dos instituciones, no obstante, se recogen en el *Corpus*, se regulan independientemente y sin ninguna relación entre las mismas; y así se mantendrán en el Derecho anterior a la Compilación.

De entrada parece como si la existencia del b. i. debiera paralizar la solicitud de los acreedores; pero lo cierto es que no se hace mención de ello, precisamente por la distinta finalidad y fundamento de cada una de estas figuras.

Mientras el b. i. —como ya se dijo— tiende a proteger al heredero y, en definitiva, depende en su existencia y subsistencia de la actuación de éste. El b. s. p. tiende a una situación objetiva: el mantenimiento de la integridad de un patrimonio de responsabilidad, y si bien su existencia pende de un acto voluntario del beneficiado, no así su subsistencia.

De ahí que, escasamente, se ponga de manifiesto la incompatibilidad entre el b. s. p. y b. i. en el sistema anterior a la Compilación (15).

(14) Así se sigue de *Digesto* 42,6,1 *parágrafo* 1: «Solet autem separatio permitti creditoribus ex his causis, utputa debitorem quis Seium habuit, decessit, heres ei extitit Titius, hic non est solvendo, patitur bonorum hic venditionem; creditores Seii dicunt bona Seii sufficere sibi, creditores Titii contestos esse debere bonis Titii, et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem; fieri enim potest, ut Seius quidem solvendo fuerit, potueritque satis creditoribus suis, vel ita semel, etsi non in assem, in aliquid tamen satisfacere, admissis autem commixtisque creditoribus Titii minus sint consecuturi, quia ille non est solvendo, aut minus consequantur, quia plures sunt; hic est igitur arquissimum, creditores Seii desiderantes separationem audiri, impetrareque a Praetore, ut separatim quantum cuiusque creditoribus praestetur».

Y de *Digesto* 42,6,6, respecto de los legatarios: «Quoties heredis bona solvendo non sunt, non solum creditores testatoris, sed etiam eos, quibus legatum fuerit, impretare bonorum separationem aequum est, ita ut, quum in creditoribus solidum acquisitum fuerit, legatariis vel solidum vel portio quaeratur».

(15) Para el Derecho castellano que —como se dijo— no influyó nada en la regulación del b. s. p. catalán, sí que se preveía la incompatibilidad entre ambos beneficios. GARCÍA GOYENA, Florencio, en el comentario al artículo 871 (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852. Reproducción anastática, Barcelona, 1973), afirmaba que «Cuando el mismo heredero ha aceptado la herencia a beneficio de inventario no tienen los acreedores y legatarios necesidad de pedir la separación,

Generalmente el tratamiento es puramente paralelo. «Així com l'hereu té el benefici d'inventari —se dice (16)— per tal de salvar el seu patrimoni en front de les obligacions hereditàries i testamentàries, els creditors ... podem demanar al jutge et *benefici de separació de patrimonis*, per tal de salvar llurs drets en front de les obligacions de l'hereu...».

Y ello, resulta un tanto sorprendente cuando el actual régimen de separación del b. i., es decir, la no confusión de las dos masas patrimoniales, se produce, también, en beneficio de los acreedores que, incluso, preventivamente, pueden solicitar el b. s. p. durante la permanencia de aquél. Efectivamente, el artículo 263, 3.º habla de que —en el beneficio de inventario— «mientras no queden pagadas las deudas y cargas hereditarias *no se confundirán* para ningún efecto *en daño de los acreedores hereditarios ni del heredero* los bienes de la herencia con los propios o privativos del heredero...» y de que «en previsión de que el beneficio de inventario decaiga, éstos —los acreedores— podrán, no obstante, hacer valer simultáneamente el beneficio que les concede el artículo siguiente».

La regulación actual —de la que se deduce una «cierta» incompatibilidad— es fiel reflejo del pensamiento de un compilador: Roca Sastre.

Partiendo éste (17) de la compatibilidad natural de ambas instituciones, «pues ambos beneficios no se repelen», llega a la conclusión —no prevista en el Corpus— de que «... mientras subsista el beneficio de inventario, únicamente podrá pedirse *ad cautelam...*». Fórmula parecida a la que se emplea en el actual artículo 263, 3.º Comp.

No existe una interdependencia entre el beneficio de separación de patrimonios y la responsabilidad hereditaria del heredero, pues en aquélla mientras el elemento «separacionista» es el esencial, en ésta sólo como medio para conseguir la limitación de responsabilidad.

Puede decirse, entonces, que el b. s. p. está desligado —por su propia naturaleza y finalidad— de la responsabilidad hereditaria del adquirente: acreedores y legatarios lo pueden solicitar en cualquier situación de responsabilidad hereditaria, y así se sigue del actual artículo 264.

Sólo que, puesto que el b. i. se sirve, también, de una separación patrimonial, en este caso el funcionamiento del b. s. p. queda en suspenso mientras el b. i. no decaiga. Se trata de evitar duplicidad: de aquí que se haga mención en b. i. a lo que sólo es un efecto reflejo («... no se confundirán para ningún efecto en daño de los acreedores hereditarios...») (art. 263, 3.º). Y de ahí que no se niegue su solicitud sino el «hacer valer simultáneamente» ambos beneficios.

porque está ya hecha por el mismo inventario que impide... la confusión de los derechos y obligaciones del heredero con los del difunto».

(16) BORREL I SOLER, Antoni M., *Dret Civil vigent a Catalunya*. Barcelona, 1923, tomo V, pág. 537.

(17) ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», pág. 1121.

Una prueba más del distinto modo de operar de uno y de otro y de la independencia del b. s. p. del sistema de responsabilidad hereditaria es la propia manera en que se concede cuando existe b. i.: «En previsión de que el beneficio de inventario decaiga...», previsión de los acreedores que no requiere una justificación distinta de la general que se exige para la solicitud del b. s. p. (la «adecuada justificación» del artículo 264,1) y que —de esta manera—, en algunos casos puede convertirse en la regla.

En la configuración del b. s. p. destacan —conforme al precedente romano, dos notas: 1.^a) La propia separación patrimonial como elemento esencial. 2.^a) Su independencia del sistema de responsabilidad porque se trata de salvaguardar los derechos de los acreedores (*in genere*) del causante (cfr. art. 264,1).

1.2. Reglas de funcionamiento

Dos cuestiones serán objeto de análisis en este apartado: la solicitud del b. s. p., su legitimación y objeto; y el procedimiento a seguir para el mismo.

Parcialmente en el *párrafo 1 del art. 264* se abordan ambas cuestiones, dejando, sin embargo, múltiples lagunas que habrán de ser cubiertas por la vía de la interpretación.

La razón de ello es puramente —según se nos dice— de economía, Roca Sastre (18) lo puso ya en evidencia cuando, después de afirmar que en la Compilación «... se recoge la idea básica de la *separatio* romana...» añadía que «claro que este beneficio requiere mayor normación, incluso procesal, pero la necesidad de reducir el articulado y de evitar en lo posible la materia procesal se impuso y por ello se optó por proclamar lo que se consideró fundamental en el sistema de la *separatio*...».

Pero la verdad es que el artículo 503 del Proyecto de 1955 —único precedente legislativo del actual artículo 264— no sufrió ningún recorte en su redacción (aunque sí modificación). Lo que obliga a pensar que —de entrada— el b. s. p. ya nació, en cuanto a su funcionamiento, como dependiente de otra normativa, muy probablemente la sentada en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esto —como se verá— ha ocasionado más de una vez problemas en orden a la aplicabilidad real de este beneficio.

a) La legitimación y el objeto del beneficio de separación

El beneficio persigue que «el patrimonio hereditario se considere separado del privativo del heredero...» frente a los «acreedores por deudas del causante o por gastos de su última enfermedad, y los legatarios», con la finalidad de salvaguardar sus respectivos derechos.

(18) ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», pág. 1164. Subrayado del autor.

Objeto de la separación es, así pues, el *patrimonio hereditario* tal como se encuentra en el momento de su solicitud. Con ello quiere decirse que habrán de considerarse como parte del caudal los frutos o rentas producidas por éste, así como las accesiones y demás adquisiciones que se hayan producido por su causa (19).

Si bien no ofrece duda el objeto sobre el que recae la separación, sí que lo hace la determinación de las personas a las que se otorga *la legitimación para solicitarlo*. A ellas se hace mención en los dos párrafos del artículo 264 denominándolos de diferente forma:

— «Acreeedores por deudas del causante o por gastos de su última enfermedad» y «legatarios»: *párrafo primero*.

— «Acreeedores del causante y legatarios»: *párrafo segundo*.

No hay cuestión en torno a los *legatarios*. En el Derecho romano aunque inicialmente el b. s. p. aparece sólo concedido a los «creditores testatoris», luego se extiende también a éstos (Digesto 42, 6,6) (20). Todos los legatarios, sin distinción, están legitimados para solicitar el beneficio.

El problema surge en torno a la calificación de los «acreeedores». ¿Lo son sólo los del causante o deben de incluirse los que lo sean por cargas hereditarias (Cfr. art. 260 Comp.)?

A los acreeedores del causante se refería, sin duda alguna, el «*commodum separationis*» romano (21), y los mismos son los primeramente legitimados en el actual articulado.

¿*Quid los acreeedores por cargas hereditarias?*

El artículo 503,1 del Proyecto se refería a «acreeedores por deudas o cargas hereditarias», expresión que fue sustituida por la actual de «acreeedores por deudas del causante o por gastos de su última enfermedad...».

Parece como si se hubiera querido reducir, en la redacción definitiva, el ámbito de legitimación sólo a los *acreeedores del causante*, excluyendo a aquéllos que lo sean por cargas hereditarias. De esta manera se sigue, en la regulación de la figura, fielmente el molde romano.

Evidentemente es esta la postura que debe de adoptarse (22): los acreeedores por cargas hereditarias no gozan de más protección que aquélla que pueda derivarse de que el heredero se haya acogido al b. i.

Al lado de los «acreeedores del causante» se sitúan, como legitimados para demandar el beneficio, a los que lo sean «*por gastos de su última enfermedad*». Tales deudas, en puridad de principios, son siem-

(19) ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», pág. 1122. PUIG FERRIOL-ROCA TRÍAS, op. cit., *Fundamentos...*, III, 2, pág. 537.

(20) Consúltese su contenido en la nota 14.

(21) Vid. la nota 14. En especial léase el Digesto 42,6, en donde siempre se habla de acreeedores del causante.

(22) En igual sentido de exclusión de los acreeedores por cargas hereditarias, PUIG FERRIOL-ROCA TRÍAS, op. cit., *Fundamentos...*, III, 2, pág. 536. ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», pág. 1120, nota 4.

pre obligaciones contraídas por el causante que deberían recibir siempre la misma regulación.

No obstante esto, la Compilación catalana en este punto es ambivalente, pues mientras a efectos de determinar cuáles sean las cargas hereditarias califica a dichos gastos como tales (art. 260,2: «Serán cargas hereditarias los gastos de última enfermedad del causante...»); a la hora de determinar la legitimación para el b. s. p. las considera como lo que son en realidad: deudas del causante.

Este doble tratamiento de los «gastos de última enfermedad del causante», no es obstáculo para admitir la legitimación de tales acreedores en el b. s. p. Y no ya sólo porque se les menciona expresamente (cfr. art. 264 Comp.), sino también porque su calificación como cargas (art. 260,2) sólo implica que, a efectos de responsabilidad hereditaria, reciben tal tratamiento; no puede suponer, sin duda alguna, que varíe su conceptualización jurídica (23).

Sólo así, pues, los acreedores del causante —en el sentido manifestado— están legitimados, no importando cuál sea la situación de su crédito (pura - condicional - aplazado - con una garantía específica anterior a la sucesión...) respecto del causante (24).

El heredero, en todo caso, es el *legitimado pasivo*, y no puede solicitar el beneficio pues si desea salvaguardar los créditos que ostenta contra el causante, cuenta ya con el remedio específico del beneficio de inventario (25).

(23) Para el derecho sucesorio catalán, *carga hereditaria* —tal como se deduce de la interpretación del artículo 260,2 Comp.— es toda aquella deuda (u obligación) nacida como consecuencia de la realización de un gasto en la herencia bien con ocasión de la apertura de la sucesión; del cumplimiento de las disposiciones testamentarias o de aquellas otras entregas que hayan de efectuarse por disposición legal; y de la administración de la herencia o de la realización de aquellos actos necesarios para llegar a la determinación de la misma o de los herederos.

Cfr. GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Compilación de Cataluña*, EDESA, tomo XX, vol. 2.º (en preparación), «Comentario al artículo 260 de la Comp.».

(24) Cfr. *Digesto* 42,6,4 pr.: «Creditoribus, qui ex die vel sub conditione debentur, et propter hoc nondum pecuniam petere possunt, seque separatio dabitur, quoniam et ipsis conditione communi consulitur».

(25) No obstante, según BORREL I SOLER (op. cit., *Dret Civil...*, tomo V, página 537), el heredero podía acogerse a él cuando «... sia creditor de l'herència, per la part que li han de pagar els cohereus». La excepción no se ha recogido, expresamente, en el articulado de la Compilación y, de hecho, salvo este autor, nadie hacía mención de la misma. Hoy, por lo que se dice en el texto, no cabe esta salvedad.

Se observa cómo la Compilación ha tratado de trazar líneas perfectamente diferenciadas entre las figuras pensadas en función de los acreedores —in genere— (interrogatio in iure-beneficio de separación artículos 257 y 264 respectivamente) y las que tienen como finalidad la protección del heredero (ius deliberandi-beneficio de inventario. Artículos 259 y 261 a 263, respectivamente).

b) *El procedimiento*

Es aquí donde mayores lagunas de regulación presenta el b. s. p. ante el principio de economía procesal que —según Roca Sastre— presidió la redacción de la Compilación.

El b. s. p. no se produce de forma automática, es necesaria la previa *solicitud* del mismo por parte de aquellas personas a las que se legitima (acreedores del causante y legatarios); de modo tal que únicamente aquellos que, efectivamente, la demandan (y a los que se les concede) podrán gozar del beneficio.

Esta solicitud —que basta por sí sola inicialmente— reviste una determinada *formalidad*. Al igual que en el precedente romano, en el que se impetraba al Pretor o a los Presidentes (en las provincias) (26), la Compilación prevé que se solicite del «Juez Competente» que será el mismo que decida acerca de su obtención.

«Juez competente» lo será —por aplicación del artículo 99,3 *Comp.* «... el de Primera Instancia del último domicilio del causante», a no ser que sea otro el que conozca de la testamentaria o abintestato.

No se dice nada —a diferencia de lo que sucede en el b. i.— acerca del plazo en el que debe de efectuarse dicha solicitud; de lo que parece que puede tener lugar en cualquier momento a partir de que el heredero aceptó la herencia.

En todo caso, sin embargo, parece que —por aplicación de los artículos 259,3 y 261,2— no podrán efectuarlo durante el período en el que delibera el heredero (nueve meses) o en aquél reservado para la realización del inventario por el heredero (180 días o el año siguiente a la muerte del causante) (27).

Por algún sector de la opinión (28) se ha afirmado que la inexistencia de plazo obedecía a que el Derecho romano no reconoció ninguno en especial. No obstante, esto no es del todo exacto, pues en *Digesto* 42,6,1, *parágrafo* 13 se niega el beneficio o aquél que lo solicitó transcurridos cinco años desde la aceptación de la herencia (29). Y a éste alude, precisamente, la doctrina que trata del tema; Cáncer así señala (30): «Neque dubitari poterat de lapsu quinquenii, intra quod potest peti bonorum separatio...».

Lo que ocurre aquí una vez más, no es sino otra muestra de la influencia de Roca Sastre en la configuración del beneficio. Según este autor los textos en los que se habla de plazo de caducidad «se estima

(26) Principalmente *Digesto* 42,6,1 principio y párrafos 2 y 14.

(27) En este mismo sentido GARCÍA BAÑÓN, op. cit., *El beneficio...*, página 77.

(28) Así, PUIG FERRIOL-ROCA TRÍAS, op. cit., *Fundamentos...*, III, 2, página 537.

(29) En *Digesto* 42,6,1, *parágrafo* 13, se dice: «Quod dicitur, post multum temporis separationem impetrari non posse, ita erit accipiendum, ul ultra quinquenium post additionem numeranum separatio non postuletur».

(30) CÁNCER, op. cit. *Variae...* Pars cap. III, núm. 83. En la doctrina actual LÓPEZ JACOISTE, op. cit., «El beneficio...», págs. 482 y 483, y ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», pág. 1123.

que han sido objeto de interpolaciones» (31). De ahí que, líneas más abajo, cuando mencione el beneficio del artículo 264 de la Compilación, manifieste que ha recogido «... la idea básica de la *separatio romana*..., prescindiendo de todo plazo preclusivo para tal beneficio...» (32).

Solicitada la separación, el beneficio se incardina en un *procedimiento judicial* de difícil caracterización en la normativa actual.

El artículo 264,1,2.^a proposición, hace depender la concesión, de un «previo inventario» y una «adecuada justificación» que —dada la dicción del precepto— no parece que deban de acompañarse a la solicitud sino sólo el que se acredite su existencia antes de la decisión que tome el juez.

En efecto, parece como si después de la declaración expresa de acogerse al beneficio, el juez debiera de señalar un período de tiempo durante el que se tenga que efectuar el inventario y proponer las pruebas de la «adecuada justificación» del crédito o legado.

Nada se dice sobre este extremo, ni tampoco sobre el inventario y la adecuada justificación; lo que parece que se deja en manos del intérprete.

En cuanto al *inventario*, lo más lógico será pensar en la aplicación analógica de las reglas acerca del inventario que debe de confeccionar se en el beneficio de dicho nombre; con exclusión, naturalmente, de aquéllas que sean incompatibles por su naturaleza diversa.

La aplicación analógica de dichas reglas se sigue del hecho —ya visto— de que si bien no puede hacerse «valer simultáneamente» (artículo 263,3.^o), sí puede demandarse éste mientras no decaiga el beneficio de inventario. Y decaído, parece que podrá utilizarse el inventario confeccionado por el heredero (33).

Abunda en esta consideración el efecto separacionista común a ambas instituciones.

La *adecuada justificación*, expresión en extremo amplia y vaga, se refiere a dos puntos:

1.^o La *existencia* del crédito o legado, lo que obligará al acreedor o legatario que lo solicite a probar la realidad de su título y su subsistencia —no pago o extinción—; y

2.^o La *prueba* de que el heredero no ha tomado ninguna medida tendente a asegurar —por otra vía— el pago del crédito o legado (34).

Cuando el acreedor o legatario hayan obtenido —del heredero— garantías suficientes del pago de sus respectivos derechos, cesa el fundamento de la separación, y por lo tanto de su solicitud.

(31) ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», pág. 1123.

(32) ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», pág. 1164. El subrayado es del autor.

(33) No juega aquí, por lo tanto, el carácter de obligación personal que éste tiene respecto del aceptante beneficiario. Vid. art. 261 Comp.

(34) Parecidamente RAMOS ARMERO, op. cit., «El beneficio...», págs. 452 y ss. PUIG FERRIOL-ROCA TRÍAS, op. cit., *Fundamentos...*, III, 2, pág. 537. GARCÍA BAÑÓN, op. cit., *El beneficio...*, pág. 77.

No lo dice expresamente el texto compilado, pero ello se deriva del precedente romano. En *Digesto* 42,6,1 se recogen varios fragmentos en los que se niega la separación al acreedor que (35) estipuló, con ánimo de novar, con el heredero; al que fue garantizado con una fianza y el que aceptó una prenda del heredero.

Y, en verdad, no parece que exista dicha «adecuada» justificación cuando acreedor (del causante y legatario) y deudor (heredero) se hayan puesto de acuerdo sobre el pago del crédito estableciendo alguna garantía específica.

No será obstáculo para esta solicitud y adecuada justificación, sin embargo, el que dichos acreedores y legatarios hayan impetrado otras garantías para sus créditos en las que no haya tenido directa intervención el heredero; pues tales medios son, pienso, perfectamente compatibles con el beneficio de separación de patrimonios. En este supuesto encuentran especial cabida las diversas anotaciones preventivas (cfr. artículos 42 y ss LH) que pueden haber efectuado dichos acreedores y legatarios. A excepción —como se ha dicho ya— de aquéllas en las que haya intervenido el heredero (cfr. art. 56 LH: anotación preventiva de legado por convenio; sí cabra cuando tenga lugar por mandato judicial).

Nada parece impedir en la regulación que efectúa la Compilación, la compatibilidad entre una garantía singular conseguida sin la intervención del heredero (que a lo más que llega, en algunos supuestos, es a una separación de bienes concretos) (36) y la —por así decirlo— general que respecto del fenómeno sucesorio, provoca el b. s. p. (la separación de los dos patrimonios en juego) (37).

Examinando el inventario y esta «adecuada justificación», el juez discrecionalmente *concederá* este beneficio «... y *adoptará*, en su caso, las *medidas conducentes a su efectividad*» (art. 264, 1, 2.ª prop.).

La discrecionalidad del juez, en torno a la concesión del beneficio, es absoluta, a la vista del inventario y la adecuada justificación que se le presenta. No lo dice así el artículo 264, pero sí lo manifestaba claramente el artículo 503,1 del Proyecto de 1955, que hablaba de conceder el beneficio —el juez— «si lo estima necesario».

Nada se dice, tampoco, en torno a cuáles sean estas medidas que pueda decretar el juez. Roca Sastre, después de aducir las razones de «economía de redacción», aludía a que (38) en la Compilación se ha dejado «... al juez competente en libertad para adoptar las medidas que estimare conveniente para la efectividad de la separación...»; enumerando —entre ellas— «... la posibilidad de nombrar administrador-

(35) Se trata de los parágrafos 10 —novación—, 11 —fianza— y 15 —prenda—, del *Digesto* 42,6,1.

(36) Así, en relación con la anotación preventiva de legados. Vid. GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen. «Las garantías hipotecarias del legado (Examen de la anotación preventiva de legado)», en *RJC* 1981, núm. 2, páginas 327 y ss.

(37) En contra, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho de Sucesiones*, tomo V, vol. 1.º, Barcelona, 1979, págs. 256 y 257.

(38) ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», pág. 1164.

liquidador, decretar el secuestro y la prohibición de enajenar los bienes hereditarios por el heredero..., ordenar la anotación preventiva sobre los bienes inmuebles de la herencia y el depósito de los bienes muebles...».

Y, efectivamente, dada la amplia libertad con la que se expresa el artículo 264, cualquiera de éstas, según lo estime pertinente el juez, podrá adoptarse.

No significa ello, no obstante, que —decretada la separación— no pueda hablarse en este beneficio de una administración separada del patrimonio hereditario. La administración separada del caudal relicto —paralelamente a lo que sucede en el beneficio de inventario— existirá pues aquél —respecto de los acreedores y legatarios separacionistas— se presenta, también, como un patrimonio en liquidación.

La especialidad, respecto de aquélla, radica en que su configuración sí que depende de la decisión del juez, que será el que determine: quién sea el administrador (si el heredero, o una tercera persona extraña a la sucesión) y cuáles sean las facultades de este administrador (si puede o no enajenar los bienes hereditarios para el pago de los créditos y legados..., etc.).

Sin embargo, la administración —como situación— se producirá siempre, no pudiendo calificarse a la misma como simple «medida conducente a la efectividad» del beneficio (art. 264, 1, 2.ª prop.).

Las lagunas que existen en la regulación del procedimiento del b. s. p. y las dudas que se presentan en torno al mismo, han llevado, en la práctica, a que sea más bien una figura teórica que realmente vivida.

Así, con ocasión de la publicación del Estatuto de Catalunya, Puig i Ferriol —refiriéndose al procedimiento (39)— afirmaba que «Aquest benefici de separació de patrimonis no es regula en el Codi Civil, ni tampoc en la llei d'enjudiciament civil, ço determina que aquesta institució regulada en l'article 264 de la nosta Compilació tingui una eficàcia força més teòrica que pràctica, ja que *el dret espanyol no regula els tràmits que fan possible aquesta separació de patrimonis...*».

A lo que añadía una constatación: la práctica. «Encara més sembla que els organismes jurisdiccionals radicats a Catalunya no s'han mostrat a vegades massa partidaris de tramitar aquest benefici de la separació de patrimonis, allegant precisament aquesta manca de normes procesals que facilitem la seva aplicació...» .

En la redacción del artículo 264, sin duda alguna, se pensó demasiado en la suficiencia de las leyes procesales generales, sin prever que el Código civil no recogió el beneficio de separación (lo que autorizaba a suponer la inexistencia de una normativa específica en la LEC), así lo demuestran las palabras que a la cuestión dedica Roca Sastre transcritas más arriba.

Es de esperar, ahora, que —como señala Puig i Ferriol (40)—

(39) PUIG I FERRIOL, Lluís, «Les lleis de Catalunya en materia de procediment civil», en el *Libro de las Jornadas sobre l'estatut d'autonomia*. Barcelona, abril 1980, pág. 122. El subrayado es mío.

(40) PUIG I FERRIOL, op. cit., «Les lleis...», pág. 122.

«Si... és convenient conservar en el nostre sistema successori aquest benefici de la separació de patrimonis, sens dubte será convenient que els organismes legislatius catalans tinguin cura del seu aspecte procesal».

Téngase presente que, según el artículo 149, 1, 6.º de la Constitución «El Estado tiene competencia exclusiva sobre ... legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas».

Y, conforme al mismo, el artículo 9 del Estatuto de Catalunya dispone: «La Generalidad de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias ... Normas procesales ... que se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de Cataluña».

2. LA EFICACIA DE LA SEPARACION

2.1. Cuestiones generales

La eficacia del b. s. p. aparece descrita en el párrafo 2 del artículo 264: «Los acreedores del causante y legatarios que obtengan el beneficio de separación tendrán derecho preferente para el cobro de sus créditos y percibo de sus legados respecto de los acreedores particulares del heredero, pero mientras estos últimos no resulten pagados, no podrán dichos acreedores perseguir los bienes privativos del heredero».

El efecto más espectacular (y que caracteriza a esta institución) es la separación y de ella —como consecuencia— el establecimiento de una preferencia para el cobro.

Se garantiza así, pues, la inalterabilidad del patrimonio de responsabilidad con el que inicialmente contaban dichos acreedores y legatarios; eliminando una posible concurrencia concursal sobre el mismo —la de los acreedores particulares del heredero y la de los acreedores por cargas de la herencia.

De ahí que pueda hablarse de un patrimonio afecto a un fin: el pago de deudas y legados.

El efecto, sin embargo, *no es general pero sí unitario* (41): la separación efectivamente existe aunque sólo la haya demandado (le haya sido concedida) uno de los acreedores o legatarios; pero su eficacia —la preferencia de cobro respecto de los acreedores particulares— sólo tiene lugar a favor de aquellos acreedores y legatarios que, efectivamente, la obtuvieron (cfr. art. 264, 2).

Y, *tampoco garantiza que el total cobro de los legados y créditos «separados» se efectúe a costa del caudal hereditario*. Puesto que el b. s. p. —como se tuvo ocasión de ver—, no se interfiere ni modifica el

(41) En este mismo sentido ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», página 1132, donde dice que «... la *separatio* tiene carácter unitario, pues se demanda y obtiene respecto de la herencia en su concepto total. Sin embargo, la separación actúa únicamente a favor de los que la obtengan...». También PUIG FERRIOL-ROCA TRÍAS, op. cit. *Fundamentos...*, III,2, pág. 538.

sistema de responsabilidad hereditaria, no evita los efectos de la responsabilidad ilimitada del adquirente y, por lo tanto, la posibilidad de que éstos accionen contra el patrimonio privativo del heredero (42).

Así se sigue de la última parte del párrafo 2.º del artículo 264 cuando manifiesta que, mientras los acreedores particulares del heredero «no resulten pagados» no podrán los acreedores separacionistas «... perseguir los bienes privativos del heredero».

Obsérvese que esto sólo tiene lugar presuponiendo una aceptación pura y simple (cfr. art. 260 Comp.); lo que es lógica consecuencia de que no pueda hacerse «valer simultáneamente» este beneficio con el b. i. (art. 263, 3.º Comp.).

El artículo 264, 2 ha venido a resolver, en un sentido concreto y determinado, una vieja disputa mantenida por la doctrina en torno a la interpretación de varios textos del Digesto 42,6 «De separationis»; que versaban sobre si la separación producía o no —hoy diríamos— una modificación en el sistema de responsabilidad del heredero. En el sentido de si se podía o no accionar contra el patrimonio del heredero, caso de ser insolvente la herencia o que ésta no llegara a cubrir el montante de los créditos. La solución, al parecer, era contradictoria (43).

De una parte, de sendos textos de Ulpiano (Digesto 42,6,1, párrafo 17) y Paulo (Digesto 42,6,5) (44) se deducía la absoluta separación —incomunicación— entre el patrimonio hereditario y el privativo del heredero, dando lugar a que los acreedores y legatarios separacionistas debieran pechar con las consecuencias de la separación: no poder reclamar nada del heredero. De la misma manera que los acreedores particulares del heredero, en ningún caso, podían pretender nada de la herencia, a menos que estuvieran ya satisfechos los acreedores hereditarios. La idea es la de creación de dos masas independientes cada una afecta a su propia responsabilidad.

De otro lado, un texto de Papiniano —contenido en el mismo Di-

(42) Expresamente en el mismo sentido ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», pág. 1129.

(43) Se hacen eco de esta polémica LÓPEZ JACOISTE, op. cit., «El beneficio...», pág. 479. ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», págs. 1125 y ss.

(44) En éstos se dice:

Digesto 42,6,1 párrafo 17: «Item sciendum est, vulgo placere, creditores quidem haeredis, si quid super fuerit ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum, creditores vero testatoris ex bonis heredis nihil. Cuius ratio illa est, qui impetravit separationem, sibi debet imputare suam facilitatem, si, quum essent bona idonea heredis, illi maluerit bona potius defuncti sibi separari heredis autem creditoribus hoc imputari non possit. At si creditores defuncti desiderent, ut etiam in bonis heredis substutuantur, non sunt audiendi, separatio enim, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separavit. Si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impretare veniam possunt iustissima scilicet ignorantiae causa allegata» (ULPIANO, libro LXIV ad Edictum).

Digesto 42,6,5: «Si creditores hereditarii separationem bonorum impetraverunt, et inveniatur non idonea hereditas, heres autem idoneus, non poterunt reverti ad heredem, sed eo, quod semel postulaverunt, stare debent...» (PAULO, Libro XIII Quaestionum).

gesto (42,6,3, párrafo 2) (45)— que, partiendo de la separación, permitía que los acreedores y legatarios separacionistas pudieran dirigirse contra los bienes privativos del heredero, únicamente cuando los acreedores particulares de éste hubieren ya cobrado.

La interpretación de esta evidente contradicción fue diversa (46), pero no intentó la conciliación entre los textos, su punto de mira se centró en torno a la cuestión de cuál era la solución a la que debía de otorgársele preferencia sobre las otras.

Lo cierto es que, además, la doctrina clásica catalana, no hace mención de la misma; Borrel i Soler se limita a considerar que (47) la opinión de Papiniano es la que suele seguirse; y Roca Sastre (48) se manifiesta ferviente partidario, también, de la solución adoptada por Papiniano.

Esta es la génesis de este segundo párrafo del artículo 264 Comp. Expresamente Roca Sastre (49) ya manifestó, en relación al mismo: «Por tanto, en esta Compilación se recoge la idea de la *separatio* romana pero con prevalencia de la opinión de Papiniano...» (50).

Queda inmodificada la responsabilidad hereditaria. Una vez más se encuentra aquí un argumento que sirve para perfilar los caracteres diferenciales que existen entre la separación del b. i. y la que, ahora, se está tratando.

El artículo 264, 2 Comp. habla de «*derecho preferente para el cobro*», y la primera cuestión que surge aquí es, precisamente, la de la *calificación de dicha preferencia*.

Se ha dicho antes que ésta suponía la *exclusión de los acreedores privativos del heredero de la masa hereditaria*; y ello es la finalidad esencial del beneficio. Pero, ¿significa que otorga a los separacionistas una garantía de otro tipo?, ¿de orden real?

El problema se plantea si se toma en consideración que sólo los «que obtengan el beneficio» tendrán dicha preferencia; pareciendo como si los demás acreedores y legatarios que no lo instaron quedasen relegados a la misma condición de los acreedores privativos del heredero.

(45) En el que se dice. *Digesto* 42,6,3 párrafo 2: «Sed in quolibet alio creditore, qui separationem impetravit, probari commodus est, ut, si solidum ex hereditate servari non possit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, si proprii creditores heredis fuerint dimissi; quod sine dubio admitendum est circa creditores heredis, dimissis hereditariis...», PAPIANO, Llb. XXVII Quaestionum).

(46) Para una exposición de las diversas posturas de la doctrina en torno a la interpretación de estos textos vid. ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», pág. 1125 y ss.

(47) BORREL I SOLER, op. cit., *Dret Civil...*, tomo V, pág. 538, nota 7.

(48) ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», pág. 1130.

(49) ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», pág. 1164.

(50) Posteriormente la mayor parte de la doctrina que ha abordado el estudio del beneficio de separación de patrimonios, no deja de afirmar que el artículo 264,2 de la Compilación de Cataluña adopta la opinión de PAPIANO. Así, GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo, «Crítica de un beneficio: El beneficio de separación», en *RDN*, 1966, pág. 68, nota 39 bis. PUIG FERRIOL-ROCA TRÍAS, op. cit., *Fundamentos...*, tomo III, 2, pág. 539.

Si la preferencia de cobro se califica como un derecho a obtener el pago del crédito o legado con el caudal hereditario, se llegaría a la conclusión de que los «no separacionistas» deberían esperar —para su cobro— a que aquéllos ya estuvieran satisfechos; solución que parece ilógica e injusta si se tiene en cuenta que lo que se trata de evitar no es el «daño» de estos acreedores y legatarios, sino el que puedan producir los acreedores particulares del heredero (51).

La preferencia, en cuanto tal, nunca tiene carácter real, sino que es sólo la expresión (incorrecta) de la misma separación.

Frente a los *acreedores particulares del heredero* no puede hablarse de preferencia real; pues en ningún caso puede producirse una concurrencia de éstos con los que obtuvieron el beneficio, que deba de resolverse a través de una garantía real de afección. La separación elimina el concurso (52); he ahí la «preferencia».

Frente a los *no separacionistas* no puede hablarse, tampoco, ni de preferencia real, ni personal pues respecto de ellos no actúa la separación.

Los separacionistas no pueden oponer a los no separacionistas el beneficio: ni para excluirles de su pretensión de pago respecto de los bienes hereditarios, ni para evitar —incluso— que cobren antes que ellos. La concurrencia de los mismos se producirá, así pues, siempre. Se mantiene aquí la «pars conditio creditorum» (53).

La única especialidad de los no separacionistas está, sin embargo, en que éstos no podrán negar la concurrencia con los acreedores particulares del heredero en ambos patrimonios (el hereditario y el privativo) (cfr. art. 264,2 *a contrario sensu*).

La idea de lo que significa esta mal llamada «preferencia» la recoge el *Proyecto de Código Civil de 1851*, en su artículo 875, 1.º, cuando al regular los efectos de la separación aludía a que «Los acreedores y legatarios que la obtuvieren excluyen en los bienes hereditarios a los acreedores del heredero; pero no cobrarán sino lo que habrían cobrado si todos los acreedores y legatarios hubiesen pedido la separación». A esto García Goyena añadía (54) que «... es precisamente el objeto /de/ ... la separación; pero ni es ni puede ser la exclusión de los de su misma clase...».

Esto, pienso, habría debido recogerse, en formulación expresa, en el articulado de la Compilación, resolviendo las dudas que, una primera lectura del artículo 264 plantea.

La segunda cuestión de carácter general, íntimamente ligada a la anterior, es la de determinar la *relación entre los acreedores* y los le-

(51) Parecidamente, ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», págs. 1133 y 1134.

(52) En este mismo sentido, LÓPEZ JACOISTE, op. cit., «El beneficio...», página 479.

(53) Idem ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», pág. 1133 y 1134. PUIG FERRIOL-ROCA TRIAS, op. cit., *Fundamentos...*, III,2, pág. 540.

(54) GARCÍA GOYENA, op. cit., *Concordancias...*, Comentario al artículo 875.

gataríos sean o no separacionistas. ¿Se mantiene el principio de que los acreedores son prioritarios en el cobro?

El artículo 263, 5.º Comp., para el b. i. acoge la regla de la *prioridad* según el principio *nemo liberalis nisi liberatus*. ¿Cabe su extensión al b. s. p.?

Ciertamente que el artículo 264 no dice nada acerca de este punto, pero ha de entenderse que el principio recogido en el artículo 263, 5.º no es exclusivo del b. i., sino general en materia de pago de deudas y legados.

Ha de tenerse presente que, en el sistema sucesorio catalán, de los legados sólo con los bienes hereditarios líquidos responde el heredero (cfr. arts. 225 y 260 Comp., fundamentalmente) (55); y la liquidez implica que el pago a los acreedores ya se ha efectuado.

Los legatarios, aunque sean separacionistas, deberán de esperar a que se pague a los acreedores del causante (sean o no separacionistas), pues el b. s. p. sólo les elimina la concurrencia de los acreedores particulares del heredero (56).

Al no otorgar ningún tipo de preferencia —como se ha visto—, el b. s. p. no les hace de mejor condición respecto de los acreedores del causante.

Vistas las cuestiones generales, cabe ahora distinguir el modo de operar de la separación respecto de los varios grupos que se presentan: acreedores del causante —legatarios— acreedores por cargas hereditarias y particulares del heredero.

2.2. *Los acreedores por deudas del causante y gastos de última enfermedad*

De este grupo sólo los *separacionistas* excluyen la concurrencia de los acreedores del heredero (el efecto de la separación). Los *no separacionistas* no se pueden oponer a dicho concurso, pero concurren, en el pago, con los que obtuvieron la separación por no ser ésta oponible entre ellos.

La separación, consiguientemente, no implica una variación en la situación del crédito, sea o no separacionista (57).

Por no tratarse de una situación concursal, que elimina el efecto de la separación (mal llamada «preferencia» en el artículo 264, 2 Comp.), ni se produce el vencimiento de las deudas aplazadas (cfr. art. 1.915 C. c.) ni se modifican las respectivas garantías que ostenten cada uno de los créditos.

Para su pago habrán de tenerse en cuenta las circunstancias de

(55) Vid. PUIG FERRIOL-ROCA TRÍAS, op. cit., *Fundamentos...*, III,2, pág. 40.

(56) En este mismo sentido ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», página 1136. GARCÍA BAÑÓN, op. cit., *El beneficio...*, pág. 153 y 154. PUIG FERRIOL-ROCA-TRÍAS, op. cit., *Fundamentos...*, III,2, pág. 538.

(57) Idem, LÓPEZ JACOISTE, op. cit., «El beneficio...», pág. 499. GARCÍA BAÑÓN, op. cit., *El beneficio...*, pág. 156.

cada uno de ellos (si era o no condicional; si estaba o no sometido a un plazo..., etc.).

La separación sólo garantiza la exclusión de los acreedores del heredero pero no implica el establecimiento de unas reglas específicas de preferencia de cobro entre los acreedores del causante (sean o no separacionistas).

Se echa en falta una norma específica —en la Compilación— que, manteniendo la situación concreta de cada crédito, determine cuál sea el criterio a seguir en *orden* a su pago.

Puesto que no se está ante un concurso serán inaplicables aquí los principios de éste. Pero, ¿cabría atender a un orden puramente temporal?

En el b. i., el artículo 263, 5.º habla de pagar a los acreedores conocidos «a medida que se presenten». ¿Es posible su aplicación análoga?

Inicialmente, pienso, habrá de estarse a lo que establece el juez en «las medidas conducentes a su efectividad» que debe de tomar, pues, éste —como se dijo— deberá de arbitrar algún medio en orden a la administración y liquidación del patrimonio separado.

A falta de ellas es posible la aplicación del artículo 263, 5.º, dado que en éste se regula una liquidación muy similar a la que se produce en el b. i.

De esta manera, además, se permite que los acreedores no separacionistas realmente concurren en las mismas circunstancias con los separacionistas.

También se echa en falta una regla especial en cuanto al *modo de pago* de estos créditos: si en bienes hereditarios, dinero, adjudicando bienes para el pago... Será, en todo caso, nuevamente, el juez el que tenga que proveer sobre este extremo cuando determine la administración-liquidación del caudal hereditario y las facultades del administrador. El único principio general, a falta de normativa específica, será el de pago en la misma cosa debida si ésta existe (art. 1.166 C. c.).

El patrimonio hereditario separado se destina al pago de los créditos, como efecto general; pero —ya se dijo— éstos pueden no pagarse o no quedar cubiertos con aquél.

Cabe aquí distinguir —entonces— entre los acreedores separacionistas y los no separacionistas.

Los *acreedores separacionistas*, puesto que no se modifica el sistema de responsabilidad hereditaria, podrán reclamar el pago con los bienes (a cargo de) particulares del heredero; pero únicamente después de que resulten pagados sus acreedores propios (art. 264, 2). Es consecuencia de que la Compilación sigue la opinión de Papiniano en este punto.

El haber obtenido la separación, cuando no se ha logrado por completo el pago o éste mismo implica, también, una variación en la concurrencia sobre el patrimonio particular del heredero. Del hecho de que, en la responsabilidad ilimitada de la aceptación pura y simple, concurren ambas clases de acreedores «indistintamente» (cfr. art. 260, 1

Comp.) sobre el patrimonio —particular y el hereditario—, se pasa a una cierta separación en favor de los acreedores particulares del heredero.

Separación que implica el no poder pagar a los acreedores hereditarios en tanto no estén satisfechos los propios del heredero.

La adopción de este principio (sea cual fuere la causa) parece que obedece a la idea de sancionar —puede ser— la actitud de desconfianza del acreedor hereditario respecto del heredero.

De distinta manera suceden las cosas si se toma en consideración a los *acreedores no separacionistas*: como no excluyen a nadie y concurren con todos, pueden hacer valer sus reclamaciones contra ambos patrimonios en su integridad.

Respecto del *caudal relicto*, sin embargo, deberán de soportar la concurrencia de los acreedores separacionistas y de los particulares del heredero. Pero dicha concurrencia con los acreedores separacionistas no implicará que sólo puedan dirigirse contra el remanente de la herencia —como se ha dicho por algún sector de la opinión (58) —sino contra todo éste. Lo contrario sería considerar que los acreedores separacionistas cuentan con una preferencia de la que —como se vio— carecen.

Respecto al *patrimonio particular* del heredero pueden reclamarlo en su integridad; es decir, no deben de esperar a que resulten pagados primeramente los acreedores privativos de éste.

2.3. Los legatarios

Todos los legatarios, sin distinción según la clase de legado de que se trate, pueden solicitar el b. s. p.

Igual que en el supuesto anteriormente visto, la preferencia (separación) sólo favorece a aquéllos que obtuvieron el beneficio, que son los únicos que pueden excluir a los acreedores particulares del heredero; pero no así a los legatarios no separacionistas.

En verdad puede darse por reproducido aquí todo lo que se dijo en el apartado anterior en torno a:

— La no modificación del legado por la separación de las garantías o preferencias derivadas bien de la disposición testamentaria o de la ley; de sus circunstancias...

— Al orden de pago: se estará a aquél que determine el juez en las medidas precautorias y, en su defecto, teniendo en cuenta la prioridad de petición (cfr. art. 263, 5.º Com.).

— Al modo de pago: que deberá ser el que corresponda a la clase de legado de que se trate.

— A las relaciones entre legatarios separacionistas y no separacionistas: inexistencia de preferencia, inoponibilidad de la separación; y

(58) Así lo afirma GARCÍA BAÑÓN, op. cit., *El beneficio...*, pág. 144. ...

— A las relaciones entre los acreedores del causante y legatarios separacionistas y no separacionistas.

Sólo cabe aquí recordar varios puntos especiales:

1.º Que, en cuanto al *orden de pago* —como ya se dijo— siempre quedan postergados respecto de los acreedores hereditarios, conforme al principio —aplicable a la separación— de que «antes es pagar que heredar» (cfr. art. 263, 5.º Comp.).

2.º Que pueden ser *reducidos* —aunque hayan obtenido la separación— cuando su valor «... exceda de lo que obtenga por causa de muerte la persona (el heredero en este caso) gravada por voluntad del testador...» (art. 225 Comp.) (59).

Lo que significa que, en los legados, a menos que el heredero «los cumpla / o quiera cumplir / íntegramente sabiendo que son excesivos» (art. 225,1 Comp.), difícilmente se podrán perseguir «... los bienes privativos del heredero» (art. 264,2 Comp.).

Dada la generalidad con la que acoge la Compilación la reducción de legados —art. 225—, ello significa que el heredero (salvo los supuestos que se excepcionan) no responde de éstos ilimitadamente (haya aceptado o no a beneficio de inventario), sino con el caudal hereditario líquido —como ya se dijo.

De ahí que —si el heredero no decide cumplirlos por su cuenta— nunca se produzca (o raramente: en los legados que se excluyen de reducción) la concurrencia con los acreedores del causante no separacionista, o después de pagar a los separacionistas, en los bienes privativos del heredero.

Aquí sí que la separación mantiene íntegramente un patrimonio de responsabilidad.

3.º Que, cuando el patrimonio hereditario separado, pagados los acreedores del causante y —en su caso— reducidos los legados, no alcanzare para el pago de todos los legados, habrá de seguirse el orden que fija la ley, sin tener en cuenta la separación. Por vía de supletoriedad se aplica aquí el *artículo 887 del C. c.*, que establece el orden de pago en esta situación deficitaria (que no es, necesariamente, de concurso o quiebra del caudal); y

4.º Que, en el b. s. p., el legado siempre aparece tratado en la ley como un *crédito contra la herencia*; independientemente de la clase de legado de que se trate. Se tiende a garantizar *un pago*, consista éste bien en el cumplimiento, bien en la entrega de la posesión de la cosa legada (legado de cosa específica propia del testador).

Es la relación creditual entre legatario y heredero, de entrega de la posesión la que justifica que, a pesar de la aparente inutilidad de la

(59) También PUIG FERRIOL-ROCA TRÍAS, op. cit., *Fundamentos...*, III,2, página 541.

petición de separación (60) en los legados de cosa específica, ésta cumple igualmente su cometido.

2.4. *Los restantes acreedores*

Los «restantes acreedores» son —podría decirse— aquéllos cuya previsión de existencia, en gran número, provoca la petición y aparición del b. s. p.

Inicialmente son los *acreedores particulares del heredero* que aceptó sin limitación de responsabilidad o que perdió el beneficio de inventario (cfr. art. 263, 3.º). Pero, juntamente a ellos ha de incluirse, también, a los *acreedores por cargas hereditarias* que —fuera de aquéllos que lo sean por razón de «gastos de la última enfermedad del causante» (art. 264, 1)— no están legitimados, en el Derecho catalán, para solicitar el beneficio.

Ya se examinó cómo en la redacción definitiva de nuestro texto legal —siguiendo el modelo romano— se varió la alusión a los acreedores por «cargas hereditarias» del artículo 503, 1 del Proyecto, por la de los que lo fueran «por gastos de su última enfermedad».

Ambos grupos de acreedores, aparentemente, reciben el mismo tratamiento en orden a la eficacia del beneficio, ya que frente a unos —los acreedores del causante— éste se prevé, y frente a los otros —los de las cargas hereditarias— se les excluye.

Sin embargo, esta afirmación requiere de ulteriores precisiones si no se quiere incurrir en contradicción. Ha de distinguirse entre los acreedores del heredero y aquéllos que lo son por cargas hereditarias.

1) *Acreedores del heredero*: fundamentalmente es en ellos en los que está pensando el artículo 264 Com., cuando regula el b. s. p.

— *párrafo primero*: se obtiene el b. s. p. «al objeto de salvaguardar su derecho frente a los acreedores particulares».

— *párrafo segundo*: el «derecho preferente... /es/ respecto de los acreedores particulares del heredero...».

El b. s. p. significa —como tantas veces se ha dicho— que se les excluye de la posibilidad de concurrir con los acreedores del causante y legatarios separacionistas en el caudal relicto. Únicamente podrán pretender el cobro de sus créditos a costa de éste luego de pagados aquéllos: en el remanente (61).

A la inversa —como ya se hizo notar— la separación absoluta de patrimonios que provoca el b. s. p. coloca a estos acreedores en una situación de privilegio respecto al patrimonio privativo del heredero. Se mantiene la integridad de éste como si la adquisición hereditaria no se hubiera producido, al vetar a los acreedores y legatarios separacio-

(60) Lo hace notar parecidamente ROCA SASTRE, op. cit., «El beneficium...», página 1120.

(61) Idem GARCÍA BAÑÓN, op. cit., *El beneficio...*, pág. 144.

nistas «perseguir los bienes del heredero» mientras sus acreedores «no resulten pagados» (art. 264, 2).

Naturalmente, en ambos supuestos, cuando en una misma sucesión existan acreedores del causante y legatarios separacionistas y no separacionistas, los del heredero concurrirán siempre con los no separacionistas en ambos patrimonios.

No todos los acreedores privativos del heredero, sin embargo, deben de considerarse incluidos en esta norma: sólo aquéllos que existan en el momento de aceptar la herencia el llamado.

De otro modo, podría darse la circunstancia de que, no pagados los acreedores y legatarios que obtuvieron la separación, no logran tampoco cobrar por «no resultar pagados» los acreedores privativos debido a deudas contraídas posteriormente a la aceptación hereditaria, por el heredero.

El límite, pienso que se debe de fijar atendiendo al momento en que nace el sistema de responsabilidad hereditaria que es cuando los acreedores de aquella masa patrimonial pueden ver peligrar sus respectivos derechos: la aceptación (y, en su caso, el acto separado o no, de fijación de responsabilidad).

2) *Acreedores por cargas hereditarias.* Evidentemente en ellos no está pensado el b. s. p. salvo para negarles legitimación para solicitarlo. ¿Quiere decir esto que siguen el mismo régimen que los acreedores particulares del heredero?

La doctrina que estudia el b. s. p. sólo de una manera incidental alude a esta clase de acreedores para negarles legitimación en el beneficio (62), pero —en el momento de examinar sus efectos— se les silencia por completo.

A mi entender el silencio —por omisión— que se contiene en el artículo 264 respecto de los acreedores por cargas hereditarias, puede tener una doble interpretación:

1.º Considerar, de acuerdo con los precedentes ya conocidos (art. 503, 1 del Proyecto de 1955 y su alusión a «cargas hereditarias») que —efectivamente— estos acreedores engrosan el grupo de los particulares del heredero.

Conforme a esta interpretación, si bien se sigue manteniendo el principio de que el b. s. p. no altera el régimen de responsabilidad patrimonial del heredero, se llega a la conclusión que, de alguna manera, lo modifica.

En efecto, aunque estos acreedores —dado el sistema de responsabilidad— pueden accionar «indistintamente» contra los bienes hereditarios y los propios del heredero (art. 260, 1 Comp.), para hacerlo sobre los primeros deberán esperar a que sean pagados los acreedores

(62) Así, ROCA SASTRE, op. cit., *El beneficium...*, pág. 1120, nota 4. PUIG FERRIOL-ROCA TRÍAS, op. cit., *Fundamentos...* III,2, pág. 536.

y legatarios separacionistas, porque éstos han eliminado su presencia al solicitar el beneficio.

Esta primera interpretación, pienso que no satisface mucho dado el sistema de responsabilidad por deudas que se recoge en el derecho sucesorio catalán. No sería cierto —de seguirse— que la responsabilidad hereditaria (limitada o ilimitada) se ciñe al bloque constituido por las «obligaciones del causante y cargas hereditarias» (arts. 260 y 263, 1.º, fundamentalmente) sin distinción.

Además, ello tampoco concordaría demasiado con el hecho de que existan determinados derechos —los legados, por ejemplo— que dependen de la liquidez de la herencia.

Ante estas objeciones cabe otra posible consideración.

2.º) Interpretar que la no alusión no significa más que negarles legitimación para reclamar el beneficio. Pero que ello no comporta que —de manera necesaria— opere también en su contra la separación.

Con esto se quiere decir que los acreedores por cargas hereditarias reciben el mismo tratamiento que los acreedores y legatarios que no impetraron la separación de patrimonios.

A éstos —como se vio— no se les menciona tampoco en el artículo 264, pero porque entre acreedores del causante y legatarios (sean o no separacionistas) no puede funcionar este beneficio (es inoponible).

De esta manera los acreedores por cargas hereditarias engrosan el grupo de los denominados no separacionistas y concurren, siempre, con los acreedores del heredero en ambos patrimonios. La diferencia está en que mientras unos —los no separacionistas— no pueden eludir la concurrencia porque voluntariamente así lo quisieron, los otros —acreedores por cargas hereditarias— deberán de soportarla siempre.

Esta segunda interpretación es la que, conforme al sistema de responsabilidad hereditaria previsto en la Compilación, pienso que es la más adecuada. No se puede reducir la reclamación sobre los bienes hereditarios a lo que «reste» después de pagados los acreedores del causante y los legatarios; a unos acreedores cuyos créditos se originaron a raíz del fenómeno sucesorio.

Piénsese que a los acreedores personales del heredero es lógico que se les límite su entrada en el patrimonio hereditario, pues cuando adquirieron el crédito sólo contaban con el patrimonio de su deudor (el heredero). Contrariamente, algunas de estas cargas hereditarias pueden haber sido contraídas por persona distinta de la que después devenga definitivo adquirente del caudal relicto (piénsese en los gastos de entierro y funeral, en los de formación de inventario por el albacea, etc.), contando con dicho patrimonio hereditario como responsable de las mismas. De ahí la necesidad de considerar incluidos a este tipo de acreedores entre, al menos, los no separacionistas.

Finalmente, habrá que señalar que, dado el sistema de responsabilidad hereditaria que no se modifica por la presencia del b. s. p., los acreedores por cargas hereditarias se encuentran situados en la misma posición que los demás acreedores en cuanto al orden de pago de sus créditos. Es decir, serán pagados antes que los legatarios, sean o no éstos separacionistas (cfr. art. 263, 5.º) (63).

(63) Durante la I Legislatura, el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana de Catalunya, presentó una Proposición de ley «per la qual s'estableix el camí processal per a la sol·licitud del benefici de separació de patrimonis».

Propuesta que decayó al finalizar la I Legislatura del Parlamento Catalán.

El contenido de la misma —en el que muy parcialmente se resolvían los problemas que se citan en el texto— era el siguiente («Boletín Oficial del Parlamento de Catalunya», núm. 146, pág. 5989):

Article 1

L'exercici dels drets reconeguts en l'article 264 de la Compilació del Dret Civil de Catalunya als creditors del causant i als seus legitimaris i legataris s'ajustarà al procediment que s'estableix en la present Llei.

Article 2

La competència en aquests procediments correspon al Jutge de primera instància del lloc de l'últim domicili del causant.

Article 3

Estan legitimats per a sol·licitar de l'hereu el benefici de separació de patrimoni:

Primer. Els creditors per deutes del causant o per despeses de la seva última malaltia.

Segon. Els legitimaris.

Tercer. Els legataris.

Article 4

Les persones legitimades per a iniciar el procediment d'acord amb l'article anterior podran exercitar el seu dret, lins i tot en el supòsit que l'hereu hagués manifestat que accepta l'herència a benefici d'inventari.

En aquest cas el procediment tindrà un caràcter cautelar i la sentència que s'hi dicti sols s'executarà en el cas que el benefici d'inventari no s'hagués exercitat al final del procediment previst en la Llei d'Enjudiciament Civil.

Article 5

El procediment s'iniciarà mitjançant demanda que es presentarà davant el Jutjat competent d'acord amb la present Llei.

El termini de presentació s'iniciarà a partir del moment de l'acceptació de l'herència per l'hereu, i l'acció prescriurà d'acord amb allò que disposa el dret civil vigent a Catalunya.

Article 6

La demanda es redactarà en els termes previstos en l'article 524 de la Llei d'Enjudiciament Civil i serà acompanyada dels documents en què l'actor fonamenti el seu dret i necessàriament del previ inventari de l'herència.

El jutge, examinant els arguments exposats i la documentació aportada, dictarà resolució admetent o no a tràmit la demanda. Contra la denegació

de tràmit hi cabrà recurs de resposició i, si no s'acceptés aquest, el d'apellació en un sol efecte.

Article 7

De l'eschit de demanda, si aquesta fos admesa a tràmit, se'n donarà trasllat al demandat, perquè comparegui i la contesti en el terme de deu dies.

Article 8

En el cas que alguna de les parts ho hagués sol·licitat, s'obrirà el plet a prova per un terme de deu dies, prorrogable per un altre termini de deu. El període serà comú per a la proposició i practicada la prova.

Article 9

Acabat el període de prova o a partir de la contestació a la demanda si aquesta no s'hagués practicat, el jutge dictarà sentència dins el termini de cinc dies.

Contra la sentència hi cabrà recurs d'apel·lació en ambdós efectes davant de l'Audiència Territorial d'acord amb allò que disposen els articles 382 i següents de la Llei d'Enjudiciament Civil.

Article 10

A la sentència que es dictarà en el present procediment s'ordenaran aquelles mesures tendents a la seva efectivitat.

Article 11

En tot el que no estigui previst en la present Llei s'aplicarà amb caràcter supletori el que es diposa en la Llei d'Enjudiciament Civil.

Realismo ético: el Magisterio metodológico de Federico de Castro

Por ANTONIO GORDILLO CAÑAS

Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. Introducción: la inflación de la cuestión del método y el jusnaturalismo como presupuesto de una adecuada metodología jurídica. 2. La concepción iusnaturalista de Federico de Castro. 3. Repercusión metodológica de dicha concepción. 4. Reflexión final para nuestro momento actual.

1. De atender al quehacer jurídico fundamental, nos sentiríamos inclinados a pensar que la cuestión de la metodología jurídica habría de ser una cuestión sencilla. La realidad, no obstante, es bien distinta: la del método resulta ser una cuestión complicada. E importa aclarar por qué, ya que, efectivamente, en sí y por sí, la cuestión del método no da razón de tal complejidad. Es que en torno al método emergen inevitablemente las distintas interpretaciones posibles del fenómeno jurídico. La noción de método significa esencialmente instrumentalidad; la de Derecho, implica posibilidad de interpretaciones desde visiones distintas y a veces contradictorias. ¿No se entiende, pues, que sean plurales las propuestas metodológicas, tantas, cuantas las posibles interpretaciones del Derecho? Y si en el fondo de tales interpretaciones se toca siempre un cierto substrato filosófico, ¿no se adivina ya la posible derivación hacia ese terreno de las diferentes concepciones metodológicas? Y todo ello en llamativo contraste con la parvedad de sus resultados. Da la impresión de que, a pesar de la instrumentalidad del método, la fuerza del quehacer jurídico directo se superpone al discurso efectuado en estas regiones. Parece como si el esfuerzo realizado en esta línea quedara sin resultados a la hora de descender desde la reflexión metodológica al quehacer jurídico. ¿No será una manifestación más de que el pensamiento jurídico es esencialmente pensamiento adherido a la realidad y que, conforme se aparta de ella y se hace objeto de sí mismo pierde fuerza, por el mismo hecho de perder conexión con la realidad?

Lo cierto es que por su complejidad la cuestión del método se ha convertido en una cuestión confusa y en buena parte frustran-

te (1). ¿Qué ha ocurrido para que, moviéndonos todos en el mismo terreno y apuntando sustancialmente en la misma dirección cuando se trata de responder al requerimiento inmediato de la realidad, teorícemos de modo tan dispar sobre el camino (método) recorrido o por recorrer? Ciertamente se ha producido una auténtica inflación de la teoría del método, y a su vista se comprende el diagnóstico de Castro: síntoma de decadencia de la ciencia del Derecho. No se menosprecia con ello la importancia del método. Tiene razón Wieacker cuando afirma que «la última tarea esencial de toda gran ciencia del Derecho privado fue siempre la formación de un método acabado y seguro y de una teoría que impregnaron y ordenaron el contenido natural de toda la cultura material de su tiempo. Este método es una condición indispensable para un resuelto acercamiento de la realidad jurídica a la justicia (2). Pero, nótese, el método se concibe como condición para acercar la realidad jurídica a la justicia —esta es la meta final— y presupone —es la última tarea esencial de toda gran ciencia del Derecho, dice Wieacker— una firme creencia en el Derecho y una perfecta percepción de la realidad social por medio de la ciencia jurídica (3). Creencia en el Derecho, orientado hacia la Justicia, acercamiento a la realidad, y elaboración doctrinal: valor, realidad y dato normativo, integrantes imprescindibles de una adecuada metodología jurídica.

Pues bien, va a ser precisamente la ruptura de esa armónica simbiosis de lo valorativo y de lo real, orientada desde la idea de la Justicia y operando sobre el vaciado normativo del Derecho (las «ideologías de la separación», en la expresión de Barcellona) lo que va a dar lugar a la magnificación desproporcionada de la «cuestión del método» y a la consiguiente polarización del Derecho en alguno de sus aspectos parciales. Hoy se clama por la vuelta a la visión de la totalidad; la que, en nuestra opinión, sólo es posible desde la inspiración iusnaturalista. No puede desconocerse que en los últimos tiempos se la viene pretendiendo también desde posiciones materialistas (4). Sólo mediante una teoría de las

(1) Al conocido testimonio de D. Jerónimo GONZÁLEZ: *Métodos jurídicos*, en Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil, III, 1948, pág. 121: «A medida que la discusión (metodológica) se eleva y se coloca en la cima de la abstracción, falta el aire respirable, se dan los pasos con un esfuerzo desproporcionado al resultado y más bien que el interés práctico de la cuestión, se ponen de relieve sus raíces filosóficas»; a este testimonio —decíamos— puede añadirse el más reciente de DE LOS MOZOS: *Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno*, Madrid, 1977, pág. 6.

(2) WIEACKER: *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, trad. por Fernández Jardón, Madrid, 1957, pág. 541.

(3) WIEACKERS op. cit., 540-542, síntesis en el párrafo final: «... las tres condiciones fundamentales para una cultura científica importante del Derecho privado: una firme creencia jurídica de la época, una perfecta percepción de la realidad social por medio de la ciencia del Derecho y un acabado método jurídico no destruido críticamente y transmitido concienzudamente por la teoría y por su perfección sucesiva...».

(4) Cfr. DE LOS MOZOS: *Derecho Civil español. Parte General*, Salamanca,

contradicciones sociales —y, por consiguiente, el fin de la ideología de la separación— pueden ofrecerse, según se ha dicho (5), instrumentos para la comprensión «formalmente» adecuada a la actual fase de desarrollo, de la complejidad de los datos reales. Sólo la superación de las contradicciones, a cualquier nivel de la experiencia jurídica, puede permitir una configuración *formalmente* correspondiente a la individualización empírica de los sujetos de las relaciones histórico-materiales. Nosotros creemos que es el iusnaturalismo la concepción que, desde una cosmovisión coherente y completa del ser, abierta a la totalidad de su integral dimensión, puede aportar al Derecho, y a la ciencia que de él se ocupa, la necesaria dosis de objetivismo y sustancialismo. Lo más significativo de las modernas doctrinas iusnaturalistas es, precisamente, el retorno a una indagación de la justicia material (6), que sólo podrá concretarse en sus contenidos desde una confrontación de la realidad con el ideal exigitivo de la Justicia.

Es aquí donde se sitúa el magisterio metodológico de Federico de Castro. No ha sido la suya una lección sólo teórica y erudita; en conformidad con la instrumentalidad del método, ha sido, sobre todo, una magistral lección dictada al hilo de su obra jurídica sustantiva. Entroncado el Derecho positivo en la armonía del ser a través de su conexión con el Derecho natural, dirá relación esencial a una justicia cuyos postulados fundamentales radican en la misma naturaleza de las cosas. He aquí el realismo ético que, de principio a fin, preside la obra de Castro. Desde él se seleccionan los problemas, y desde él se les da el más adecuado tratamiento. En la obra de Castro se comprueba cómo el iusnaturalismo, que como indica Hernández Gil no es en sí una dirección metodológica (7), tampoco se limita a ser el presupuesto filosófico del sincretismo metodológico. Por el contrario, en cuanto exponente de la originaria integración de lo jurídico, por lo que implica de concepción básica y total del Derecho, más que un método, es el presupuesto —creemos que único— de toda adecuada metodología jurídica. Es lo que tratamos de destacar en las páginas que siguen.

1977, pág. 25: «Al decaer el positivismo en el ámbito académico y en el pensamiento jurídico, el enfrentamiento se produce abiertamente entre dos planteamientos antagónicos: el materialismo jurídico, que pretende monopolizar el nuevo realismo, aunque se sitúe en el mismo lugar del positivismo, y ese otro realismo antipositivista que poco tiene que ver con el antiguo naturalismo de Ihering y de la jurisprudencia de intereses, sino que aparece como su superación, trayendo consigo un nuevo renacimiento del Derecho natural».

(5) P. BARCELONA: *La formación del jurista*, en BARCELONA-HART-MÜCKENBERGER: *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, trad. de Carlos Lasarte, Madrid, 1977, pág. 51.

(6) Cfr. LATORRE, Angel: *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1972, página 160. También, FALZEA, Angelo: *Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano, 1979, págs. 217-218.

(7) HERNÁNDEZ GIL: *Metodología de la ciencia del Derecho, I (Las concepciones y los métodos jurídicos tradicionales)*, Madrid, 1971, pág. 70.

2. La pregunta sobre el ser del Derecho está cargada de cuestiones de hondísima resonancia cuya comprobabilidad, al parecer imposible, terminaría por remitir al campo personalísimo de las convicciones. La práctica del Derecho es, sin duda, más sencilla. Quizá sobre ella, rehuyendo vuelos filosóficos, sería más hacedera la reflexión sobre lo que el Derecho efectivamente es y supone en la vida social. Al fin y al cabo, se dirá con innegable apoyo en la fuerza de los hechos, toda cuestión sobre la esencia del Derecho queda un tanto desvaída ante el dato insoslayable de la fuerza coactiva de la norma estatal que lo impone. ¿No sería entonces preferible olvidar el problema de la esencia de lo jurídico para centrar la atención en el estudio de ese fenómeno social que es el Derecho?

No fue esta la actitud de Castro. Si el realismo siempre es bueno, el pragmatismo difícilmente deja de ser empobrecedor (8). Será, por ello, necesario «partir del principio para que el edificio se asiente con firmeza»; sólo la incursión en los terrenos de la Filosofía del Derecho permitirá asentar su base, de ella arrancará la fuerza de la inspiración creadora y la solidez del conjunto (9). Estamos, evidentemente, en las antípodas del pensamiento kelseniano (10), pero muy cerca, según creemos, de la clásica y venerable concepción de la jurisprudencia romana y en plena continuidad con nuestra mejor tradición jurídica: sin una visión general del mundo y de la existencia parece imposible una concepción precisa y completa sobre el Derecho (11).

(8) Pragmatismo ideológico y metodológico que no siempre admitirá su carácter de tal y que llegará a presentarse a sí mismo como la posición filosófica más extraña al pragmatismo y, a la vez, la más elevada, la más enérgica y la más pura. Así, en EISENMANN, CH.: *El jurista y el Derecho natural*, en BOBBIO, KELSEN y otros: *Crítica al Derecho natural*, Madrid, 1966, páginas 253 ss., esp., pág. 279.

(9) CASTRO: *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1949, pág. 9, nota 3: «Es posible no tratar cuestiones que tienen su *sedes materiae* en la Filosofía del Derecho; esperemos excusen esta *inmissio* sus profesionales; no sólo seguimos una *praescripta consuetudo* de los tratadistas del Derecho civil, sino que el carácter fundamental y de *ius commune* del Derecho Civil impone determinar claramente las ideas y los conceptos sobre los que se basa. Es necesario partir del principio para que el edificio se asiente con firmeza».

(10) KELSEN Hans: *Teoría pura del Derecho*, ed. Buenos Aires 1976, páginas, e. c., 15-16.

(11) La *iusti atque iniusti scientia* sólo es posible tras la *divinarum atque humanarum rerum notitia*: D. I, 1, 10. En cuanto a nuestra tradición jurídica, baste recordar a SUÁREZ en el Proemio al *De legibus ac de Deo legislatore*, Lugduni, 1613, pág. 2: «... atque eadem fere rationem in legibus ferendis tenuerunt imperatores, ut alii civilium legum conditores: nam philosophia tanquam fundamentum usi, ex illa leges civiles rationi consentaneas deduxerunt; unde Cicero in libro primo de Legib. hoc maxime efficere conatur, ut ex intimis philosophiae jurisprudentiam hauriendam esse confirmet, cui consonat illud Ulpiani in l. 1.º de iustit. et iur. veram philosophiam, non simulatam affectamus. Unde fit ut iuris civilis prudentia nihil aliud sit, quam quaedam philosophiae moralis ad regendos, ac gubernandos políticos rei publicae mores applicatio seu extensio». Por ello —concreta SUÁREZ— «Ideoque ut aliquam verae scientiae rationem participet, philosophiae coniugi, seu subalternari necesse est».

¿Qué es entonces el Derecho, entendido éste como conjunto normativo socialmente vigente y garantizado por la coactividad estatal? No dudará Castro en la respuesta: «El Derecho positivo puede ser definido como «la reglamentación organizadora de una comunidad, legitimada por su armonía con el Derecho natural» (12). Su fin será «la realización de la Justicia en la organización humana» (13). La respuesta no puede ser más decidida y más clara: organización de la comunidad desde la idea de justicia y legitimada desde el Derecho natural. No hay confusión de planos; Derecho natural y Derecho positivo aparecen como realidades distintas, pero no inconexas: el Derecho positivo deriva su legitimidad de su conformidad con el Derecho natural. Por otra parte, y en fuerza de tal derivación, el Derecho positivo no agota su explicación en su mera normatividad organizadora: a su esencia pertenece la aspiración hacia (y la inspiración desde) la justicia.

Sin que podamos entrar ahora en el estudio detenido del iusnaturalismo de Castro, sí importa destacar qué supone propiamente en su concepción jurídica esa relación entre Derecho natural y Derecho positivo. La doctrina del Derecho natural —advierte Castro (14)— no supone sustituir ni subordinar las leyes del Estado a reglas utópicas, desconociendo las realidades sociales. Tampoco juega la función de una especie de *deus ex machina*, último recurso del jurista en situaciones difíciles: el Derecho natural no puede apresarse en fórmulas, como tampoco puede serlo la evidencia moral (15). Ni podrá tampoco utilizarse como elemento de justificación y consagración del *statu quo*, frente al empuje de concepciones críticas o renovadoras: el Derecho natural, inmutable, ciertamente, en sus primeros principios, impone al Derecho positivo la nota de la variabilidad en razón de la historicidad humana (16). La doctrina del Derecho natural supone, por el contrario, insertar el Derecho en la total armonía del ser (17) y, de esta forma, asentarle en su fundamento y orientarlo hacia su fin.

Es claro que una tal visión del Derecho positivo, en íntima conexión y armonía con el Derecho natural, es rica en consecuencias jurídicas. La prioridad de lo personal se conjuga con el servicio debido por el individuo a la comunidad (18); por otra

(12) CASTRO: *Derecho civil...*, cit., pág. 29.

(13) Id. ib.

(14) CASTRO: op. cit., pág. 34.

(15) Id., pág. 38.

(16) Id., pág. 35.

(17) Lo que hará CASTRO recogiendo la enseñanza de la escolástica más clásica sobre la relación entre Ley Eterna, Derecho natural y Derecho positivo. El Derecho natural —op. cit., pág. 24— será el «eslabón intermedio», o el «mecanismo necesario para la aplicación de la Ley Eterna en la vida social. La concreción posible y la delimitación de sus preceptos, unida a su mayor intensidad, como exigible socialmente, son los supuestos que permiten la *conversión* de los imperativos morales en directrices de las reglas coactivas del vivir social».

(18) CASTRO: *Derecho Civil...*, cit., pág. 36: «El bien de la comunidad es superior al de cada individuo, que le deberá su propio sacrificio, como parte

parte, asignadas al Derecho positivo las condiciones objetivas de su existencia como auténtico Derecho, la autoridad de la ley resulta robustecida en sí misma (19), tanto frente al ciudadano ordinario en su condición de sometido a la misma, como frente al legislador (20): el poder legislativo no es un poder omnímodamente libre; donde hay exigencias intrínsecas de justicia es un poder vinculado. Sólo así entendido el Derecho positivo, como *mensura mensurata*, podrá sustraerse del capricho individual o de la fuerza del grupo (21). El Derecho natural será entonces la instancia crítica, objetiva y jurídica, del Derecho positivo. Sin necesidad de salir del campo del Derecho, y de acuerdo con la tan conocida expresión de Radbruch, será posible oponer a la ley injusta (*gesetzliches Unrecht*) la realidad de un Derecho supralegal y entitativamente justo (*übergesetzliches Recht*). La relación Derecho natural-Derecho positivo pone a éste en tensión continua hacia su perfección. Como tal elemento dinamizador del Derecho positivo, el Derecho natural deja de ser —la expresión es ahora de Carne-lutti— *l'idolo che non dobbiamo adorare*.

A la luz de lo anterior resulta claro que la norma jurídica positiva no se justifica formalmente por sí misma; exige la justificación intrínseca de su legitimidad. No basta, en otras palabras, que sea expresión de la *voluntas principis* o de la voluntad mayoritaria; necesita la justificación de su contenido (22). Es esta una

que es de ella, más sólo cuando se trate de bienes de igual calidad (*iusdem generis*); además, y sobre todo, sólo se puede hablar de bien común cuando se refiera —o al menos no se oponga— a los bienes espirituales superiores; lo que prácticamente supone que, si bien el individuo deberá arriesgar su vida y fortuna por la comunidad, ésta no puede exigirle que ponga en peligro su alma, y su mandato no puede lícitamente atentar contra la dignidad personal».

(19) Id., pág. 37: «La doctrina del Derecho natural dice que una norma puede considerarse justa, por el *fin*, cuando se ordena al bien común; por su *autor*, cuando no exceda de la potestad de quien la haga, y por la *forma*, cuando las cargas de los súbditos, en orden al bien común, se impongan en proporción igual».

(20) Id. pág. 39: «El Derecho natural es el único que puede dar una base a la obligación del príncipe respecto a la ley y en realidad fortalece frente al súbdito la autoridad de la ley».

(21) Id., pág., e. c., 12: «En cualquiera de los momentos de la historia en que se ha separado la idea de Derecho del Derecho Natural, ha sido inmediatamente puesta al servicio de doctrinas y partidos políticos. La política se degrada en partidismo y la naturaleza misma del Derecho se hace depender de los intereses y conveniencia del grupo. También, pág. 20: «Si el Derecho se basa en la consciencia individual se convierte en capricho o en pantalla hipócrita de aspiraciones partidistas; si se identifica con la realidad de una organización y con el poder de la fuerza, se le rebaja a transitorio e indiferente suceder social; el Derecho, de guía y maestro, se convierte en esclavo de los partidos... El derecho positivo, a diferencia del Derecho natural, es una realidad social y trata, de modo más o menos inmediato, de realizar un programa político, pero no es ni una cosa ni ambas tan solo; el concepto de Derecho está unido, de modo insoluble, a la idea de Justicia...».

(22) Id.: Derecho Civil..., cit., págs. 33-34: «Si el Derecho fuese mero conjunto de reglas de conducta impuestas y el Estado sólo organización, no habría posibilidad de distinguirlos de los mandatos de la fuerza y de la

cuestión fundamental con la que el jurista habrá siempre de enfrentarse. Así lo destacará Castro, a propósito, e. c., de la nueva «*lex mercatoria*»: «Favor atribuido a la nueva *lex mercatoria* —dirá (23)— que aun después de haberse admitido lo dudoso de la legitimidad de sus prescripciones, llevará a que se haya concluido dada por salvada la dificultad, diciendo: "Pero esto, habría dicho Kipling, es otra historia". A Kipling —responde Castro—, como literato, le está permitido hacer esta pirueta al terminar así algunos de sus cuentos, lo que no es lo mismo para el hombre de Derecho; para él la legitimidad de los resultados de una figura jurídica no constituye otra historia, es la cuestión fundamental e ineludible con la que tiene que enfrentarse».

De ahí que entre los requisitos de la norma jurídica haya de incluirse el de su *ratio*, o valor intrínseco (24); de ahí, también, que la norma derive su obligatoriedad de su propio contenido y no, simplemente, de la mera coactividad (25). Es por aquí por donde aparece la vertiente sombría de la costumbre: «la costumbre puede ser peligrosa —y lo ha sido— como última defensa de malos hábitos, de usos amparados en modas inmorales, defendidos e impuestos por los más fuertes como lazos de opresión de los socialmente más débiles, contrarios a la Justicia» (26). Ha de considerarse extraviada y condenable la norma contraria al Derecho natural (27).

asociación de bandidos... Se ha dicho que Derecho es lo que el príncipe quiere, lo que quiere el pueblo o la mayoría del pueblo... Ante todas estas afirmaciones cabe preguntar: ¿por qué llamar a eso Derecho, por qué no denominarle con sinceridad, arbitrio o fuerza?... El Derecho humano necesita una justificación. Debe evitarse, ante todo, la confusión que se ha procurado crear, entre *legitimidad* y *legalidad*; pues mientras ésta se reduce a comprobar la conformidad formal de una regla con otras normas positivas anteriores de superior jerarquía, aquélla se refiere a la justificación esencial de su contenido... Existe una tabla de valores inmutables, su conformidad o proximidad a ellos legitima al Derecho humano; si de ellos se aparta, si los contradice, quedará sólo una regla con pretensiones de justicia, pero que ya no merece este calificativo, que no es ya Derecho, que sólo será arbitrariedad y violencia, si se intenta imponer su cumplimiento».

(23) CASTRO: *El arbitraje y la nueva lex mercatoria*, ADC 1979, IV, págs. 619 ss. El texto que se cita se encuentra en la pág. 660, texto y nota 149.

(24) CASTRO: *Derecho Civil...*, cit., pág. 48: «Los caracteres por los que se distingue la norma positiva son: ... *Ratio*; o valor intrínseco de la regla por su contenido moral, político o técnico. Determinado jurídicamente por su finalidad (bien común) y legitimidad (conexión con el Derecho natural)». Vid también, pág. 492.

(25) *Ib.* pág. 52.

(26) *Ib.* pág. 735. Por ello —cfr. pág. 380— la norma consuetudinaria «sólo tendrá el alcance y la extensión que sea compatible con los principios generales, morales, políticos y sociales que inspiran la organización de la nación».

(27) *Ib.* pág. 422: «El Derecho natural es el luminar que orienta los progresos y retrocesos del Derecho positivo; el legislador, conforme a las variadas circunstancias, habrá de trazar y construir su propio camino con desviaciones e inexactitudes, a través de toda clase de peligros y dificultades; muchos pueden ser los caminos, mejores o peores, más o menos rectos, que hacia él se dirigen; pero sólo se podrá considerar extraviado y con-

Poco hay que seguir en la dirección apuntada para subrayar la esencial dimensión ética del Derecho y para encarar y resolver certeramente el tan debatido problema de la relación entre Moral y Derecho. Es evidente que si la norma jurídica debe justificarse por su contenido justo, el Derecho gravita en torno a una de las virtudes morales fundamentales. La justicia da razón de la zona tangencial —sin confusión— entre Moral y Derecho (28). Una y otro constituyen realidades distintas, pero no inconexas (29). La Moral, en efecto, aspira directamente al ideal ético, valorado en sí mismo como condición de plenificación humana personal; trata, por ello, de ordenar desde él *todo* el comportamiento humano, al propio tiempo que adopta como criterio supremo el *bonum* en su integridad, y confía la eficacia de su mandato al campo sagrado e incoercible de la conciencia individual. Mucho más limitado y circunscrito es el campo del Derecho: llamado a hacer posible la ordenada y pacífica convivencia social, adoptará como sumo criterio rector esa particularización del bien que es el *iustum*, para, desde él, orientar (solo) el comportamiento humano intersubjetivo que, más o menos directamente, afecta o puede repercutir en la paz y el orden necesarios en la convivencia social. Brotan de aquí las tres diferencias fundamentales, tan exactamente señaladas por Castro, entre Moral y Derecho: mientras todo comportamiento humano es susceptible de enjuiciamiento moral, el Derecho sólo se ocupa de la actuación *ad alterum* que afecta al orden de la convivencia; mientras la Moral aspira al *bonum*, al Derecho le es suficiente exigir el *iustum*; mientras que la Moral tiene que confiar a la libertad personal su propia eficacia, el Derecho se ve necesitado a imponer coactivamente su observancia.

denable el que no tenga en cuenta o vaya en dirección contraria al Derecho natural».

(28) La distinción entre Moral y Derecho, destacada, o más bien convertida en problema, fundamentalmente desde Thomasius y Kant, es hoy unánimemente admitida y a veces incluso llevada a extremos excesivos; hasta el punto de que no faltan hoy quienes —como CORST GRAU: *Curso de Derecho Natural*, Madrid, 1959, pág. 240, o RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María: *Derecho y Ética*, Madrid, 1977, pág. 32— apunten la conveniencia de «hacer más hincapié en la unidad que en las diferencias». El tratamiento doctrinal del tema ha sido fecundo, en ocasiones, agudo y certero, llegando hoy a pensarse —RECASENS SICHES, Luis: *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, 1978, 6.ª ed., pág. 172— que el tema «después de inmensas peripecias, llega hoy a un grado de satisfactoria madurez».

(29) CASTRO: *Derecho Civil...*, cit., pág. 21: «Para conocer lo que sea Derecho es preciso saber la relación en que están Derecho y Moral. A este respecto es necesario apartar las dos concepciones erróneas, de contrario signo e igual gravedad: separar a la Moral del Derecho, como distintos en su esencia; confundir a la Moral y al Derecho, comprendiendo a la Moral en el Derecho»; o págs. 680-681: «Esta distinción entre las esferas normativas no significa su incomunicación ni la existencia entre ellas de una separación radical... De lo dicho se deduce que deben ser rechazadas por igualmente inexactas la afirmación del absolutismo, que atribuía a los legisladores el poder de legislar sobre religión y sobre moral, y la idea del positivismo jurídico, que afirma la indiferencia del Derecho hacia toda cuestión religiosa y moral, como materia extrajurídicas».

Limitación, pues, en el objeto, reducción en el criterio rector, y distinto modo de eficacia son las notas fundamentales diferenciadoras de la Moral y el Derecho (30) que, instancias normativas distintas de la actuación humana, no son, según decíamos, realidades inconexas: el Derecho, que no puede dejar de atender a la significación ética de las conductas jurídicamente relevantes, resulta limitado por la Moral, y al mismo tiempo, encuentra reforzado en la Moral el deber de su observancia y el fundamento de su exigibilidad (31).

La conexión entre Moral y Derecho, idea fuerza en la mejor tradición jurídica española (32), permitirá a Castro entender el ordenamiento jurídico como la integración de la ley positiva en el mundo más amplio de los valores éticos y de justicia: desde éstos, y en función de los mismos, ha de interpretarse la ley (33), y no

(30) Cfr. CASTRO: op. cit., pág. 24. Recientemente DE LOS MOZOS: *Derecho Civil español, I. Parte General*, Salamanca, 1977, pág. 35, ha propuesto una matización a la exposición de CASTRO: «... poniendo un contrapunto a esta autorizada opinión, tendríamos que añadir que, en relación con el segundo de los extremos indicados, el ordenamiento jurídico acoge en su integración normas o principios derivados de la *fides*, la *aequitas*, la *pietas* o la *amicitia*, que aunque pueden reconducirse a su significado jurídico, dependen más de sentimientos morales que de cualquier otra cosa». Sin negar lo indicado por DE LOS MOZOS, creemos que la exposición de CASTRO sigue inalterada como formulación certera y precisa. La *aequitas*, o la *fides*, o la *pietas*, no hacen sino matizar o modalizar deberes impuestos por exigencias del *iustum*.

(31) CASTRO: op. cit., págs. 24-25: «La relación entre el Derecho positivo y la Moral se hace por medio del Derecho Natural. El Derecho natural mide con criterio de justicia a las normas positivas, les impone límites, marca direcciones y las puede completar. No puede merecer nombre de Derecho una regla que pretenda imponer una conducta injusta o inmoral. La perfección de un ordenamiento positivo se muestra por el grado en que logra moralizar a la sociedad. También la norma de Derecho positivo tiene influjo —aunque sea reflejo— en el orden moral. Cuando por la legitimación de su origen y contenido (medidos por el Derecho natural) merece la consideración de norma jurídica, entra en el orden moral y nace, respecto de ella, un especial deber: el de respetarla, obedecerla y colaborar a su realización. De otro modo se manifiesta todavía la relación entre Derecho positivo y Moral. Las disposiciones jurídicas, en medida y forma distintas según los ordenamientos, se apropian criterios de la Moral (*causa obligandi* en las obligaciones morales), o repudian o sancionan lo que a la Moral repugna (*causa ilícita*, abuso del Derecho). Son remisiones, más o menos amplias, a la norma moral que —de este modo y con ese limitado alcance— tendrá valor de norma jurídica positiva».

(32) CASTRO: op. cit., pág. 444: «... contraste radical con estos aparatos sistemáticos, las más de las veces vacíos de todo contenido, ofrece la escuela jurídica española. No preocupa el orden de las materias, sino la justicia de su contenido; ni la perfección del sistema, sino la exactitud de los principios. La autoridad del Derecho no hay que basarla en medios artificiales; tiene su fundamento inmovible en la teología moral y en el Derecho nacional».

(33) CASTRO: *Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, ADC 1982, pág. 1037: «Las referencias hechas en los Códigos al orden público, a las buenas costumbres o a la moral tienen una importancia central en los ordenamientos jurídicos; sirven de medio de comunicación entre el sistema jurídico positivo y los valores éticos y de justicia (el buen orden jurídico), facilitando su positividad al mencionarse en la ley. El intérprete y el juez se encuentran con ello expresamente autorizados para desentenderse de la

sólo en ese campo —Derecho de familia— donde la proximidad Derecho - Etica se ha venido destacando pacíficamente *ratione materiae*, sino también, e importa subrayarlo, en ese otro mundo del Derecho patrimonial, a veces pretendidamente más neutro, pero donde la proclamada prioridad de lo personal puede quedar en pura declaración vacía de no inspirarse muy directamente desde la ética personalista (34).

Quedaría muy incompleta esta sucinta referencia al tema de la dimensión ética del Derecho si, sobre el dato de su fundamentación objetiva, no dedicáramos unas líneas a resaltar su repercusión en el talante personal del jurista. Contra lo que muy superficialmente pudiera pensarse, el reconocimiento de la vinculación de la norma jurídica a la Moral no va a suponer una forma sutil de sometimiento del jurista. Por el contrario, la profesión ética necesariamente ha de representar un eficaz resorte emancipador. Del mismo modo que la Verdad hace libre, la visión ética del Derecho es medio de liberación respecto de toda posible ley injusta: el jurista, como servidor de la justicia y no mero legalista, logrará así su independencia respecto al gobernante (35). A la luz del verdadero concepto del Derecho no tiene el jurista el deber de sacrificar su propia alma en el altar de la mala ley. Al contrario —dice Castro (36)—, su vida será de lucha por la mejor organización de la comunidad. Si la profesión del Derecho fuese esclavitud hacia las reglas frías de un Estado en que la Moral y la Justicia han de callar, sólo tristeza y compasión merecerían sus cultivadores. La justicia, con el conjunto de sus exigencias éticas, será el único absoluto del jurista; frente a ella lo demás es relativo, inclu-

letra de la ley y, considerando el todo del ordenamiento jurídico (leyes, principios generales del Derecho) y la misma naturaleza del Derecho, negar amparo a situaciones contrarias a los criterios propios de la moral o de la justicia».

(34) CASTRO: e.c., *Derecho Civil...*, cit., págs. 122-123: «El Derecho de la persona, de la familia y de los bienes y su tráfico deben estar íntimamente unidos, si no en la misma ley —cosa secundaria— bajo los mismos principios; no hay que aislar al Derecho de la persona y el de la familia ante el temor de su contagio por el materialismo del Derecho patrimonial, al contrario, hay que hacer que las normas de éste se inspiren en los principios del predominio del valor personal, respeto a la palabra dada, restablecimiento del significado del honor en el tráfico, supremacía de la relación causal y de la buena fe, sobre las exigencias de la seguridad mercantil». Vid. también, *Limitaciones intrínsecas...*, cit., pág. 1039, en crítica al positivismo legalista: «Los criterios de las buenas costumbres, del orden público y de la moral, como limitaciones de la autonomía de la voluntad, se utilizarán de modo que no se toque a la esfera de aquellos intereses económicos, considerando ilícitos o con causa ilícita sólo ciertos contratos, los que se refieren a la familia o a las relaciones sexuales extramatrimoniales».

(35) CASTRO: *Derecho Civil*, cit., pág. 159, nota 1: «El contacto del Derecho con la Teología Moral, en el período clásico, marca nuestra jurisprudencia con estas notas: 1.º inclusión del Derecho en el orden moral (oposición al legalismo); 2.º dependencia del legislador respecto al Derecho (repudiación del absolutismo); 3.º independencia del jurista del gobernante (como servidor de la justicia y no mero legalista)».

(36) CASTRO: op. cit., págs. 489-490.

so la ley —también la norma constitucional—, que, llamada a vehicular los imperativos de justicia, queda frustrada en su razón de ser cuando se orienta en dirección distinta: ni la fuerza de los poderosos ni el apoyo de la mayoría podrán justificarla al margen de la justicia (37).

Pero, como toda auténtica libertad, también la que al jurista proporciona su talante de servidor incondicional de la justicia será una libertad comprometedora; no simple y estéril *libertad de*, sino auténtica y funcional *libertad para*. Libertad que impide cualquier forma de cómoda neutralidad, bajo la que siempre se esconde al menos una actitud de connivencia con el *statu quo* (38), y que no sólo no desdeña, sino que asume como imprescindible la implicación política, entendida ésta en su más noble sentido: no como equivalente a partidismo («lo mismo que política no es partidismo —dice Castro— el apoliticismo es un subtipo de la política liberal»), sino como «política de respeto al Derecho, que está por encima del poder y sus apetencias, que supone una idea de la vida, la que entiende que sólo es Derecho el mandato justificado por el Derecho natural, antepone el bien común a los privilegios egoístas, impone la aplicación justa de las normas y dice que se ha de enseñar el puesto subordinado que las leyes estatales tienen en el orden moral» (39).

3. No pasa Federico de Castro por ser uno de los más señalados tratadistas en relación con la cuestión del método. No obs-

(37) Cfr. *Derecho Civil...*, cit., pág. 357: «La doctrina normativista ha intentado caracterizar la ley con arreglo a su puesto en la escala de las normas... En el mundo real del Derecho las cosas no son tan simples como para que se puedan reducir a las fórmulas *more geométrico* de la escuela kelseniana. Es cierta la dependencia lógica de la ley al requisito de su legitimidad, pero ésta no se reduce a la mera primacía lógica, ni al truismo de que lo legitimado se basa en lo legitimamente; significa poder legítimo del legislador y contenido legítimo de la norma legislativa. Las *normae constituendi* y las *normae agendi* no están separadas por un invadable foso lógico..., no se puede olvidar que la legitimidad del poder está condicionada tanto por el origen como por el ejercicio que del poder se haga; unas y otras normas están sometidas del mismo modo al devenir histórico y a su justificación ante la Justicia y la nación». Vid. también págs. 29-35 sobre la imposibilidad de sustituir (concepción normativista) por la Constitución la función fundamentadora del Derecho natural.

(38) Cfr., e.c., *Derecho Civil...*, I, cit., pág. 10, nota 2: «La neutralidad del jurista que postulan ciertos profesionales del Derecho, significa la inercia y, con ello, al menos, la colaboración pasiva, la complicidad con las concepciones falsas del Derecho y con ordenamientos antijurídicos», o ib., pág. 19, acerca de la asepsia de la concepción kelseniana: «... examinada de cerca en su fundamento y consecuencias, se descubre que es —empleando el lenguaje de su escuela— *crypto-política*, su aparente pureza encubre la más eficaz defensa de las aspiraciones neoliberales, poniendo al servicio de las teorías libero-democráticas a la abstracción y vacuidad formalista del Derecho, dando un valor carismático a la legalidad constitucional». También en *El Negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 15: «El neutralismo jurídico formal del normativismo sirve la 'mercantilización' del Derecho privado y los intereses del 'gran capitalismo'».

(39) CASTRO: *Derecho Civil...*, I, cit., pág. 44.

tante, entendemos que pocos como él han atinado en dicha materia. Su postura inicial en el tema es, si no de desconfianza, sí al menos de preocupación: la cuestión del método es una cuestión hinchada; la literatura que se le ha dedicado merece por su volumen el viejo calificativo de *onus camelorum*. Pero no es éste el mayor de sus inconvenientes; lo peor es que en la inflación metodológica cabe apreciar un síntoma de decadencia de la ciencia jurídica. Colocada en primer término la cuestión metodológica, queda arrumbada y en la sombra la fundamental y decisiva: la de la naturaleza y fin del Derecho. Este es el autorizado diagnóstico de Castro (40), al que hay que reconocer, al menos, que, de hecho y en la mayoría de las ocasiones, las distintas propuestas metodológicas han venido a suponer otras tantas posibilidades de desnaturalización del verdadero quehacer jurídico.

En efecto, valor, realidad y dato normativo son integrantes esenciales del Derecho y, por tanto, elementos inescindibles y necesarios para una adecuada metodología jurídica. Pues bien, va a ser precisamente la ruptura de esa armoniosa simbiosis de lo valorativo y de lo real, orientada desde la idea de la justicia y operando sobre la concreción normativa del Derecho, lo que va a dar lugar a la sucesiva polarización de éste en alguno de sus elementos parciales, y a la consiguiente problematización de la cuestión del método. La idea es cara a Pietro Barcellona, quien la viene haciendo objeto de exposición repetida e invariable. Se trata de lo que él llama la «ideología de la separación»: separación, en efecto, entre legalidad y ética social, que históricamente puede atribuirse a Kant, separación entre política y economía, que históricamente puede atribuirse a Adam Smith, y, finalmente, separación entre Estado y sociedad civil, que cabe atribuir a la escuela histórica de F. Savigny (41). Tras las indicadas separaciones —con ellas, tras la desintegración de la esencial unidad de lo jurídico— va a ser posible una concepción del Derecho, abstracción hecha de lo valorativo o de la realidad en que la norma proyecta su normatividad y en la que capta el conflicto de intereses y el criterio justo de su solución. La idea trascendente de la Justicia pierde significado y el Derecho se concreta en torno al puro dato normativo. Queda abierta la vía al formalismo jurídico y a las corrientes metodológicas que de él derivan en movimiento de reacción.

Desde los resultados de las ideologías de la separación se clama hoy por la vuelta a una visión de la totalidad, en la que en torno al Derecho se integren armónicamente lo normativo, lo fáctico o real y lo valorativo (42). Pero una tal concepción unitaria e inte-

(40) *Derecho Civil...*, I, cit., pág. 441.

(41) Cfr. BARCELLONA: *Diritto privato e processo economico*, 2.^a ed. Napoli, 1977, págs. 339-342. También BARCELLONA-HART-MÜCKENBERGER: *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, cit., páginas 42-45, o BARCELLONA-COTTURRI: *El Estado y los juristas*, Barcelona, 1976, páginas 77-80.

(42) Además del testimonio de BARRCELLONA en los lugares antes citados,

gradadora del Derecho sólo es posible desde la amplitud de la visión iusnaturalista. Al fin y al cabo, las sucesivas polarizaciones del Derecho, separadamente y en torno a sus distintos integrantes, sólo comenzará a producirse desde que la consideración positivista de éste creyó poder prescindir de las raíces filosóficas de lo jurídico. En realidad la cuestión del método termina por resolverse en la fundamental alternativa entre iusnaturalismo, como concepción de lo jurídico integrada en una visión omnicompreensiva de la realidad, y positivismo, como consideración del Derecho circunscrita a datos empíricos y comprobables, sean éstos de carácter normativo, sean de orden fáctico o social. O, en pos de la concreción del imperativo de justicia, se recurre a la interpretación de la realidad como presupuesto de valoración justa, o, atendidos a planteamientos empíricos, se reduce el Derecho a alguna de las facetas de su manifestación positivamente comprobable.

Y, efectivamente, éste será el punto de partida metodológico para Federico de Castro: la del método es esencialmente una cuestión subordinada. Porque el obrar sigue al ser (*operari sequitur esse*), también la metodología jurídica será derivación del propio ser del Derecho: «La importancia del método es incuestionable —dirá Castro— pero no constituye un problema independiente, sino subordinado» (43). Su visión esencialista del Derecho le llevará al rechazo de todo formalismo y a la adopción de un criterio realista, inspirado desde lo valorativo centrado en la justicia. He aquí cómo, sin reduccionismo ni polarizaciones deformantes, se mantiene la originaria integridad de lo jurídico. La metodología jurídica resulta del ser del Derecho; no se hace violencia a éste desde la excedida y parcial acentuación metodológica.

Así, ha de señalarse —dice Castro (44)— que el mismo Derecho natural (según su concepción genuina) condena un método que no atiende a la variabilidad de las circunstancias y que pretende encadenar la justicia a meros juegos formales. Imposible indicar con mayor acierto la trascendencia metodológica del iusnaturalismo y

puede verse, e. c., el de RECASENS: op. cit., págs. 160-163, o el de LATORRE, Angel: *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1972, pág. 145.

(43) *Derecho Civil...*, I, cit., pág. 441. Ya en el prólogo a la primera edición del mismo *Derecho Civil...*, I —pág. 7 de la segunda ed. que se viene citando— explicaba Castro su *modus procedendi* del siguiente modo: «... se aprovechan las aportaciones de la ciencia jurídica moderna y se conserva su nomenclatura, pero se hace que la técnica jurídica vuelva a su función subordinada e instrumental, se da al Derecho y a su ciencia un seguro fundamento y se afirma sobre claros principios. Liberadas de la esclavitud impuesta por el positivismo legalista, las disposiciones legales se animan en base a los principios generales del Derecho y recobran su sustancia moral, tradicional y política, mientras que la labor de los juristas, de malabaristas vergonzantes de artículos, se eleva a la de colaboradores en la realización de la justicia y de los fines nacionales». Una aplicación de la repercusión de la distinta visión del Derecho en el tratamiento de un problema jurídico particular puede verse, e. c., en *El Negocio Jurídico*, cit., págs. 453-455, a propósito del negocio indirecto.

(44) *Derecho Civil...*, I, pág. 644.

el por qué de la insuficiencia del formalismo. «Kelsen y su escuela —dirá en otro lugar (45)— se precian de su lógica; pero, a pesar de ello su mayor falla es lógica, al identificar la esencia del objeto con una de sus características. La esencia del Derecho no puede encontrarse en uno solo de sus caracteres, aunque se tratase del más peculiar (la relación normativa), sino en su totalidad, en la hondura de sus fines, aunque con ello haya de acoger cualidades o contenidos que le son comunes con otras materias (moral, sociología, política)». De hecho —comprobará Castro (46)— el neutralismo jurídico formal del normativismo ha servido a la mercantilización del Derecho y a los intereses del gran capitalismo. ¿Cómo va a ser, entonces, posible mutilar al Derecho estrechándolo en los solos límites de su visión formalista?

Muy por el contrario, atenderá siempre Castro, y muy de cerca, a la realidad sobre la que el Derecho proyecta su eficacia. El realismo es condición de la que no puede prescindir la labor jurídica. Véanse como muestra las siguientes líneas a propósito de la función del Derecho agrario: «Fundamentalmente se busca resolver una grave cuestión de justicia social y de política legislativa; mas para conseguirlo es preciso romper la presión asfixiante de la concepción abstracta del Derecho, puesta y dispuesta al servicio de los económicamente privilegiados. Así mostrará, *in concreto*, las disponibilidades de una concepción jurídica realista: justa y ajustada a la naturaleza de cada realidad. Ejemplo que puede ser fecundo para todo el Derecho. Como en el mito de Anteo, sucede que, al tomar tierra, el Derecho cobrará nueva vida» (47). Y nueva vida cobra, efectivamente, al cálido contacto de la realidad social el tratamiento de toda cuestión jurídica. No otro fue el propósito y la directriz metodológica que guió a Castro en su magistral tratado sobre el negocio jurídico. «De ahí —dirá en el Prólogo (48)— la preocupación de basar los estudios contenidos en este libro sobre datos tomados de la práctica jurídica. A tal efecto, y en especial, se han recogido y examinado varios centenares de sentencias del Tribunal Supremo. Se han estudiado los casos presentados en sus resultandos y se han valorado los dichos de sus considerandos en función a lo decidido en los fallos. Estudio crítico de la doctrina jurisprudencial, con el que se ha pensado sería posible conseguir mejor conocimiento del significado real del sistema jurídico español sobre el negocio jurídico». ¿Extrañará entonces, e. c., que en la valoración de las teorías voluntaristas y declaracionistas se hagan observaciones como la de que «la teoría declaracionista deja abierta la posibilidad de que el cuchillo corte por los dos lados, a costa siempre de la parte más débil» (49)? El mismo será

(45) Op. cit., pág. 18.

(46) *El Negocio Jurídico*, cit., pág. 15.

(47) CASTRO: *El Derecho Agrario de España. Notas para su estudio*, ADC 1954, pág. 391.

(48) *El Negocio Jurídico*, cit., pág. 5.

(49) *El Negocio Jurídico*, cit., págs. 62-63.

el criterio al abordar en otro trabajo el espinoso tema de la cláusula compromisoria: «Estas ligeras referencias creo podrán bastar —dice Castro (50)— para que se advierta que para la debida valoración jurídica de la cláusula compromisoria resulta inevitable tener en cuenta el ambiente social en que ha surgido y al que debe su actual auge. Por ello ha parecido necesario tratar de lo que ha significado y significa, todavía hoy, el movimiento de la "nueva *lex mercatoria*" y también el de la autonomía de la voluntad, como su fundamentación dogmática. Lo que es preciso hacerlo teniendo además presente otra poderosa corriente, y de signo contrario, la de la protección de los consumidores».

Ahora bien, el mismo presupuesto iusnaturalista que inmuniza al jurista de toda desviación formalista, imponiéndole la atención a la realidad (*natura rerum*), es el que le librará del naufragio en el movido mundo de los hechos sociales. El Derecho no se adentra en la realidad social para perder la rectoría de los hechos; mantendrá su función ordenadora de los comportamientos sociales desde la guía de los valores jurídicos. «Los juristas —dirá Castro (51)— no pueden quedar satisfechos con dar cuenta de los hechos sociales; sienten la necesidad de contrastar su valor jurídico, su licitud y eficacia general». El Derecho tiene sus propios criterios de valoración y, de acuerdo con ellos, función del jurista que, contra lo que se ha dicho, no es un servidor de la economía (52), será «preparar y facilitar el clima social propicio para que la preponderancia de las valoraciones económicas sea sustituida por la de los valores morales y humanos (53). Entre ellos, y en el campo del Derecho, prima, evidentemente, el valor justicia. El objeto de la ciencia jurídica es la justicia, esencia real cuya característica más importante es la de llevar consigo, de modo inmanente, una tendencia inexorable a su realización (54). Por ello la idea de la justicia será «el criterio organizador y decisorio en toda la realidad jurídica; incluso en el último y mínimo detalle, la idea de Justicia será la que justifique o excluya y la que dirá el por qué de

(50) *El arbitraje y la nueva "lex mercatoria"*, ADC 1979, pág. 660.

(51) *El arbitraje...*, cit., pág. 678.

(52) CASTRO: *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Cuadernos Civitas, Madrid, 1975, págs. 22-23, texto y nota 30: «Nadie ha negado la importancia social de las necesidades e intereses económicos, ni su influjo, a veces decisivo, para la relación jurídica. Otra cosa es valorar la economía como el motor preponderante o único del Derecho, sobre lo que muchos discrepamos». Y en nota 30: «... se ha dicho: el jurista es un servidor de la economía... No habrá que decir que esta dirección es rechazada por quienes entienden que el Derecho tiene sus propios criterios de valoración (Derecho Natural, Justicia)...».

(53) CASTRO: *La persona jurídica*, Madrid, 1981, pág. 49, nota 16. Ya antes, en *Derecho Civil...*, I, pág. 297, había indicado CASTRO como tarea frente a Europa de la doctrina jurídica española, la de «ante la crisis de la ciencia jurídica europea, de su materialismo, positivismo y abstracción, levantar la ejemplaridad de un Derecho basado en la supremacía de los valores morales».

(54) *Derecho Civil...*, I, cit., pág. 61.

la decisión» (55). A su vez, la ciencia del Derecho, en razón de su carácter de ciencia aplicada, se ve colocada «en la delicada situación de mediadora entre la idea de Justicia y la realidad jurídica, siendo el medio de conocer y contribuir al desarrollo de aquélla en su eficacia conformadora de la vida social; por esto, los principios de justicia son para ella tan esenciales —sino más— en su tarea de confeccionar leyes e interpretarlas, como el conocimiento de las mismas leyes para aplicarlas (56)». Con razón puede, pues, decirse que «sólo habrá verdadera ciencia jurídica cuando se admita que ha de estar y esté guiada por la idea eterna de Justicia» (57), y que el civilista (más ampliamente, el jurista), «educado en el comentario de leyes y sentencias, tiene todavía... otra más alta tarea, la de buscar y luchar por una más justa ordenación jurídica» (58). Por ello, en su labor de intérprete de la ley, habrá de orientarse siempre hacia el sentido más justo de la misma (59). Incluso cuando la norma parece imponer una solución injusta «a la doctrina se le exige, como tarea obligada, encontrar la manera de interpretar el Derecho de modo que concuerde con el sentimiento general de justicia (60). En definitiva, pues, que en virtud del presupuesto iusnaturalista, el jurista ha de atender a la realidad para captar en ella y proyectar sobre la misma las exigencias de la justicia (el *natura iustum*).

Y en razón de cuanto precede, una constatación: que la peculiar ciencia del Derecho, al mismo tiempo que aparece como una ciencia inspirada, en tanto que basada en los resultados de la Filosofía del Derecho y en los postulados del Derecho natural (61), se nos muestra como ciencia particularmente práctica, carácter éste que deriva de su propio objeto: la justicia, «esencia real cuya característica más importante es la de llevar consigo, de modo inmanente, una tendencia inexorable a su realización (62). Su finalidad es «la eficacia real, colaborar, de acuerdo con su objeto —teórica y prácticamente— en la realización del Derecho (63). Por ello en la ciencia del Derecho positivo, como ciencia práctica, los aspectos teórico y técnico van inseparablemente unidos: la actuación está determinada por el sentido del precepto, y el sentido de éste se busca sólo como base de la actuación (64).

(55) *Ib.*, pág. 63.

(56) *Ib.*, pág. 65.

(57) *Ib.*, pág. 513.

(58) *Limitaciones intrínsecas...*, cit., pág. 992.

(59) CASTRO: *Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley*, ADC 1977, pág. 816: «El jurista al interpretar tiene la condición de servidor de la ley, en cuanto a ello le obliga su "oficio" de servidor del Derecho; lo que le impone el deber de buscar el sentido más justo de la ley como ordenadora social, y ello con la máxima imparcialidad y objetividad».

(60) *Las condiciones generales...*, cit., pág. 56.

(61) *Derecho Civil...*, I, pág. 65.

(62) *Ib.*, pág. 61.

(63) *Ib.*, pág. 65.

(64) *Ib.*, pág. 64.

No obsta lo anterior al juego de la lógica conceptual y sistemática en el Derecho. Es evidente —indica Castro (65)— que el conocimiento del Derecho, en cuanto pretenda ser científico, habrá de utilizar conceptos depurados y sistematizados, de modo que se pueda lograr con ellos una visión, lo más exacta y clara del ordenamiento jurídico. Pero el conceptualismo tiene claramente sus peligros: el uso arbitrario de los conceptos, el no contrastar las construcciones elaboradas con los casos que ofrece la realidad de la práctica y el olvido o descuido de la finalidad de las normas a aplicar. Por ello, no siendo la ciencia jurídica una ciencia especulativa, sino propia de la razón práctica, habrá de atender a la aplicación práctica de las normas, considerando la realidad social en su conjunto y en cada caso individual y concreto. Para que dicha ciencia merezca con razón el calificativo de jurídica, habrá de aspirar constantemente hacia un orden social y unas soluciones concretas, las más justas y adecuadas a la naturaleza de las cosas. La pura etiquetación conceptual no puede acarrear efectos sin apoyo en la ley o en los principios generales (66). Es que en Derecho la adecuación justa está por encima del criterio de la adecuación lógica (67). Y de ahí el lugar de preferencia que en la elaboración jurídica ha de reconocerse al *buen sentido*: el sentido, tantas veces intuitivo, de lo justo, que debe estar siempre por encima de las preocupaciones dogmáticas (68). La pretendida pureza sistemática y la consiguiente mecanización del Derecho terminan por producir el desequilibrio del sistema en favor de los artificios técnicos y a costa del buen sentido; lo que habrá de repugnar a los juristas más sensibles a la realidad jurídica (69). Frente a los resultados, e. c., de la teoría del doble efecto en la explicación del negocio fiduciario brota irresistible —dice Castro (70)— la pregunta: ¿cómo el Derecho ampara situaciones condenadas por el natural o espon-

(65) *El negocio jurídico sobre cosa futura. Su construcción dogmática* (Nota crítica), ADC 1976, págs. 1155-1156.

(66) *El Negocio Jurídico*, cit., pág., e. e., 395: «Observó Windscheid, respecto al negocio jurídico, que nada impide a un autor que le ponga el nombre que quiera a unos hechos de los que se sigan unos determinados efectos jurídicos y que sólo para ellos reserve tal denominación. No habría inconveniente en que Regelsberger y sus seguidores hubiesen registrado el nombre de negocio fiduciario para los casos en que se diera el doble efecto. Lo que ya no parece cometido de los autores es el afirmar que la venta en garantía y el endoso para cobro, por ejemplo, originan el dicho doble efecto por ser *negocios fiduciarios*, sin base alguna en las leyes ni en los principios generales».

(67) *Derecho Civil...*, I, pág. 63.

(68) *El Negocio Jurídico*, cit., pág. e. c., 416, a propósito del negocio fiduciario: «La regulación establecida sobre estos casos de *fiducia cum amico*, dada ciertamente sin preocupaciones dogmáticas, pero con buen sentido de lo intrínsecamente justo y con adecuado criterio práctico, puede considerarse expresión del criterio legislativo y servir de guía para la solución de casos semejantes...».

(69) *Ib.*, pág. 322, a propósito ahora de la resistencia a la admisión de la *Voraussetzung*.

(70) *Ib.*, pág. 383.

táneo sentimiento de justicia? He aquí la prioridad de la intuición de la justicia sobre los efectos deformantes de una lógica conceptual desbordada. Es la reacción del auténtico jurista.

No quisiéramos terminar esta referencia a la metodología de Castro sin antes destacar, como último punto, la perfecta continuidad existente entre su interpretación del Derecho, su concepción metodológica y su producción jurídica. No vamos, evidentemente, a hacer la relación de sus publicaciones; tampoco tendremos que destacar su inspiración y contenido. Nos proponemos simplemente subrayar la perfecta coherencia entre concepción jurídica, metodología y producción científica. Ni el iusnaturalismo de Castro es mero, e inútil aunque solemne, aparato de recubrimiento, ni su metodología, erudición sobre el método, desligada de su quehacer jurídico, ni, finalmente, éste, atenido a datos inmediatos, normativos o sociales, se desliga de las más hondas raíces de su concepción filosófico-jurídica. He aquí, nos parece, otro dato de interés en el brillante magisterio de Federico de Castro: la continuidad y armonía que va desde lo más hondo de sus convicciones jurídicas hasta lo más externo de la problemática abordada, pasando, según hemos indicado, por el método de su tratamiento.

Comencemos por el tratamiento jurídico de la persona. El que sigue puede entenderse como un texto programático: «El valor de la persona es postulado de toda concepción humanista y su defensa está en el centro mismo de la idea cristiana de la vida; el Derecho civil no es concebible sin un *minimum* de independencia personal, y los juristas, como custodios del Derecho, tienen un deber vital en su guarda. Por eso, en estos momentos de tan azarosas posibilidades, no es lícita ninguna abstención; la ciencia del Derecho, en especial la civilista y muy especialmente la ciencia jurídica española, tienen como una de sus tareas más propia y exigente la de acentuar de modo eficaz el significado básico, general y decisivo que para toda organización jurídica tiene la adecuada consideración jurídica de la persona» (71). En razón de esta acentuación del valor persona propugna Castro el mantenimiento de la Parte General en la distribución de materias del Derecho civil. Ciertamente dicha Parte General ha sido criticada, en censura justificada contra el exceso de abstracción y el alejamiento de las realidades sociales que a ella había llevado la concepción individualista, pero estos malos resultados no se evitan disgregando el contenido de la Parte General —dirá Castro—, sino cambiando la orientación general del Derecho. En concreto, el mantenimiento de la Parte General permitirá mantener en su propia sede el tratamiento jurídico de la persona, sin disolverla ni en su condición de miembro de la familia, ni en su papel de sujeto del contrato y de la actividad económica (72). Lo que tampoco podrá traducirse en su aislamiento esterilizante: «El Derecho de la persona, de la

(71) *Derecho Civil de España*, II, Madrid, 1952, pág. 13.

(72) *Derecho Civil...*, I, cit., págs. 132-135.

familia y de los bienes y su tráfico deben estar íntimamente unidos..., no hay que aislar el Derecho de la persona y el Derecho de familia ante el temor de su contagio por el materialismo del Derecho patrimonial, al contrario, hay que hacer que las normas de éste se inspiren en los principios del predominio del valor personal» (73).

Igualmente el realismo iusnaturalista impedirá a Castro toda posibilidad de unificación formalista de un concepto de persona igualmente válido para la persona física (la única persona en sentido propio) y la persona jurídica. La persona y su mismo concepto —dice— no son creación del Derecho, existen fuera de él; no es una abstracción; no es lo «jurídico» a lo que se atribuye o se puede atribuir «algo» jurídico: es una realidad social que exige —conforme al Derecho natural— una regulación jurídica. La palabra persona alude especialmente, de entre las distintas cualidades del hombre, a su dignidad de ser racional y, por tanto, a la especial consideración y respeto que —como tal— impone el Derecho natural en su beneficio y a costa de su responsabilidad. En sentido propio, por tanto, sólo del hombre puede decirse que es persona, y sólo traslaticiamente, en su caso, podrá decirse que son personas ciertas organizaciones humanas, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica (74). Siendo ello así, parece claro que no puede haber una doctrina común a la persona física y a la persona jurídica; cada una tiene su propio significado y sus peculiares principios. Más exacto que hablar de dos clases de personas sería hablar de persona sólo para la persona física, y de realidades sociales personificadas para la persona jurídica (75). Con una inmediata consecuencia: mientras el valor persona, en su sentido propio, exige absoluto e incondicional respeto, la personificación artificial de entes ontológicamente no personales es relativa y funcional. Nada impedirá en buena metodología jurídica «descorrer el velo» de la personalidad de estos entes cuando se la emplea para fines distintos de los que en Derecho la justifican (76).

El reconocido primado de la persona ha de traducirse necesariamente en la que Castro llama «la cuestión central del Derecho privado», y que también lo ha sido de su propia obra científica: la del ámbito de independencia y libertad dejado a cada persona (77). En torno a ella se va a producir el enfrentamiento de corrientes de opinión, económicas, políticas y jurídicas, encontradas. Coinciden, de un lado, la ideología liberal que proclama el criterio del «laissez faire», el positivismo que predica la desconexión del Derecho respecto a la Ética, los mercantilistas que centran su atención en la empresa y repugnan cualquier intervención ju-

(73) *Ib.*, págs. 122-123.

(74) *Derecho Civil...*, II, cit., págs. 26-30.

(75) *Ib.*, pág. 34.

(76) *La persona jurídica*, cit., *passim*.

(77) *El Negocio Jurídico*, cit., pág. 12.

dicial sobre la validez de los contratos; el neoliberalismo insiste en reducir al mínimo la valoración jurídica de las relaciones contractuales, como extrañas al desarrollo y prosperidad económicas. En fin, la visión económica del mundo, propia de la «sociedad opulenta», vuelve a los dogmas del viejo liberalismo y se apela para ello a la ciencia económica, postulándose la total subordinación del orden jurídico al orden económico. En dirección radicalmente contraria se piensa y se sostiene que la autonomía de la voluntad tiene límites intrínsecos conforme a su misma naturaleza jurídica. Se piensa que el juez, los juristas, los poderes públicos en general, no pueden ser neutrales y prestar su colaboración al cumplimiento de un contrato, cualquiera que sea su contenido. El contrato no es sólo cosa de los contratantes, lo que ellos digan querer, o del más fácil funcionar del mercado. Se plantea entonces la cuestión: ¿pueden dichos poderes, en especial los jueces, imponer el cumplimiento de condiciones, cláusulas o pactos que resulten evidentemente injustos o leoninos? Si la pregunta se contestase afirmativamente —concluye Castro— no se podrá calificar la labor del juez de encarnación de la justicia, ni al Estado, de Estado de Derecho (78).

La actitud de Castro ante las expresadas corrientes de opinión descritas no puede ser dudosa. La valoración moral prima sobre las consideraciones económicas; los puntos de vista lógico-formales no podrán acallar el grito de la realidad. El carácter «sagrado» que se atribuye al contrato —dirá (79)— descansa en los presupuestos de una contratación libre y entre personas relativamente iguales; mientras sirva, como todavía hoy se puede afirmar, para el «libre desenvolvimiento de la personalidad». En cambio, pudiera calificarse como degradación o abuso pretender amparar bajo el nombre de libertad de contratación los pactos que se confeccionan e imponen al dictado. Se admitirá, en consecuencia, lo justificado del intervencionismo estatal, sin ceder a la cruzada que se predica para luchar por «un Derecho libre de la sociedad» en contra del pan-administrativismo. Exageraciones —dirá Castro— contra las que conviene estar prevenido, porque tal cruzada puede ser dirigida en beneficio de ciertos grupos de presión (80). Se rechazará toda manifestación del llamado mercantilismo —especialmente severa la pluma de Castro en este punto—, revestimiento jurídico del capitalismo con lo que de inmoral supone la primacía de lo económico sobre lo humano (81), y se destacará

(78) *Limitaciones intrínsecas...*, cit., págs. 988-989.

(79) *Las condiciones generales...*, cit., págs. 77-78.

(80) *El Negocio Jurídico*, cit., pág. 17.

(81) Cfr., e. c., *La persona jurídica*, cit., pág. 47, texto y nota 9: «La sociedad moderna ha sido influenciada profundamente por esa nueva concepción del vivir que se ha llamado capitalismo. Que impone como valor primario la mayor riqueza, y como aspiración el acrecentamiento ilimitado de ganancias. Su clase dirigente y modelo es la de los financieros; se clasifica a las personas por el dinero que tienen; estima a la economía como la fuente única o decisiva del acontecer social». También. *Limitaciones in-*

que las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad no significan devaluación de la misma: su valor sigue siendo indiscutible, como unido íntimamente al respeto debido a la libertad de la persona; ni siquiera puede decirse con exactitud que se trate de una nueva concepción de la autonomía de la voluntad. El cambio que se advierte en la doctrina no es más que el resultado del relativo abandono de ciertos modernos prejuicios, del propio individualismo exaltado que inspiró al liberalismo del siglo XIX y del más reciente del neoliberalismo que abandera la nueva *lex mercatoria*. El vacío producido ha permitido advertir que la autonomía de la voluntad tiene límites inmanentes, los que fueran considerados naturales e indiscutibles por el Derecho común (82).

A partir de aquí se entenderá lo justificado y coherente de una clara y constante postura de atención y defensa de los más débiles, porque «la experiencia de más de un siglo ha enseñado que la verdadera libertad no consiste en dejar hacer sin trabas ni responsabilidad a los más poderosos y más hábiles, y que la defensa de la verdadera libertad exige normas legales que defiendan a los económicamente más débiles y a los hombres confiados y sencillos (83); otra cosa sería recaer en la «superada concepción individualista, que convertiría al Derecho civil en el muro de acero defensivo del egoísmo y en el Derecho del hombre abstracto» (84). El verdadero progreso jurídico, por el contrario, consiste en que «las reglas de Derecho atiendan a la verdad, al significado social real de las conductas y no se paren frente a formalidades vanas, cerrando los ojos ante lo que de hecho haya sucedido. En el vivir social luchan encontrados intereses y el ingenio de los profesionales a sueldo que buscan y arbitran medios para escapar o vulnerar sin peligro los preceptos legales. Cautelas, reservas y artimañas excusables respecto de leyes odiosas o absurdas; no, en cambio, si se ponen al servicio de los más fuertes y astutos para esclavizar y engañar» (85).

La preocupación realista y ética destacada en los puntos anteriores, guiará en todas sus ramificaciones la obra jurídica de Castro. El tratamiento de la causa en el negocio jurídico, y el consiguiente repudio de toda forma de abstracción comercial, el de las distintas formas de negocios anómalos, el del fraude a la ley y el abuso del derecho, el del alcance y significado de las condiciones generales de los contratos, resultan siempre transidos de la indicada preocupación. A lo largo y a lo ancho de toda la obra de Castro, una preocupación siempre presente y recurrente: la aten-

trínsecas..., cit., pág. 989, nota 4: «... atender sólo a la mencionada dirección económica o mercantilista supone propugnar una sociedad amoral, en la que el débil es sacrificado en el altar de la eficiencia del mercado, en beneficio de los grandes de la economía».

(82) *Limitaciones intrínsecas...*, cit., pág. 1066.

(83) *La persona jurídica*, cit., pág. 53.

(84) *Derecho Civil...*, I, pág. 114.

(85) *El Negocio Jurídico*, cit., pág. 453.

ción a la realidad y la valoración ética de las conductas. No se trata de algo casual; es la consecuencia de su modo de entender el Derecho y la misión del jurista.

4. No quisiéramos terminar estas páginas de evocación del magisterio metodológico de Castro sin una reflexión sobre su oportunidad en la presente coyuntura de nuestra vida social. Y resistiéndonos a señalar como coyuntural el pluralismo que como legítima consecuencia del principio democrático preside hoy la organización de nuestra convivencia, pensamos que sí es coyuntural la sensación de estreno con que a veces se vive y se expresa esa libertad, hasta no hace mucho, desacostumbrada. ¿Qué sentido puede tener entonces (mejor, ahora) el recuerdo del iusnaturalismo de Castro, raíz inmediata y última de su posición metodológica? Y la pregunta cobraría mayor fuerza si se comprueba que en el mismo Castro, iusnaturalismo y expresa profesión de fe católica forman una clarísima unidad. ¿No vendríamos así a hacer buenas las palabras de Passerin d'Entreves?: «Plantear la noción del Derecho natural como estrechamente ligada a una creencia religiosa significa condenarla por anticipado a ser rechazada por todos aquellos que no aceptan esta creencia; significa imponer a los juristas y a los filósofos políticos una profesión de fe metafísica que pueden con razón encontrar difícil, sin merecer por ello la acusación de *Juristen böse Christen*; significa hacer del Derecho natural un signo de contradicción cuando se trata precisamente de llegar a un acuerdo fuera de todo compromiso religioso o metafísico» (86).

No pretendemos tal efecto para nuestra modesta evocación de la figura señera y unificadora de Federico de Castro; ni creemos que, al margen de nuestra intención, estaría justificado. Evidentemente es discutible si la convicción iusnaturalista necesita apoyarse en la fe personal en Dios, en la apertura a la trascendencia. Personalmente, entre la tan conocida posición de Grocio (*Et haec quidem quae iam diximus locum aliquem haberent etiamsi daremus, quod sine summo scaelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana* (87)], y la contraria de Kelsen, nos parece ésta mejor fundada: «Solamente si se piensa que la naturaleza es creada o gobernada por Dios —dice Kelsen— cabe admitir que las leyes de esta naturaleza son normas; solamente entonces cabe encontrar en esta naturaleza el Derecho justo; solamente entonces puede deducirse éste de aquélla. Todo ello aparece todavía mucho más claramente en una teoría teleológica del Derecho natural. Solamente cabe interpretar la naturaleza como un todo ordenado según fines cuando se supone que una voluntad

(86) PASSERIN D'ENTREVES, A.: *El Derecho natural*, en KELSEN, BOBBIO y otros: *Crítica al Derecho natural*, cit., pág. 198.

(87) *De iure belli ac pacis*, Prolegomena, II. En igual sentido, MONTESQUIEU: *L'esprit des Lois*, I, 1.

trascendente impone esos fines a los hechos naturales. Sólo una teoría teológica del Derecho natural podrá ser teleológica» (88).

Efectivamente, creemos, la admisión del significado normativo de la *natura rerum*, sin exigir una precisa orientación ideológica, necesita descansar, al menos, en una interpretación optimista y con sentido de la realidad, muy difícil, según estimamos, si no va presidida por la apertura a la trascendencia en la fe en un Dios presente en el origen y en el fin de cuanto existe. Pero, aun así, la convicción iusnaturalista no tiene por qué ser disgregadora. «*Ad legem naturae pertinet* —decía Santo Tomás (89)— *ea ad quae homo naturaliter inclinatur; inter quae homini proprium est ut inclinetur ad agendum secundum rationem*». Sea, entonces, que la *natura hominis* o, con mayor amplitud, la *natura rerum*, se reconozca en su dimensión de normatividad objetivada, sea que a ella se llegue, indirectamente, a través del interés por el hombre desde cualquier inspiración o perspectiva, sea que en absoluto se prescindiera de ella, centrada la atención en otros momentos de lo jurídico, lo cierto es que el dato objetivo del hombre parece hacer llegar a exigencias de justicia por todos reconocidas al menos en lo más sustancial. Es cierto en este sentido que lo natural (filosófico) deviene historia (90), y así se entiende que —como indica Wieacker (91)— en plena eclosión del positivismo, cuando la sociedad carecía de una imagen transjurídica del Derecho, esa misma sociedad fuera la expresión de la ética social del Derecho natural.

Es que, en la línea señalada por E. Wolf, podríamos decir que mientras el Derecho natural es multívoco en su concepto y fundamentación, es, en cambio, unívoco en sus contenidos esenciales (92); en ellos pueden coincidir iusnaturalistas y quienes no lo son, por no alcanzar a explicar y fundamentar reflejamente la dimensión normativa del ser. Traten entonces en buena hora los iusnaturalistas de extraer todo el jugo metodológico de su concepción del Derecho, que ya nos encontraremos todos —iusnaturalistas y no iusnaturalistas— cuantos intentamos hacer Derecho desde la preocupación por el hombre. Ojalá nunca perdamos ni la sensibilidad ante el reclamo de la realidad, ni la pasión instintiva por la justicia. Unos integrando ambas en una completa cosmovisión explicativa y fundamentadora, otros aun sin llegar a ella, coincidiremos en una tarea para todos noble y elevada, capaz de satis-

(88) KELSEN: *Justicia y Derecho natural*, en KELSEN, BOBBIO y otros: *Crítica al Derecho natural*, cit., pág. 105. También en *Teoría pura del Derecho*, ed. Buenos Aires, 1976, pág. 105.

(89) S. Th. I-2, 94, 4.

(90) FALZEA: op. cit., págs. 51-52: «Da un punto di vista realistico la cosiddetta *natura humana* del giusnaturalismo antico e, aggiungiamo, anche la detta *natura delle cose* di cui si parla molto ai nostri tempi, sono ben definite realtà storiche che il giurista deve prendere non di rado in considerazione».

(91) WIEACKER: op. cit., págs. 384-385.

(92) Cfr. *ad rem*, e. c., PÉREZ LUÑO: *El iusnaturalismo ante los años 70*. AFD 1970, pág. 320.

facer dedicaciones ilusionadas y de mantener ideales por los que merece la pena seguir en el empeño. Queden atrás esas visiones pesimistas y desmoralizadoras del Derecho (opresión institucionalizada, e. c.) que, aunque posible reflejo del Derecho que de hecho ha sido, no podrán impedir la lucha por lograr que el Derecho sea lo que debe ser.

Expresiva de esa posibilidad de encuentro de que venimos hablando, la actitud de Castro. Nadie como él, desde su incondicional fidelidad a la Justicia y al Derecho natural, podría ver con un cierto relativismo el culto que hoy tributamos a la norma constitucional. Aun cuando la primera en la jerarquía normativa, regla es, con todo, de Derecho positivo, necesitada de justificación en el Derecho natural. Sin embargo, ahí queda el último párrafo salido de su pluma: es una ilusionada llamada a proseguir —en cumplimiento de la Constitución— en la lucha por los más débiles: «Dicho esto, no cabe cerrar los ojos a los impedimentos que habría que salvar para que lleguen a ser realidad los medios antes indicados u otros semejantes. Cualquier sugestión *de lege ferenda*, en especial la dirigida a la mejora de la situación de los más débiles, como ha de ser siempre a costa de ciertos privilegiados, tiene mucho de aspiración utópica. Ello no obstante, no está permitido desesperar; todo intento es debido si se desea que la regulación de los contratos tenga el sentido ético propio de lo jurídico, y también si se quiere, en serio, que sea real y efectiva la defensa de los consumidores que predica la Constitución» (93). Atención a la realidad y disposición de lucha para acercar la realidad jurídica al ideal ético del Derecho. Si lo conseguimos, en torno todos al texto expresivo de nuestra concordia como pueblo, habremos dado cumplimiento al testamento de Castro.

(93) *Limitaciones intrínsecas...*, cit., pág. 1085.

El valor de la jurisprudencia en la obra de Federico de Castro

ANTONIO GULLON BALLESTEROS

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Alcalá de Henares

Creo que uno de los temas más importantes que deben plantearse hoy a un jurista que utilice como instrumental básico de su quehacer las normas jurídicas, es la extraordinaria relevancia que ha adquirido la jurisprudencia. Sin temor a error puede afirmarse que suplanta, con mucho, en su estimación a la ley, y no sólo por razones utilitarias derivadas de la persecución del éxito en un litigio. Desde el punto de vista doctrinal son numerosas las obras que se ocupan del análisis del razonamiento judicial, obedeciendo a aquel auge. Baste citar los nombres de Perelman, Recaséns Siches, Esser, English, Tarello y Larenz.

Desgraciadamente, también la jurisprudencia está en auge como consecuencia de los intentos de politización, más sutiles que en el pasado, que sufre. La llamada pomposamente «doctrina del uso alternativo del Derecho» pretende hacer del mismo un instrumento de la lucha de clases marxista, lo que se traduce en una interpretación en favor del económicamente débil a todo trance, forzando incluso los textos legales, es decir, el mandato del legislador, del poder legislativo, o fijando el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados (interés público, buena fe, moral, etc.) en aquella dirección. Nada digamos de los casos en que el supuesto de hecho de la norma es muy abierto... Es evidente que de prosperar el «uso alternativo», los litigios se convertirán en una confrontación entre declaraciones fiscales de renta y no de razonamientos, y es también claro que el dogma de la separación de poderes será una afirmación de teóricos que viven en su torre de marfil. Por otra parte, y como no hay nada nuevo bajo el sol, tenemos así una doctrina jurídica heredada de la nazi que formuló por los años treinta el jurista Frank, el después tristemente conocido como verdugo de Polonia: los jueces alemanes debían fallar con arreglo al espíritu de la comunidad popular, en favor de lo que favoreciese o protegiese sus intereses. Sustitúyanse esos términos por los de clase dominante y dominada y parecerá que entramos en el túnel del tiempo pasado.

Cualquier meditación sobre la jurisprudencia me lleva necesariamente

te a la obra de Federico de Castro, desde aquel volumen de su Derecho civil que comenzaba a estudiar en el lejano 1950 hasta el último de sus trabajos. Y ello porque se dan en esa obra tan dilatada dos circunstancias sumamente curiosas. Una, el exhaustivo y ejemplar manejo de cientos y cientos de sentencias, con alabanzas y críticas. Otra, la reflexión profunda sobre la jurisprudencia dentro de las fuentes del Derecho. Es verdaderamente significativo que el teórico que mejor conocía la jurisprudencia del Tribunal Supremo (para mí) y el que mejor la utilizaba (también desde mi punto de vista), sea el que desde siempre le negó su consideración de fuente del Derecho.

En las líneas sucesivas no voy a ocuparme de la tesis de De Castro sobre la significación del discutido término «doctrina legal», que ha sido seguida, se confiese o no, por los estudiosos del tema. Mi pretensión es mucho más modesta, diría que es una traslación de mis fichas en torno a lo que creo que es lo más sustancial de su pensamiento sobre la jurisprudencia, en el que siempre se puede hallar una luz orientadora.

¿Cuáles son las causas de la supervaloración de la jurisprudencia? Según Federico de Castro (1), son éstas las causas más destacadas:

- 1.^a Desengaño y reacción frente al positivismo legalista y dogmático: no todo el Derecho brota de la ley.
- 2.^a Desgana teórica y pérdida de autoridad de los autores. «Después —dice— de una época de gran producción científica, una nueva generación cansada y escéptica deja la crítica de las sentencias y se entrega a la tarea de recopilarlas y, en su caso, de compararlas y armonizarlas. Así, en Francia y Alemania (en líneas generales). En cambio, el actual momento de brillantez de la doctrina italiana coincide con el mantenimiento de la primacía jerárquica de la ley».
- 3.^a Descontento político respecto a la actuación del poder legislativo, no sólo por su contenido sino por ser imposición estatal y por su inestabilidad y arbitrariedad. «En verdad —anota— ello origina críticas contra el poder legislativo, buscándose el restablecimiento del prestigio de la ley. Mas han sido utilizadas después como razones coadyuvantes, por quienes definen la degradación jerárquica de la ley en favor de la jurisprudencia».
- 4.^a La admiración hacia el sistema de la «common law». En cuanto a esta admiración, apostilla el maestro seguidamente: «El interés creciente hacia dicho Derecho es natural dada su peculiaridad, en relación a los Derechos del continente europeo, lo admirable de su elaboración jurisprudencial y el mismo interés intrínseco de algunas de sus creaciones. La simpatía con que modernamente se le considera se debe a estimarse, según las ocasiones, símbolo de la libertad frente al absolutismo (Coke frente a Jacobo I), de la Sociedad respecto al Estado, de la independencia y soberanía de los juristas, de la libre elaboración jurídica en relación a lega-

(1) *Fuentes del Derecho e interpretación jurídica*, Anuario del Derecho Civil, 1958, pág. 247.

lismo y dogmática. Simplificaciones idealizadoras, facilitadas por unos conocimientos someros y sin crítica del sistema y de su funcionamiento real. Ultimamente también ha contribuido a ello la aureola que nimba a los países más poderosos políticamente, a sus instituciones y hasta a su producción intelectual».

En el campo de las fuentes del Derecho se hallan numerosas opiniones suyas, de las que hago la siguiente selección:

En 1948, Federico de Castro salía al paso de una concepción que empezaba a apuntarse en España, que afirmaba que la fuente decisiva de todo el Derecho era la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, «ya que nada valen todos los Códigos si aquel Tribunal no quiere observar sus preceptos. El valor de la ley no pasa, en este sentido, del de un solemne consejo que se da a los jueces, pero que la voluntad del Tribunal Supremo puede rectificar impunemente». De Castro señalaba en contra (2): 1.º Que los jueces forman parte de la organización estatal y que su mayor o menor subordinación al poder legislativo depende del tipo de constitución política; 2.º Que el juez que desobedece la ley incurre en sanciones penales, civiles y administrativas; 3.º Que una resistencia del poder judicial desobedeciendo al legislador, infringiendo el mandato del legislador sobre la división de poderes, serían un acto revolucionario que si tuviese éxito significaría un cambio constitucional; 4.º Que la aparente dependencia de la eficacia de la ley respecto a la conducta de los jueces es la misma que se podría ver en la sentencia respecto de los alguaciles, la policía y el verdugo. Terminaba De Castro afirmando que si «se lleva a su conclusión lógica esta teoría, la única fuente de Derecho sería la fuerza del que ejecuta, «*manu militari*», el poder material, y no el saber ni el deber».

Es una constante en la obra de Federico de Castro esa negación del carácter de fuente del Derecho a la jurisprudencia. En 1949 (3) sostenía que «no puede confundirse fuente jurídica con el influjo de hecho sobre la resolución de un pleito, ni siquiera con el que pueda ejercer el ejemplo del Tribunal superior sobre el inferior o con la función creadora del que aplica el Derecho al interpretar una norma o llenar una laguna, pues entonces desaparecería el sentido específico de jurisprudencia y de fuente jurídica. Fuente jurídica puede llamarse sólo al poder de dictar una reglamentación vinculante para todos... El Tribunal Supremo es un órgano de la Administración de Justicia y, por ello, el más vinculado y el que más respeto debe a la ley; no puede admitirse que haya tratado de imponer, contra ley, un carácter general a sus decisiones; además, pese a la inexactitud de expresión en los considerandos de algunas de sus sentencias, el Tribunal Supremo no se ha considerado nunca ligado por sus anteriores sentencias; los Tribunales inferiores fallan repetidas veces contra lo establecido por la jurisprudencia, y el Tribunal Supremo aplica, como doctrina

(2) *¿La ciencia libre del Derecho es fuente primaria del Derecho?*, Anuario de Derecho Civil, 1948, pág. 575.

(3) *Derecho civil de España*, tomo I, Madrid, 1949, págs. 508 y 5.

legal, principios que han nacido fuera de la jurisprudencia». Agregaba el maestro: «La jurisprudencia no tiene por misión dictar leyes pequeñas y secundarias; ello sería hacerle perder su mayor valor para el Derecho, el de ser instrumento de adaptación de las normas a la plural y cambiante realidad social; el cometido de la jurisprudencia tampoco es el de las formulaciones generales y teóricas, pues la ciencia jurídica no se puede aprisionar en el reducido marco de un considerando. El papel otorgado al Tribunal Supremo por el legislador es el de modelo en la función de aplicar las leyes, al servicio de la mejor interpretación de las leyes, costumbres y principios generales, no para que sirva de amparo a la obstinación o a la rutina, a pretexto de mantener la uniformidad en la jurisprudencia».

En 1958, al comentar ampliamente el libro de Esser, *Grundsatz und Norm* (4), construido básicamente sobre una hipervaloración de la jurisprudencia y un correlativo menosprecio de la ley, con la añoranza de las tradiciones y privilegios de la «common law», frente a la afirmación de Esser, influida por el positivismo americano, de que el juez puede tomar en consideración la ley o dejar de tomarla, se pregunta De Castro la razón por la que se afirme que, sin embargo, el precedente judicial obliga al juez, pues no parece lógico que eso mismo no suceda respecto de la ley. Además observa: «Otra grave dificultad ofrece el cambio de la jurisprudencia, concebido como establecimiento de una nueva norma. Una ley deroga a la anterior clara y públicamente y va acompañada de reglas que señalan, limitan o impiden su eficacia retroactiva... Con el sistema de la jurisprudencia —fuente de toda regla— queda bajo la amenaza de que sin anuncio ni promulgación resulte derogada en el momento mismo de dictarse la nueva sentencia. Se le da a la regla así hallada efecto retroactivo. Más todavía, como en la concepción jurídica absolutista, los jueces guardan «in scrinio pectoris» la disposición por la que habrán de decidir, cuando llegue el caso, sobre la vida, el honor y la fortuna de cada uno. Parece como si se hubiera vuelto a la época anterior de Cneo Flavio».

También reacciona Federico de Castro contra la visión de reducir a lo judicial toda la actividad creadora del ordenamiento, diciendo: «El mundo moderno ha experimentado sus más hondos cambios a «golpe de leyes» y no puede desconocerse la eficacia orientadora y educadora de la legislación. Pero, además de las verdaderas fuentes jurídicas..., existen al lado de la jurisprudencia otras fuerzas sociales que coadyuvan a la realización del Derecho (orden jurídico real): dictamen o consejo de asesores de grandes empresas industriales, comerciales y financieras; criterios de notarios, registradores y Dirección General de los Registros; actuación de la Administración en sus múltiples manifestaciones (abogados del Estado, inspectores, asesorías jurídicas de los Ministerios, usos de cada oficina o cuerpos de empleados y agentes, etc.), creando fórmulas, cláusulas, estilos y precedentes que interpretan, conforman (y a veces también deforman) el sentir y el modo de vivir de la

(4) *Fuentes del Derecho*, cit. en nota 1, págs. 245-252.

comunidad. Extensísima zona del cumplimiento espontáneo del Derecho, cuyo influjo habrán de sentir todos los jueces que tengan sentido social».

El maestro previene igualmente contra el culto a la jurisprudencia anglosajona, contra el «Derecho del caso»: «La práctica judicial en los Tribunales de «common law» puede elogiarse sin temor a faltar a la Justicia. Tienen defectos, como los tienen los Tribunales continentales. Su misma doctrina los ha destacado cuidadosamente. Se mencionan, por ejemplo: La inseguridad jurídica que origina. Reunir en triste maridaje los vicios de la abstracción y del casuismo. Dependen de la composición variable de los Tribunales. Que por difícil que sea para los legisladores comprobar los hechos sociales la tarea resulta mucho más difícil para los Tribunales. Lo que se ha traducido, reflejamente, en un movimiento creciente y acelerado de la producción legislativa de todos los países de «common law». En Estados Unidos, acompañado de un movimiento importantísimo favorable a la codificación y unificación jurídica».

Consecuente con la negación de la jurisprudencia como fuente del Derecho, en 1970 sale Federico de Castro al paso de determinadas doctrinas que, partiendo de la consideración contraria, sacan las consecuencias lógicas de sus premisas en orden a la responsabilidad de jueces y Tribunales que no apliquen la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (5). Digo lógicas, porque es inadmisibile que si la jurisprudencia es una fuente del Derecho, no se pasa de esa afirmación teórica, y se eluda o, lo que es peor, se conteste negativamente la cuestión referente a la sanción de la conducta de jueces y Tribunales que no la sigan.

De Castro niega que el juez o Tribunal incurre en las penas de los artículos 354 y 355 del Código penal. «El carácter estricto de la interpretación penal y la terminología empleada por la ley orgánica (del Poder Judicial) y por la de Enjuiciamiento Civil, concordantes, inclinan a pensar que se refieren siempre a la (injusticia) cometida mediante la directa y clara infracción de un precepto terminante; injusticia que no aparece se haya dado cuando una sentencia se desvía de una doctrina jurisprudencial, opinión autorizada, pero discutible y variable. Que el juez se aparte «a sabiendas» de la doctrina jurisprudencial no implica dolo penal; pues el «a sabiendas» se refiere a la conciencia de estar cometiendo una injusticia. Tampoco comete injusticia por «negligencia o ignorancia inexcusable» el juez que cuidadosamente y de modo razonado o razonable se aparta de la doctrina contenida en una o varias sentencias». Cuidadosamente y de modo razonable, subrayamos nosotros.

Coherentemente con esta postura, Federico de Castro examina la cuestión en relación con el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. «En el texto... no se menciona la doctrina legal o jurisdic-

(5) *El recurso en interés de la ley y el valor de la jurisprudencia*, Anuario de Derecho Civil, 1970, págs. 613-624.

cial. Tal silencio no cabe achacarlo a descuido del legislador ni a que éste pensase quedaba incluida la «doctrina legal» o jurisprudencial dentro del término «las leyes»; para convencerse de ello basta comparar la meticulosidad con la que la Ley de Enjuiciamiento Civil menciona al lado de la ley a la doctrina legal... Dado que además las disposiciones sancionadoras, conforme a la doctrina jurisprudencial, han de interpretarse de modo estricto, parece ineludible concluir que la responsabilidad civil de jueces y magistrados tiene como supuesto la infracción de disposiciones legales y no el mero dejar de seguir una doctrina jurisprudencial».

De Castro, sin embargo, percibe nítidamente las consecuencias de la exclusión de la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, y escribe: «Como siempre que se trata del valor de la Jurisprudencia de los Tribunales, queda flotando la pregunta: ¿dejando sin especial sanción la inaplicación de la doctrina jurisprudencial, se le niega todo valor jurídico? Esta cuestión ha podido contestarse, refiriéndose al valor jurídico de la «auctoritas». Las consideraciones de las sentencias del Tribunal Supremo están avaladas por la alta dignidad de sus componentes y por el hecho de su general acierto y prudencia; lo que en sí mismo les otorga fuerza inmanente de orientación y guía en la esfera toda de la aplicación e interpretación del Derecho; cuya autoridad está enérgicamente potenciada por el hecho de no darse recurso frente a sus decisiones y por el valor formal de que el recurso de casación puede fundarse en la infracción de doctrina legal».

Es lástima que después de 1970 carezcamos de escritos de Federico de Castro en los que pudiéramos aprender la significación que debería darse (ya sabemos la que se da) a la inclusión de la jurisprudencia como fuente complementaria del ordenamiento jurídico en el nuevo Título Preliminar del Código civil. Hay una frase suya que parece indicativa de su opinión. Al iniciar su estudio sobre el artículo 3.º, 1 del nuevo Título Preliminar en 1977 (6), declara: «La lectura de los primeros siete nuevos artículos del Código civil me hizo pensar ingenuamente que la actual redacción no suponía cambio alguno del carácter sustantivo respecto del antiguo texto. Todo lo más, vendría a reforzar la posición teórica de algún autor, pero, en ningún caso pude imaginarme que los artículos vigentes originarían problemas que trascendieran a su aplicación práctica por los Tribunales». La «ingenuidad» hay que interpretarla, en el contexto donde figura la palabra, como resultado de la sorpresa que produjo al maestro algunas opiniones doctrinales que daban un desmedido alcance a las reglas interpretativas, más bien criterios hermenéuticos, que el artículo 3.º, 1 recoge, no como indicio de que su pensamiento sobre los siete primeros artículos del nuevo Título Preliminar debía ser corregido.

También es de lamentar que no poseamos un análisis de Federico de Castro sobre el «uso alternativo del Derecho», sólo una nota en el

(6) *Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley*, Anuario de Derecho civil, 1977, pág. 810.

trabajo citado anteriormente (7) de la que deduzco que para él no era más que un ataque a la imparcialidad del juez que «han sido constantes y hasta se las ha tratado de justificar en la doctrina». Pero subraya que la «neutralidad del juez no significa indiferencia respecto a la justicia». Se ha de entender por ella que el que interprete la ley no se deje llevar al hacerlo por sus intereses y simpatías. Como el árbitro en un deporte, tendrá que aplicar la regla establecida sin doblarla en consideración de quienes juegan o de los deseos de los espectadores.

Por último, he de resaltar el constante elogio de la labor del Tribunal Supremo que Federico de Castro hacía continuamente. Frases como la de que su doctrina «tiene indiscutida y merecida importancia», «la obra realizada por el Tribunal Supremo, mirada en su conjunto, es digna de esta alta consideración por su criterio ponderado y su exquisito sentido de la Justicia» (8), son constantes en sus estudios con unas u otras palabras. Precisamente por esa admiración, por ese perseverante y profundo estudio de las sentencias que durante su vida realizó, estaba legitimado para pedir que «no sirva de amparo a la obstinación o a la rutina, a pretexto de mantener la uniformidad de la jurisprudencia», y a que «la unidad de la elaboración jurídica, hace preciso que la atención concedida a las sentencias del Tribunal Supremo por los juristas, se complete con la atención del Tribunal Supremo hacia la opinión de los autores y el modo de proceder de los Tribunales inferiores» (9).

(7) Pág. 816, nota 17.

(8) Ambas en *Derecho civil de España*, cit. en nota 3, pág. 500.

(9) *Derecho civil de España*, cit., pág. 510 y nota 2 de la misma página.

Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria

(Notas sobre la sentencia del T. S. de 16-V-1983 a la luz de la doctrina del Prof. Castro)

Por JUAN B. JORDANO BAREA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. Introducción: motivo y ocasión de estas notas.—2. La Sentencia del T. S. de 16 mayo 1983: supuesto de hecho y doctrina jurisprudencial.—3. Su precedente lejano en el tiempo: la sentencia del T. S. de 4 mayo 1950; matiz de negocio fiduciario dado por esta sentencia a un supuesto de mandato para comprar *proprio nomine*.—4. Transmisión *mandati vel fiduciae* causa del precio, subrogación real de la *res fiduciaria* por la actividad gestoria del mandatario y retransmisión de la cosa comprada *ex art. 1.720 C. c.*—5. La titularidad fiduciaria del mandatario *ad acquirendum* sin poder; sus características: a) titularidad sólo aparente, externa, relativa o formal, con eficacia legitimadora en el tráfico jurídico frente a terceros de buena fe, pero no esgrimible de cara al mandante; b) titularidad subordinada, provisional o transitoria.—6. Imposibilidad de usucación por parte del mandatario o fiduciario: a) falta de título “justo” y “verdadero”; b) ausencia de buena fe; c) inexistencia de posesión en concepto de dueño si no media interversión del concepto posesorio.—7. Otras consecuencias de la titularidad fiduciaria del mandatario: reivindicabilidad de la cosa confiada, tercería de dominio en caso de embargo de la misma, adopción de medidas cautelares y derecho de separación *ex iure domini* en caso de quiebra del mandatario.—8. Conclusión: abandono total de la teoría del doble efecto (real o traslativo pleno *erga omnes* y obligacional limitativo de aquél *inter partes*) del negocio fiduciario, como contraria a los fundamentos mismos del sistema jurídico español, y adopción de la teoría realista y más justa propugnada por el profesor Castro.

1. Una reciente e importante sentencia del Tribunal Supremo, la de 16 de mayo de 1983, recaída en un supuesto de mandato no representativo para adquirir, me brinda la ocasión de volver sobre un tema objeto de uno de mis estudios juveniles (1), con

(1) Vid. JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario*, Barcelona, 1959; también *Origen y vicisitud de la fiducia romana (Notas introductorias para la*

motivo de rendir homenaje póstumo al Prof. Castro y Bravo, recientemente fallecido. Su magisterio, en este tema también fecundo, nos puede, como siempre, iluminar y servir de enseñanza para evitar errores en los que muchos caímos —y casi todos caen— al pasar el casi inevitable «sarampión» del conceptualismo jurídico.

Yo —hoy lo confieso sin rubor— sufrí de esa tan común enfermedad contagiosa, por mimetismo con la doctrina extranjera, principalmente italiana, tan influyente en aquel tiempo, y, sin más miramientos, dejándome llevar de su aparente brillo, fui uno de los importadores en España de la doctrina del doble efecto (real o traslativo pleno *erga omnes* y obligacional limitativo de aquél *inter partes*) del negocio fiduciario, siguiendo de cerca en especial los pasos de Grasseti (2).

Al cabo de los años, y tras la irrefutable y contundente revisión crítica llevada a cabo por el Prof. Castro (3), me sonrió cuando veo que Lipari remite a mi estudio sobre el negocio fiduciario como prototipo de «*un singolare apriorismo concettualistico —cui non é certo estraneo l'influso della dottrina italiana— nell'impostazione dell'indagine*» (4); yo que en mis años mozos llegué a creer que la construcción unitaria del doble efecto, fundada en una atípica *causa fiduciae*, nacía perfecta y acabada en la cabeza del jurista que tanto me influyó, como Palas Atenea saliera de la cabeza del Dios Zeus, sin percatarme bien de los resultados últimos a que podía conducir la referida teoría, contrarios al buen sentido y al sentimiento instintivo de la justicia (5), si bien el llorado maestro recordara cariñosamente mi estudio como «el más ingenioso de los intentos realizados para armonizar la teoría con los preceptos legales», añadiendo que suponía «un paso deci-

problemática actual de la "causa fiduciae"), en "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra", vol. 24 (1948), pp. 322 y ss.; *Sobre el negocio fiduciario*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. III (1950), pp. 129 y ss.; *Propiedad fiduciaria y negocio fiduciario*, ibidem, pp. 1258 y ss.; *Mandato para enajenar*, ibidem, t. IV (1951), pp. 1458 y ss.; *El negocio fiduciario*, en "Revista de Derecho Privado", marzo 1958, pp. 212 y ss.; *Problemática del negocio fiduciario*, ibidem, junio 1958, pp. 515 y ss.; *Naturaleza, estructura y efectos del negocio fiduciario*, ibidem, octubre 1958, pp. 827 y ss.; *Negocio fiduciario, negocio simulado y negocio indirecto*, ibidem, diciembre 1958, pp. 1019 y ss.; *Recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente* (dictamen), en este ANUARIO, t. XIX (1966), pp. 619 y ss.

(2) GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, en "Rivista di Diritto commerciale", 1936, I, pp. 345 y ss.

(3) CASTRO Y BRAVO, *El negocio fiduciario (Estudio crítico de la teoría del doble efecto)*, texto de la conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 14 de noviembre de 1966, publicada en "Revista de Derecho Notarial", julio-diciembre 1966, pp. 7 y ss. y en ed. separada, Madrid, 1966; ID., *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pp. 379 y ss.

(4) LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milán, 1971, p. 33, nota 53, *in fine*.

(5) Comp. CASTRO, op. cit. en primer lugar, p. 4 de la *separata*.

sivo en favor de una teoría realista y justa del negocio fiduciario», aunque el conceder el derecho de separación al fiduciante en caso de quiebra del fiduciario «está en contradicción abierta con la teoría del doble efecto» y «rompe su cerrada lógica propia» (6).

Ahora, cuando ya friso los sesenta años de mi vida, reniego del estéril conceptualismo, por más elegante e ingenioso que sea, rechazo la teoría del doble efecto, importada con «ingenua xenofilia, como si se tratara de un tractor o de un frigorífico» (7), y reacciono frente a la infiltración que la misma conlleva de las concepciones formalistas y abstractas del negocio jurídico, desnaturalizadoras del sistema realista y causalista de nuestro Derecho, en el que prevalece siempre la verdad de lo querido y tiene primacía absoluta la relación causal básica («causa concreta»).

En esa línea de pensamiento, que es la del Prof. Castro, hay que admitir el efecto condicionante o modalizante del *patum fiduciae*: el fiduciario adquiere sólo en función —y en la estricta medida— del destino o fin último tenido en vista por las partes.

El caso resuelto por la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1983, ocasión de estas notas, es un magnífico banco de pruebas de la teoría del doble efecto del negocio *fiduciae causa*, con resultado claramente negativo, cual vamos a verificar enseguida.

Por mi parte, creo que no podía ofrecer nada mejor a la memoria del egregio maestro que esta confirmación *post mortem* de la bondad científica de su doctrina.

2. El supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1983, muy esquemáticamente, es el que sigue:

Un mandatario recibió de sus mandantes (madre y dos hermanos) el encargo de comprar a nombre propio, sin poderes representativos, una finca en interés y por cuenta de los mandantes y parcialmente de sí mismo, por cuartas e iguales partes.

Adquirida la finca *proprio nomine* de su legítimo dueño, ante la reivindicación de los mandantes, pasados más de diez años, opone el mandatario-comprador la prescripción adquisitiva o usucapión ordinaria de aquélla con base en haberla poseído en concepto de dueño durante el plazo requerido por la ley, de buena fe y con justo título, verdadero y válido.

La sentencia en examen sienta esta doctrina:

«La compra de la finca efectuada a nombre propio pero también en interés y por cuenta de los mandantes por cuartas e iguales partes, obedece a un mandato para adquirir al que subyace una *contemplatio domini* basada no en el *agere nomine alieno*, sino en el actuar parcialmente por cuenta de otros, con la consecuencia obligacional de un *facere*, como responsabilidad personal del mandatario, consistente en el otorgamiento de un nuevo ne-

(6) CASTRO, *ibidem*, pp. 29-30.

(7) GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Madrid, 1955, p. 79.

gocio jurídico de transmisión en favor de aquéllos, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.720 del Código civil, porque como declaró esta Sala para las actuaciones del mandatario *proprio nomine*, si bien los derechos adquiridos por éste en el mandato no representativo entran a formar parte de su patrimonio, esa titularidad es necesariamente provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante (sentencias de 22 de mayo de 1964 y 22 de noviembre de 1965)».

Respecto a la usucapión, alegada por el demandado y recurrente, «ni puede calificarse de justo y verdadero título el negocio en que actúa por cuenta de su padre y hermanos (mandantes) en la mayor proporción y para ellos adquiere la finca en sus tres cuartas partes (art. 1.953 del Código civil), ni es poseedor de buena fe, como estado de conocimiento de la propia situación (art. 433 y sentencia de 26 de noviembre de 1970), el mandatario del que se dice haber procedido en perjuicio de sus mandantes, ni, en fin, puede arrogarse la indispensable posesión en concepto de dueño (arts. 447 y 1.941) quien tiene su título legitimador en el mandato (sentencias de 7 de febrero de 1959 y 31 de mayo de 1974), y por otra parte la inversión o interversión del concepto posesorio ha de basarse en actos inequívocos con clara manifestación externa en el tráfico, por lo mismo que según la máxima clásica, recordada por la sentencia de 6 de octubre de 1975, *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*».

3. Como precedente ya lejano en el tiempo cabe traer a colación aquí la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1950, que dio muy juiciosamente el matiz de negocio fiduciario a un supuesto de mandato para comprar en nombre propio del mandatario y por cuenta o interés del mandante.

He aquí los hechos básicos de esta interesante sentencia:

Uno de los demandados había recibido dinero del demandante para que le comprara una finca, autorizándole para que de momento la adquiriese a su propio nombre por dificultades que existían para la adquisición en nombre del actor, al cual había de ser transmitida más tarde. El mandatario, incumpliendo el encargo, compró la finca para él y después la vendió como propia al otro demandado, respecto del cual no había en autor prueba alguna de que fuese cómplice en el fraude.

El Tribunal Supremo, en el primer considerando de esta sentencia, parte del hecho de que entre el actor y el primero de los demandados había existido el vínculo jurídico dimanante del contrato de mandato, «en el que *la nota de confianza que lo inspira fue elevada en grado superlativo, dando matiz de negocio fiduciario al mandato*».

Y, en su segundo considerando, añade que «*de acuerdo con las normas que gobiernan el negocio fiduciario y también por aplicación del artículo 1.717 del Código civil, el actor como mandante o como fiduciante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario o fiduciario, en nombre propio, ha contratado. sin*

perjuicio de la acción de resarcimiento que contra éste le asista por la alegada *infidelidad* en el cumplimiento de lo convenido».

Por último, en el considerando final, termina diciendo que «a mayor abundamiento, el comprador demandado, adquirente de la finca por transmisión que de ella hizo a título oneroso quien la tenía inscrita en el Registro, sin constancia en él de causa alguna determinante del ejercicio de acciones rescisorias, *con la buena fe que es presumible en quien compra sin la denunciada confabulación con el vendedor*, e inscribe su derecho, *está amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria*, que torna invulnerable en principio la adquisición del derecho inscrito, frente a posible anulación o resolución del derecho con que haya actuado el transmitente; por lo que en definitiva resulta indudable que si el actor fue víctima del proceder torticero del demandado-vendedor, *podrá ejercitar contra él las acciones personales que deriven de la fiducia o del mandato que entre ellos haya mediado*, pero no tiene acción frente a tercero para obtener la declaración de nulidad por simulación ni la rescisión por fraude de una venta realmente efectuada y *sin complicidad del comprador en el hipotético fraude*».

La *ratio decidendi* de esta sentencia del Tribunal Supremo fue, pues, que el tercer adquirente de la cosa confiada estaba de buena fe por ignorar el pacto fiduciario; no que adquiriese *a vero domino*: era simplemente un protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

4. Sin embargo, un sector de la doctrina distingue fiducia y representación indirecta *ad adquirendum*, aun reconociendo la analogía de ambos supuestos de hecho.

En efecto, se ha dicho que en la hipótesis de mandato para adquirir sin poder, cuando el mandatario no debe transmitir inmediatamente el derecho adquirido *proprio nomine* a quien le ha dado el encargo, sino que lo tiene por cuenta de éste durante un período de tiempo más o menos largo, se está frente a un supuesto semejante al del negocio fiduciario en cuanto a la posibilidad de abuso, del que, no obstante, se distinguiría, de un lado, porque falta la transmisión *directa* del que da al que recibe el encargo, y de otro, porque si bien hay transmisión del tercero al mandatario, entre ellos falta todo convenio fiduciario (8).

A mi modo de ver, normalmente, el mandante, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.728 C. c., entrega al mandatario el precio de la cosa a comprar por el segundo en el interés del primero, así que por lo menos *indirectamente* hace posible su entrada en el patrimonio del mandatario. Ciertamente que la aludida entrada se realiza *venditionis causa*, mas la adquisición en sí misma se reviste de carácter fiduciario, pues se sustituyó cosa por precio, y éste se entregó confiando en la lealtad del mandatario, obligado

(8) Vid. FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. española, Madrid, 1926, p. 291; CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padua, 1933, p. 77, nota.

personalmente a retransmitir ulteriormente a su mandante. A la transmisión *mandati vel fiduciae causa* del precio corresponde, por tanto, la restitución de su equivalente o subrogado con el mismo carácter, es decir la retransmisión también *mandati vel fiduciae causa* de la cosa comprada, y ello por imponerlo así el artículo 1.720 C. c. La actividad gestoria del mandatario consiste precisamente en procurar esa mudanza o subrogación de la *res fiduciaria* en interés del mandante. El hecho de que la previa transmisión del precio no requiera necesariamente la manifestación de una causa traslativa, no quiere decir que no la tenga (pues se presume *ex art. 1.277 C. c.*), sino que sólo aflora a la superficie cuando se torna preciso decir por qué se devuelve o retransmite al mandante, naturalmente *causa mandati* (*ex art. 1.720 C. c.*), siendo en consecuencia el mandato uno de los «ciertos contratos» que pueden transmitir la propiedad mediante la tradición (art. 609 C. c.) (9).

De suerte que en el mandato para comprar en nombre propio del mandatario hay de ordinario una previa transmisión *mandati vel fiduciae causa* del precio, desde el mandante al mandatario, en cumplimiento de la obligación de provisión de los fondos necesarios para la ejecución del mandato. En su defecto, al menos habrá anticipo de los mismos por parte del mandatario, con la consiguiente obligación de reembolso, de la cantidad principal más los intereses correspondientes, a cargo del mandante (art. 1.728 C. c.). El precio entregado al hacer el encargo o, en su caso, anticipado por quien recibe y acepta el encargo es una «cosa confiada», *sub fiducia*, que tiene un especial fin, estando ya marcada o sellada en virtud del pacto fiduciario como «cosa destinada», lo que supone tanto como mantenerla *materialmente* separada del patrimonio personal del mandatario.

Utilizando el criterio de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de junio de 1922, recogido fielmente por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo

(9) Un avance de lo expuesto en el texto puede verse en la nota 86 de mi estudio *Mandato para enajenar*, cit., pp. 1494-1495 y 41-42 de la ed. separada, si bien bajo la errónea perspectiva de la teoría del doble efecto entonces seguida por mí y con el preconcepto de la atipicidad de la *causa fiduciae*, distinta de la *causa mandati* y considerando a esta última como no apta para transmitir, por lo que a la sazón yo insinuaba la configuración del supuesto del mandato *ad acquirendum proprio nomine* como una hipótesis de hecho compleja, integrada por el mandato y por otro negocio traslativo atípico basado en la *causa fiduciae*. Construcción demasiado complicada e innecesaria si se sigue la línea mucho más simple y adecuada, sugerida por las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1950 y 16 de mayo de 1983, a la luz de la clara doctrina del profesor CASTRO.

Configuran también el supuesto de mandato para adquirir *proprio nomine* como negocio fiduciario, LIPARI, op. cit., pp. 152 y ss.; y LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel M., *Retención y mandato*, Bolonia, 1976, pp. 105 y ss. Por el contrario, PUGLIATTI (*Fiducia e rappresentanza indiretta*, en *Diritto civile Saggi*, Milán, 1951, pp. 282-283), expresamente excluye el negocio fiduciario (*stricto sensu*) y habla de relación fiduciaria (*lato sensu*) o negocio de confianza.

de 1935, se puede entender que con el dinero confiado al mandatario u objeto del encargo recibido por éste para adquirir una cosa se constituye como «un patrimonio especial, caracterizado por su finalidad fiduciaria, en interés ajeno y por motivos de confianza», donde juega la subrogación real de la cosa fiduciada (*res succedit locum pretii, subrogatum sapit naturam subrogati*) a consecuencia de la específica actividad gestoria del mandatario.

Por último, en el tráfico de inmuebles y de muebles inscritos en Registros públicos, la retransmisión de la cosa comprada e inscrita a nombre del mandatario se realizará mediante el otorgamiento por éste de un nuevo negocio jurídico de transmisión en favor del demandante, negocio que ordinariamente consistirá en disimular, bajo la apariencia de una escritura de compraventa (causa falsa expresada al exterior), la real devolución *mandati vel fiduciae causa* del bien adquirido, y esto con fundamento en lo dispuesto por el artículo 1.720 C. c., que constituirá así la causa verdadera y lícita de que habla el artículo 1.276 C. c. El nuevo negocio jurídico de retransmisión será en realidad el mismo contrato de mandato, autosuficiente para tal finalidad devolutiva y reconocitiva del derecho del mandante (10).

Así, pues, confirmamos la certera calificación de negocio fiduciario dada por la sentencia de Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1950 al supuesto fáctico objeto de nuestras reflexiones. Calificación que por cierto está también implícita en la sentencia del mismo Tribunal de 16 de mayo de 1983 y que subyace en otras decisiones jurisprudenciales, a las que ésta se remite, como tendremos oportunidad de comprobar seguidamente.

5. Un sector importante de la doctrina científica entiende que el mandatario que actúa *proprio nomine* adquiere de manos del tercero la propiedad plena, si bien por cuenta o en interés de su mandante, con relación al cual, según el clásico mecanismo de la representación indirecta, no se verificarían inmediatamente los efectos del contrato celebrado, sino que para ello sería necesario

(10) Según Díez PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, vol. II, 3.ª ed., Madrid, 1982, p. 474), lo adquirido por el mandatario que actúa por cuenta ajena pero en nombre propio “es del mandante *ab initio* (*materialmente*, observamos nosotros) sin necesidad de ningún negocio transmissivo para que pase a su patrimonio. La obligación del mandatario, con fundamento en el art. 1.720, es no sólo transmitir la posesión de la cosa adquirida, sino otorgar la escritura pública de reconocimiento de la propiedad del mandante, si el bien es inmueble. Este reconocimiento —añaden— debe apoyarse, haciéndolo constar así, en el mandato (Ss. de 22 mayo 1964, 22 noviembre 1965 y también las de 26 mayo 1950, 3 junio 1952 y 19 diciembre 1963)”.

De acuerdo en lo sustancial. Pero debe tenerse en cuenta que la transmisión o cesión de la posesión no es abstracta, sino hecha por título oneroso o gratuito (arg. arts. 460-2.º, 609 párrafo 2 y 438 *in fine* C. c.), título que en nuestro caso es asimismo el contrato de mandato. Este, pues, sirve de fundamento causal tanto al reconocimiento del derecho del mandante como a la transmisión de la posesión del bien adquirido para el mismo.

un nuevo acto traslativo, posterior y autónomo respecto de la compra. Entretanto, el mandante no adquiriría la propiedad (11).

Pero ello no es así en una consideración profunda del problema.

La «autorización», entendida como permiso —explícito o implícito— para actuar en nombre propio el autorizado (mandatario) incidiendo *recta via* sobre la esfera jurídica del autorizante (mandante) con eficacia real inmediata, es el pivote sobre el que gira la actuación del mandatario sin poder, tanto en el mandato para adquirir como en el mandato para enajenar, sin necesidad de recurrir a la vía oblicua de una doble enajenación: del tercero al mandatario y de éste al mandante, en el mandato *ad acquirendum*; o del mandante al mandatario y de éste al tercero, en el mandato *ad alienandum* (12).

La titularidad del mandatario *ad acquirendum* sin poder tiene, pues, características especiales: a) es una titularidad sólo aparente, externa, relativa o formal, que legitima para el tráfico jurídico frente a terceros de buena fe, pero que no es esgrimible de cara al mandante; b) se trata de una titularidad subordinada a la relación jurídica básica constituida por el mandato y, por tanto, provisional y transitoria.

Ante todo conviene dejar sentado que el resultado final del negocio gestorio —gracias a la «autorización»— es siempre del mandante, en las relaciones internas entre éste y el mandatario (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre y 26 de noviembre de 1970). Incluso cabe afirmar, con una interpretación amplia del artículo 1.717 C. c., que lo es también en las relaciones externas o de cara a los terceros, en todos aquellos casos en que es *notorio* que la titularidad de los derechos, asuntos o intereses gestionados pertenecen al mandante (13).

La sentencia que glosamos recuerda que, según «declaró la jurisprudencia del Tribunal Supremo para las actuaciones del mandatario *proprio nomine*, si bien los derechos adquiridos por éste

(11) Vid., entre otros, FERRARA, *op. cit.*, pp. 290-291; SCADUTO, *La rappresentanza mediata nell'acquisto dei diritti*, en "Rivista del Diritto commerciale", 1925, I, pp. 525 y ss.; CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, pp. 66 y ss.; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, vol. II, 4.^a ed., Madrid, 1962, pp. 31 y 95; NÚÑEZ LAGOS, *Mandatario sin poder*, en "Revista de Derecho Privado", 1946, pp. 615 y ss.; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, Barcelona, 1950, p. 160.

(12) Cfr. PESSOA JORGE, *O mandato sem representação*, Lisboa, 1961, pp. 334 y ss., especialmente pp. 387 y ss.

(13) A juicio de Díez PICAZO (*La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, p. 48), la expresión "cosas propias del mandante" del art. 1.717 C. c. permite una interpretación amplia que lo refiera no sólo al mandato *ad alienandum* y a las cosas de propiedad del mandante, sino a todos aquellos casos en que es notorio que la titularidad de los derechos, asuntos e intereses es del mandante. "Si la excepción tiene esa amplitud —añade— es grande el campo de casos en que hay efectos directos a pesar de no haber *alieno nomine agere*, aunque es cierto también que en función de la notoriedad de la situación se puede hablar de una *contemplatio domini* tácita *ex rebus vel factis*".

en el mandato no representativo entran a formar parte de su patrimonio (*formalmente, apostillamos nosotros*), *esa titularidad es necesariamente provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante* (sentencias de 22 de mayo de 1964 y 22 de noviembre de 1965)».

a) Las dos sentencias invocadas en la de 16 de mayo de 1983 presentan indudable interés para perfilar adecuadamente la titularidad del mandatario sin poder encargado de adquirir.

La primera de ellas, la de 22 de mayo de 1964, tiene como base los siguientes hechos:

El demandado obtuvo dos permisos de investigación de mineral de hierro por cuenta y orden de la sociedad actora, de que era empleado. Por la parte actora se ejercitó, en realidad, la acción meramente declarativa de la propiedad, pese a denominarla «acción reivindicatoria», y se invocaron los artículos 1.709 y siguientes del C. c., suplicando que el mandatario demandado, y en caso de negativa de éste el Juzgado, otorgue los documentos precisos para que pasen a figurar a nombre de la demandante los aludidos permisos y, en su día, las correspondientes concesiones mineras, pertenecientes a la sociedad actora.

Con sentencias desestimatorias de la demanda en ambas instancias, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. En el considerando penúltimo, que es el que interesa a nuestro objetivo, sienta la siguiente doctrina:

«Como el mandato obliga a cumplir el encargo recibido, que en el caso de autos se traduce en adquisiciones para el mandante, según ya declaró la sentencia de 3 de junio de 1952, no puede ofrecer duda que, en principio y salvo modificación posterior de lo convenido, el mandatario asumió la obligación de contratar en nombre propio... y la de completar el encargo recibido *otorgando el correspondiente documento en que se reconozca que lo adquirido pertenece al demandante (mandante)*».

La segunda de las sentencias invocadas en la de 16 de mayo de 1983, la de 22 de noviembre de 1965, se fundamenta en los hechos que siguen:

Habiendo comprado el demandado diversos bienes, se plantea el problema de si las adquisiciones las realizó para la comunidad integrada por su madre y sus dos hermanos, por haberlo realizado con dinero de la comunidad (tesis de la parte actora), o si las adquisiciones fueron en provecho exclusivo del demandado por haber comprado los bienes básicamente mediante un crédito bancario concedido al mismo con aval de su madre (tesis de la parte demandada).

El Juez de 1.^a Instancia dictó sentencia estimando en lo sustancial la demanda. La Audiencia Territorial la revocó absolviendo al demandado. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación.

Nos interesan especialmente un par de considerandos de esta curiosísima sentencia:

En el noveno se dice que «la sentencia impugnada no tiene en cuenta que durante veinticinco años unos familiares que vivían juntos aplicaron sus ingresos (haciéndose un fondo común con todos ellos) y consagraron sus actividades a una acción comunitaria (compra de fincas rústicas, mejora y cultivo de las mismas), si bien, *por razones y conveniencias de tipo interno, y por exceso de confianza en uno de ellos (el demandado), se titularon a su nombre las adquisiciones que se hacían para todos*».

La «intestación» (puesta a nombre) o interposición de persona con carácter fiduciario salta a la vista (14).

Y, en el décimo considerando, el Tribunal Supremo entra ya en materia al afirmar que «en el motivo sexto del recurso se denuncia la violación de los artículos 1.709, 1.710, 1.713 y 1.717 del Código civil porque, en opinión de los recurrentes, los hechos que la sentencia estima probados ponen de manifiesto que el demandado, al intervenir como comprador, en nombre propio, de las fincas y bienes adquiridos, si bien lo hizo en nombre propio, lo realizó, sin embargo, en interés y por cuenta y encargo de su madre y de sus hermanos como mandatario de ellos, con cuya cualidad de mandatario adquirió su posesión, la cual adquirieron también sus mandantes al tiempo de ser comprados los bienes, posesión en que han estado ininterrumpidamente, ejercitando también, respecto a esas fincas y bienes, conjuntamente con el demandado y sin interrupción, todas las facultades y cumpliendo todas las obligaciones inherentes a su condición de propietarios, compartiéndolas con dicho demandado, según éste tiene expresamente reconocido y declarado, *siendo, por tanto, su titularidad sólo aparente, esgrimible frente a terceros, pero sin valor frente a los actores, que son efectivamente tan dueños de las fincas y bienes como el demandado, el cual no fue nunca más que un condómino con los actores*, sin que a ello obste la existencia de la escritura de 13 de julio de 1935, que le otorgaba un mandato representativo, ya que, en esas adquisiciones que hacía por y para la comunidad

(14) La «intestación» de bienes o puesta de los mismos a nombre de otro con carácter fiduciario no es —como por el contrario entiende la *communis opinio*— una interposición *real* de persona, sino una interposición personal *aparente*, bastante próxima a la interposición *fic-ticia* o simulada de persona, de la que únicamente le separan las concretas y limitadas facultades permitidas por el pacto fiduciario, que no existen evidentemente en la simulación absoluta de persona, pero sí en la simulación relativa de persona que oculta o disimula un encargo fiduciario. De suerte que, en puridad, no existe la llamada interposición *real* de persona, que siempre es fiduciaria y, como tal, sólo *aparente*.

Es este un resultado, teórico y práctico, que puede desprenderse de nuestro estudio, digno de ser aquí anotado (vid. otras consecuencias *infra* núms. 6 y 7).

Para un intento crítico de superación de algunos planteamientos tradicionales en el tema, cf. CAMPAGNA, *Il problema dell'interposizione di persona*, Milán, 1962, especialmente pp. 56 nota 95, 119 y ss. y 191. Sobre la puesta a nombre ajeno vid. VALIENTE, *L'intestazione di beni sotto nome altrui (Concetto. Natura. Estensione ed effetti)*, Milán, 1958.

familiar, no actuaba como apoderado —o sea con representación—, sino como (puro) mandatario de sus referidos mandantes, como se previene en el artículo 1.717 aludido».

Según la doctrina jurisprudencial, está por tanto claro que *inter partes* el resultado final del negocio gestorio es, *materialmente*, siempre del mandante. Y que la titularidad del mandatario es sólo aparente, externa, relativa o formal, eficaz en el tráfico jurídico frente a terceros de buena fe, pero no esgrimible de cara al mandante. Así resulta de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1950 (vid. *supra* párrafo 3) y de 22 de mayo de 1964 y 22 de noviembre de 1965, estudiadas en este párrafo, así como también de las sentencias de 26 de mayo de 1950, 3 de junio de 1952 y 19 de diciembre de 1963, entre otras.

Se perfila así la titularidad del mandatario para adquirir que actúa en su propio nombre como una *titularidad fiduciaria*, según la teoría de la llamada «propiedad relativa o formal», rechazándose la teoría de que dicho mandatario se convierta en dueño de la cosa material y plenamente, *erga omnes*, incluido el mandante.

Esa titularidad fiduciaria es bifronte, tiene —como la Diosa Jano— doble faz: en la relación externa (fiduciario-terceros) el fiduciario aparece como titular; en la relación interna (fiduciante-fiduciario) el fiduciario no pasa de ser un mandatario o un depositario en la *fiducia cum amico contracta*. El fiduciario sólo tiene la «propiedad formal», una posición exterior de titular frente a terceros de buena fe; el fiduciante es «dueño o propietario material» (15).

(15) La teoría de la propiedad relativa o formal es seguida expresamente por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de junio de 1922 y 26 de diciembre de 1946 y por las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1935 y 8 de marzo de 1963, siendo acogida en realidad, si tenemos en cuenta los resultados a que llegan las sentencias, por toda la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el negocio fiduciario, tal vez con la única excepción de la sentencia de 18 de febrero de 1965, que adopta hasta sus últimas consecuencias, con implacable y peligrosa lógica, la teoría del doble efecto, llegando a admitir la validez de la adquisición de un tercero de mala fe, conocedor del pacto fiduciario y por añadidura cómplice de quien despoja al legítimo dueño de la cosa confiada, por entender erróneamente que dicho tercero adquirió *a vero domino*. Pero a pesar de esta aislada resolución, el Tribunal Supremo no ha abandonado su ya casi centenaria doctrina de la propiedad meramente externa o formal del fiduciario, en dependencia estricta de los pactos que la originan, por más que en ocasiones —como ocurre, por ejemplo, en la sentencia de 4 de diciembre de 1976— se adhiera por vía de *obiter dictum* a la teoría del doble efecto, en su versión primitiva y radical —ya superada en la más moderna doctrina a partir del fundamental estudio de GRASSETTI (op. et loc. cit.)—, de confluir en el negocio fiduciario dos contratos independientes, uno real positivo y otro obligacional negativo o limitativo; pero ello no es la verdadera *ratio decidendi* del fallo, al no estimarse probado en el caso pacto fiduciario alguno. Sobre la doctrina del Tribunal Supremo en este tema, vid., críticamente, el análisis minucioso e insuperable del profesor CASTRO, *El negocio fiduciario*, cit., pp. 425 y ss. y 435 y ss. En la doctrina científica española siguen la teoría de la titularidad

b) La titularidad fiduciaria del mandatario *ad acquirendum proprio nomine* es, además, «necesariamente provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante», como dice acertadamente la sentencia ocasión de estas notas y ya antes había expresado la sentencia de 17 de diciembre de 1959, si bien en esta última se trate de un *obiter dictum*.

Tales caracteres de provisionalidad y transitoriedad vienen impuestos por la subordinación de la titularidad adquirida al pacto fiduciario principal, ínsito en el mandato para adquirir sin representación directa.

Se puede decir que el mandatario adquiere «la titularidad externa (aparente), la que por su carácter subordinado no arrastra destruyéndolo el contrato principal (el interno o de confianza, esto es el mandato, en nuestro caso), sino que, por el contrario, lo accesorio ha de estarle supeditado y ceder ante él», por utilizarse como «simple medio vehicular» (para emplear expresiones de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1955 y 10 de noviembre de 1958).

De ahí que el mandante pueda reivindicar como suyo lo confiado (el bien adquirido a consecuencia del encargo) y únicamente no puede hacerlo frente al tercero que le oponga un título que le proteja ante la reivindicación (tercero de buena fe y a título oneroso conforme a lo dispuesto en los arts. 34 L. H. y 464 C. c., en la interpretación «germanista» o «progresista» del último) (16).

relativa o formal del fiduciario, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo, *El titular* (cap. IV, *El fiduciario*), en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1928, pp. 272 y ss., y en *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1948, pp. 468 y ss.; HERNÁNDEZ-GIL, en comentarios a las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo y 25 de mayo de 1944, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1945, páginas 690 y ss., esp. pp. 695-696; PUIG PEÑA, voz *Negocio fiduciario*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix", t. XVII, Barcelona, 1982, pp. 204 y ss., esp. p. 207; y, matizadamente, SAPENA, *Actualidad de la "fiducia cum creditore"*, en "Revista de Derecho Notarial", 1957, pp. 125 y ss., esp. pp. 168 y 187.

En Alemania está muy difundida esta teoría. Vid., por todos, DERNBURG, *Pandekten* vol. I, parte 1.^a, 6.^a ed., Berlín, 1900, parágrafo 180, 3, pp. 231-233; JAEGER, *Kommentar zur Konkursordnung*, Berlín-Leipzig, 1931, parágrafo 43, núms. 17 y 38; ENDEMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Berlín, 1903, parágrafo 62, esp. pp. 285 y ss.

(16) Interpretación ampliamente mayoritaria en la doctrina jurídica. Por todos, vid. HERNÁNDEZ-GIL, *El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código civil y una posible interpretación de privación ilegal*, en "Revista de Derecho Privado", 1944, pp. 419 y ss.; ID., *De nuevo sobre el artículo 464 del Código civil*, ibidem, 1945, pp. 413 y ss.; ID., *La posesión*, Madrid, 1980 pp. 571 y ss.; MELÓN INFANTE, Carlos, *La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título*, Barcelona, 1957; CÁMARA ALVAREZ, *La adquisición "a non domino" de bienes muebles (Nuevo estudio sobre el art. 464, 1 del C. c.)*, Madrid, 1982. Contra, VALLET DE GOYTISOLO, *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código civil*, en "Estudios sobre Derecho de cosas", Madrid, 1973, pp. 409 y ss.; MIQUEL GONZÁLEZ, José M.^a, *La posesión de bienes muebles (Estudio del art. 464, 1, del Código civil)*, Madrid, 1979.

Pero ya tendremos ocasión de tratar con más espacio de esta y otras consecuencias de la titularidad fiduciaria del mandatario puro para adquirir en los párrafos que siguen.

6. Acabamos de ver que, según la doctrina del Tribunal Supremo, la titularidad del mandatario *ad adquirendum* sin poder es una «titularidad fiduciaria», sustancialmente tal como la construyera el Prof. Castro, es decir, recordando lo ya escrito, se trata de una titularidad sólo aparente, externa, relativa o formal, eficaz en el tráfico jurídico frente a terceros de buena fe, pero no esgrimible de cara al mandante, quien se hace dueño material de la cosa adquirida *sub fiducia* y con esa cualidad de propietario real puede reclamarla de cualquiera y reivindicarla, dejando a salvo por supuesto los derechos del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso bajo los presupuestos legalmente exigidos para su protección.

Si, pues, el mandatario-fiduciario no se convierte en dueño material o verdadero propietario del bien adquirido, obteniendo únicamente un *dominium impropriae dictum*, un *quasi dominium*, o una «propiedad relativa o formal», ¿podrá no obstante adquirir el pleno dominio por usucapión, ordinaria o extraordinaria?

La sentencia del Tribunal Supremo que glosamos responde con acierto negativamente.

a) En primer término porque falta un título «justo» y «verdadero»:

En sede de usucapión —dice el Tribunal Supremo— «no puede calificarse de justo y verdadero título el negocio en que precisamente el mandatario actúa por cuenta de sus mandantes (madre y hermanos) en la mayor proporción y para ellos adquiere la finca en sus tres cuartas partes (art. 1.953 C. c.)...».

A primera vista sorprendería que se niegue al negocio de compraventa, *realmente concluido con el tercero vendedor*, el carácter de título «justo» y «verdadero». Pero, a la luz de la doctrina de la titularidad fiduciaria elaborada por el Prof. Castro con materiales jurisprudenciales, ello resulta clarísimo: la titularidad adquirida a consecuencia del negocio gestorio es de carácter *subordinado, provisional y transitorio*. La misma sentencia lo recuerda poco antes del párrafo transcrito: «esa titularidad —afirma— es necesariamente *provisional, en tránsito (formalmente, acotamos nosotros) hacia el patrimonio del mandante*». Es que, por la absoluta primacía de la relación causal básica (contrato de mandato), el pacto de *fiducia cum amico* tiene un efecto condicionante o modal, adquiriendo el fiduciario exclusivamente en función del previsto destino final (17). Su titularidad sólo aparente, externa, relativa o formal no prevalece sobre el contrato básico y principal (mandato fiduciario), antes al contrario éste se superpone y tiene

(17) En este sentido, vid. CASTRO, *El negocio fiduciario*, cit., p. 24 de la ed. separada y *El negocio jurídico*, cit., p. 408; y LIPARI, op. cit., pp. 103-104, 298, 424 y ss., *passim*.

la primacía sobre el título de compraventa privándole de las notas de «justo» y «verdadero», en las relaciones internas entre *dominus* y *usucapiens*.

b) En segundo lugar, porque no hay buena fe en el fiduciario desleal, pues —como afirma contundentemente la sentencia glosada— «no es poseedor de buena fe, como estado de conocimiento de la propia situación (art. 433 y sentencia de 26 de noviembre de 1970), el mandatario del que se dice haber procedido en perjuicio de sus mandantes».

El mandatario-fiduciario conoce perfectamente su propia situación: recibió el encargo de adquirir como «interpósito» o persona interpuesta gracias a la confianza en él depositada y que no debe defraudar; por tanto, el pacto fiduciario le coloca automáticamente de mala fe ante cualquier eventual incumplimiento del mismo. Y el mandatario que no entrega y retiene sin justa causa lo que debe restituir no está, evidentemente, poseyendo de buena fe en un sentido ético-psicológico.

c) Por último, porque no existe posesión en concepto de dueño en el mandatario o fiduciario, a no ser que medie la correspondiente *interversio possessionis*.

La sentencia que venimos glosando pone el acento en la falta de este fundamental presupuesto de toda usucapión, ordinaria o extraordinaria, sin el cual la adquisición del dominio por el transcurso del tiempo no puede operarse en modo alguno. al decir que «ni, en fin, puede arrogarse la indispensable posesión en concepto de dueño (arts. 447 y 1.941 C. c.) *quien tiene su título legitimador en el mandato* (sentencias de 7 de febrero de 1959 y 31 de mayo de 1974), y por otra parte la inversión o interversión del concepto posesorio ha de basarse en actos inequívocos con clara manifestación externa en el tráfico, por lo mismo que según la máxima clásica, recordada por la sentencia de 6 de octubre de 1975, *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*».

En efecto, el mandatario o fiduciario encargado de adquirir una cosa por cuenta de su mandante la posee, no en concepto de dueño, sino en el de «tenedor de la cosa para conservarla perteneciendo el dominio a otra persona» (art. 432 C. c.), posee una cosa ajena como mero tenedor para retenerla durante cierto tiempo en concepto de mandatario o fiduciario (cfr. art. 463 C. c.); su situación es análoga a la del depositario.

Y un mandatario, un cuasi-depositario confidencial del que se dice *velut deposito possidere* (18), un fiduciario, en suma, no puede usucapir si no intervierte en forma su insuficiente concepto posesorio.

Así resulta de la jurisprudencia. La sentencia en examen cita un par de resoluciones referentes a mandatarios que pretendían usucapir. A ellas cabe añadir las sentencias de 3 de mayo de 1955,

(18) La expresión es de VELA DE OREÑA (*apud* CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., p. 394 y *El negocio fiduciario*, cit., p. 11 de la *separata*).

10 de noviembre de 1958 y 20 de noviembre de 1964, atinentes a fiduciarios (en supuestos de *fiducia cum creditore*) con idéntica pretensión.

En estas resoluciones, para fijar el verdadero título posesorio, el Tribunal Supremo tuvo en cuenta la causa concreta y verdadera del negocio. Desde ella se configura el concepto de la posesión excluyendo el señalado por el título aparente. La sentencia que comentamos (la de 16 de mayo de 1983) opera de igual modo: no atiende a la compraventa, sino al mandato para hallar el título legitimador de la posesión del mandatario encargado de comprar una cosa.

Como ya hemos indicado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo tuvo ya ocasión de plantearse directamente la cuestión de la posesión *ad usucapionem* que pueda ostentar el fiduciario frente al fiduciante, negando las citadas sentencias de 3 de mayo de 1955, 10 de noviembre de 1958 y 20 de noviembre de 1964 que el fiduciario, en la *fiducia cum creditore contracta*, sea poseedor en concepto de dueño.

La más importante es la sentencia de 10 de noviembre de 1958, que sentó la doctrina siguiente:

«La posesión que ha de ostentar el usucapiente para adquirir el dominio y demás derechos reales ha de ser en concepto de dueño, según el artículo 1.941 del Código, y *no la tiene con evidencia el mero fiduciario poseedor de las cosas entregadas en fiducia*» (19).

Naturalmente, el mandatario o fiduciario podría usucapir, en el tiempo y con los requisitos determinados en la ley, si llegara a invertir o intervertir el concepto posesorio, bien sea por mutación del título (interversión bilateral), por sentencia, o por interservisión unilateral, que si bien en principio está prohibida desde el Derecho romano (*neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse*, D. 41, 2, 3, 19) como contraria a Derecho, por suponer prácticamente un despojo, cabe no obstante admitirla en nuestro ordenamiento, como demuestra el artículo 436 C. c., que deja abierta la puerta a la prueba en contrario y el mismo artículo 460-4.º, sin que sea óbice lo dispuesto en el artículo 463 del mismo cuerpo legal (20). La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido consecuentemente la interservisión posesoria unilateral no sólo en esta sentencia de 16 de mayo de 1983 que glosamos, sino también en las de 23 de octubre de 1903, 28 de febrero y 13 de diciembre de 1957 y 12 de diciembre de 1966, entre otras.

Pero la *interservio possessionis* unilateral a efectos de la usucapión ha de reunir los requisitos siguientes: 1) cambio de volun-

(19) Cfr. MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, páginas 100 y esp. p. 146.

(20) Este precepto únicamente se propone impedir el daño del poseedor superior por actos extralimitados del tenedor o poseedor inmediato precisamente mientras lo sea, pero sin impedir el cambio del concepto posesorio, debidamente efectuado y probado (cfr. MARTÍN PÉREZ, *La posesión*, Madrid, 1958, p. 70).

tad del poseedor y consiguiente extensión de su poder *de facto*; 2) publicidad, impuesta por los artículos 444 y 1.941 C. c.: la interversión ha de basarse en actos inequívocos, no clandestinos, con clara manifestación externa en el tráfico, tanto frente a la comunidad o generalidad como frente al poseedor superior, sea o no titular, requisito este (el de la publicidad) en el que insiste particularmente la sentencia en examen; 3) transcurso de un año (arg. *ex art.* 460-4.º C. c.), durante el cual conserva el afectado o «despojado» (se trata de un «despojo impropio») la llamada «posesión incorporal» (posesión mediata o superior); y 4) prueba de la interversión, necesaria para la eficacia de la misma, porque el ordenamiento jurídico presume *iuris tantum* la continuidad del concepto posesorio (art. 436 C. c.) (21).

7. Además de la imposibilidad de usucapión por parte del mandatario *ad acquirendum* sin poder, a no mediar interversión de su concepto posesorio, hay otras importantes «consecuencias» o, por mejor decir, justificaciones de la titularidad sólo aparente, externa, relativa o formal del mismo: si la cosa adquirida y confiada sigue perteneciendo al mandante, éste podrá reivindicarla y, por tanto, oponerse a su embargo mediante tercería de dominio, así como ejercitar el derecho de separación de la misma *ex iure dominii* en caso de quiebra del mandatario. Son resultados prácticos, justos y equitativos, que por sí solos justifican la construcción de la titularidad fiduciaria aquí acogida (22).

(21) Hemos seguido, en sus líneas generales, la completa exposición de MORALES MORENO, op. cit., pp. 101-107.

(22) También podría invocarse el art. 1.730 C. c. que, al conceder al mandatario el derecho de retención de las cosas objeto de mandato hasta que el mandatario realice la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el primero en cumplimiento del encargo y reembolse al mismo las cantidades anticipadas a dicho fin con sus intereses correspondientes, induce a considerar que el mandatario no tiene *nunca* la propiedad de esas cosas, sino su posesión (vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel M., op. cit., pp. 102 y ss. esp. pp. 112 y 113).

Sin embargo, acaso cupiera objetar que en la *mens legis* estaba el contemplar tan sólo la hipótesis del mandato representativo, dada la normal unión de mandato y poder. Pero lo cierto es que el Código ha previsto el mandato sin poder en el art. 1.717. Luego el art. 1.730 debe comprenderlo también, ya que la norma se expresa en términos generales y no distingue. Claro es que, rizando el rizo, podría pensarse que, en la hipótesis de mandato no representativo para adquirir, el mandatario tendría (*ex art.* 1.730) un derecho de retención referente a la transmisión de la propiedad y no, como es lo normal, a la transmisión de la posesión.

Nos inclinamos por lo dicho al comienzo de esta nota, que parece ser lo más sensato; la inexistencia de la retención en cosa propia en la hipótesis de mandato *ad acquirendum* no representativo.

Además del art. 1.730 C. c., está la norma del art. 268 C. de c., que ordena a los comisionistas la conservación de la identidad de las mercaderías «pertenecientes a distintos dueños» mediante la colocación de contramarcas, sin duda alguna a fin de garantizar la subsistencia de su propiedad individualizada, con la consiguiente reivindicabilidad.

Nuestra explicación anterior (*Mandato para enajenar*, loc. cit., páginas 1.495-1.496 y 42-43 de la ed. separada), de que la aludida norma sólo pretende señalar la *procedencia* o *destino* de las cosas en comisión

La tercería de dominio supone, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el ejercicio de una verdadera acción reivindicatoria (23). Habrá que aceptar, por consiguiente, la tercería del mandante en caso de embargo de la cosa confiada estando en poder del mandatario.

¿Podrá oponerse el mandante a la enajenación que de la cosa adquirida haga el mandatario violando sus obligaciones y el destino fiduciario?

Cumpliendo los requisitos legales exigidos, es obvio que podrá pedir el mandante y, en su caso, obtener las medidas cautelares pertinentes: anotación preventiva de la demanda ejercitando la acción reivindicatoria, embargo preventivo y aseguramiento de bienes litigiosos (24). Más allá de esto no cabe ir.

Por lo que se refiere al *ius separationis* del fiduciante en caso de quiebra del fiduciario, que nosotros ya admitíamos incluso desde la perspectiva de la teoría del doble efecto, tratando de armonizar dicha teoría con los preceptos legales (arts. 908 y 909-4.º C. de c.) sobre los pasos de Núñez Lagos (25), hemos de reconocer hoy que el derecho de separación no es generalmente una pretensión personal de enriquecimiento injusto o sin causa, sino que se trata de una *separatio ex iure dominii*, trasunto de la reivindicabilidad del bien objeto de la detracción.

El número 4.º del artículo 909 C. de c. no puede ser ya un argumento contrario a esta última construcción, pues por comisión de compraventa el quebrado sólo tiene en su poder las mercaderías adquiridas en calidad de «propietario formal», con titularidad provisional y transitoria, siendo el comitente «legítimo dueño» o «propietario material», con titularidad plena y definitiva, según hemos comprobado de la mano de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina del Prof. Castro.

Tampoco hoy el número 1.º del mismo artículo, en lo referente a los bienes dotales estimados, cuyo dominio se transfería al marido quedando éste obligado a restituir su importe (según el derogado art. 1.346 C. c.), puede constituir argumento en contra de la *separatio ex iure dominii*, dada la supresión de la dote seguramente por su desuso y acaso también por resultar una

de compra o venta y no su *propiedad actual*, era muy rebuscada y frágil.

Por último, hay que traer a colación el art. 535 del Código penal (reformado por Ley de 25 de junio de 1983), que al incluir como ejemplos de situaciones que pueden dar origen al delito de apropiación indebida el depósito, la comisión o la administración, es un índice de bastante valor en el sentido de reconocerse que la propiedad de las cosas muebles objeto de tales situaciones pertenece al depositante, comitente o mandante.

(23) Cfr., por ejemplo, las sentencias de 25 de mayo de 1946, 10 de diciembre de 1959 y 20 de octubre de 1961, entre otras muchas.

(24) Conforme a los arts. 42-1.º y 43 L. H. y 139 R. H., 1.400 y ss. y 1.419 y ss. L. E. C.

(25) Vid. JORDANO BAREA, *Mandato para enajenar*, cit., pp. 1493 y ss. y 40 s. de la ed. separada; ID., *El negocio fiduciario*, cit., pp. 150 y ss.; NÚÑEZ LAGOS, *Mandatario sin poder*, cit., pp. 625 y ss.

institución inconstitucional al chocar contra el principio de igualdad de marido y mujer (art. 32-1 de la Constitución española, en relación con los arts. 9-2 y 14) (26).

Queda el aparente obstáculo del número 8.º del artículo 909 C. de c., según el cual la separación se da respecto de «los géneros vendidos al quebrado a pagar al contado y no satisfechos en todo o en parte».

Cabría argüir que, al tratarse de géneros ya entregados (aunque sigan embalados), el quebrado se habrá ya hecho dueño de los mismos mediante su entrega o tradición (arts. 609, párrafo 2, y 1.095, apartado 2, C. c.).

Pero, como puso de relieve agudamente el Prof. Castro, dicha regla viene en verdad a confirmar el carácter señalado a la separación como trasunto de la acción reivindicatoria: se le concede al vendedor el derecho de separación, precisamente porque seguía siendo dueño de la cosa, pues hay que tener en cuenta que el Código de comercio entra en vigor antes que el Código civil, cuando aún regían las normas del antiguo Derecho común castellano sobre el efecto transmisivo de la venta. Conforme a estas reglas no pasa el señorío de la cosa vendida al comprador con la entrega de cosa, si el comprador no hubiese pagado el precio o, en otro caso, dado fiador o prenda o tomado plazo para pagar (*Partidas*, 3, 28, 46, siguiendo en esto a las *Instituciones* de Justiniano, 2, 1, 41 y al *Digesto*, 18, 1, 19 y 53). No puede dudarse, por tanto, que el legislador empleó consciente y adecuadamente la frase «legítimos dueños» en el artículo 908 C. de c. Lo cuestionable —terminaba diciendo el Prof. Castro— será hoy la compatibilidad del viejo precepto con lo ordenado en el Código civil (27).

De entender —a la vista de lo expuesto— que en esta hipótesis concreta ha perdido el derecho de separación su originaria *ratio essendi*, habría que aceptar que en este caso excepcional supone dicho derecho una pretensión de restitución por enriquecimiento sin causa, al igual que el caso de la dote estimada, si se admite su posible supervivencia al amparo de la autonomía de la voluntad, supuesta la constitucionalidad de la institución.

8. Es hora ya de concluir estas breves notas.

Decíamos al principio que el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1983 es un magnífico banco de pruebas de la teoría del doble efecto (real o traslativo pleno

(26) A juicio de LACRUZ (*El nuevo régimen de la familia*, vol. II, *Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*, Madrid, 1981, pp. 127-128; *Elementos de Derecho civil*, t. IV, *Derecho de familia*. (Conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981), ed. experimental, Barcelona, 1982, pp. 351-352), la constitución de dote sigue hoy siendo posible al amparo del principio de autonomía de la voluntad; si bien como donación por razón de matrimonio y sin los antiguos efectos que la acompañaban (inembargabilidad e inalienabilidad del derecho dotal aislado de cada cónyuge) habrá seguramente que entender.

(27) CASTRO, *El negocio fiduciario*, cit., p. 27 de la ed. separada; *Id.*, *El negocio jurídico*, cit., p. 411, nota 130.

erga omnes y obligacional limitativo de aquél *inter partes*) del negocio fiduciario. Y así es.

Si ni siquiera en este supuesto del mandato *ad acquirendum proprio nomine* el mandatario-fiduciario ostenta la propiedad plena y definitiva, aun habiendo adquirido *a vero domino* por título seriamente querido de compraventa, sino tan sólo la propiedad aparente, externa, relativa o formal que le legitima en el tráfico frente a terceros de buena fe, por la supremacía de la relación causal básica (contrato de mandato), ¿cómo va a ser el fiduciario dueño, con todas las facultades de tal, frente al fiduciante y frente a todos, en los restantes supuestos de *fiducia cum amico* (incluido el puro mandato *ad alienandum*) y de *fiducia cum creditore*? Evidentemente, no.

Se impone, por tanto, el total abandono de la teoría del doble efecto del negocio *fiduciae causa*, como contraría a los fundamentos mismos del sistema jurídico español, y la adopción de la teoría realista y más justa del negocio fiduciario propugnada por el Prof. Castro.

El principio de causalidad, propio de nuestro ordenamiento no permite una separación entre causa-función objetiva y «causa concreta» o propósito jurídicamente apreciable, significa un auténtico progreso en dirección a la justicia para resolver equitativamente los casos de la realidad, lleva a una adecuada concepción de la «circulación jurídica» y a una congruencia constante entre causa, propósito o intento y efecto jurídico. De otro modo, las partes quedarían en libertad para sustraerse a la regulación imperativa causal (28).

Y no queremos terminar sin rendir homenaje de profunda admiración al gran maestro don Federico de Castro y Bravo, sin duda alguna la figura más señera de la ciencia jurídica española del siglo xx. El nos enseñó, tanto en el tema del negocio fiduciario como en otros muchos del Derecho civil, a huir del superado método dogmático, según el cual se parte de una pretendida «naturaleza jurídica», insertando en ésta la atribución de una determinada eficacia, como *prius* lógico del que luego «deducir» necesariamente los correspondientes efectos jurídicos, ya incluidos en la previa construcción (método de inversión).

En lugar de tan «singular apriorismo conceptualista», que padecí en mi juventud, lo procedente es analizar primero el fenómeno práctico, estudiar la disciplina jurídica aplicable según las normas del ordenamiento y, por último, hacer la adecuada construcción jurídica.

La «naturaleza jurídica» es así un *posterius*, la síntesis de los efectos realmente producidos, como la fórmula explicativa que resume la estructura y eficacia de una figura o institución. Esa

(28) Cfr. RAVÀ, *Circolazione giuridica e rappresentanza indiretta*, Padua, 1953, pp. 17 y 18.

es la naturaleza de la llamada «naturaleza jurídica». Se trata, por ende, de un producto típico del «Derecho de profesores» y, como tal, tiene únicamente un valor pedagógico: si una fórmula enseña mucho es buena; si enseña poco u oculta casi todo es mala, y habrá que desecharla como encantamiento que escamotea la realidad.

En la construcción jurídica no se puede prescindir de la consideración de la realidad, del «Derecho de jurista» o Derecho vivo, casuístico y problemático, elevándose olímpicamente al cielo de los bellos conceptos.

Como muy bien advierte el Prof. Castro, «la doctrina sobre la interpretación jurídica enseña que la eficacia de un supuesto de hecho (aquí los comprendidos bajo el nombre de los negocios fiduciarios) no resulta o depende de una supuesta naturaleza jurídica de unos hechos, sino que dicha naturaleza jurídica y, por tanto, la eficacia jurídica en ella implícita queda en una interrogante y a resultas de la estimación que les conceda el ordenamiento jurídico» (29).

Magnífica lección la del maestro Castro, que sigue aún enseñando, cómo El Cid Campeador también ganaba batallas después de muerto.

(29) CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 384-385.

Las fundaciones en la Constitución española de 1978

Por JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO

1. UN ECO DE LA OBRA DEL MAESTRO

El tópico de la persona jurídica fue abordado en diversas ocasiones por don Federico antes de exponerlo de modo general y resumido en los «Temas de Derecho civil»; y también, singularmente, el de la fundación, a propósito de las fundaciones familiares. En los «Temas» la exposición trata inútilmente de contenerse en las dimensiones y el argumento de un libro escolar, pues el cuestionario a que responde es más bien el de un Tratado, y uno con enfoques e ideas que le distinguen con manifiesta ventaja de los manuales al uso.

Acontecimientos ulteriores han aportado un nuevo punto de vista sobre la fundación: su cualidad de derecho fundamental. Un punto de vista en el cual no podía situarse en España el observador del año 1971. Mas ello no impide que, al recoger la Constitución de 1978, según vamos a ver, un concepto acuñado, a partir de la tradición, por la civilística de su tiempo, reciba indirectamente la influencia de la obra más lograda, inteligente, penetrante y completa —pese a su brevedad— de entre cuantas se ocupan de la personificación de las vinculaciones de bienes. Influencia que se refleja en la discusión parlamentaria y en el proceso de los textos proyectados y el aprobado: en particular, como vamos a ver, en la expresión «de interés general» que cualifica a la fundación constitucionalmente protegida y cuya inclusión es, sin duda, un eco de la postura mantenida brillantemente por nuestro don Federico en la controversia sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares.

2. LA ATRIBUCION DE VALOR CONSTITUCIONAL AL DERECHO DE FUNDACION. HISTORIA, POLITICA Y LEGISLACION COMPARADA

Para Valero Agúndez (*La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969, página 12), «el carácter estrictamente técnico-jurídico de la personalidad jurídica, no puede hacer olvidar que

el otorgamiento de ésta por el ordenamiento no es más que un acto de configuración jurídica de una manifestación de la vida social. Porque, independientemente de que el otorgamiento de la personalidad jurídica dimana exclusivamente del Derecho positivo, existen situaciones y actividades en la vida social, en un momento prenормativo, cuya ordenación jurídica más adecuada es proporcionada precisamente por la normativa contenida bajo la expresión *persona jurídica*. El autor no dice más, pero bien cabe continuar hoy su línea de pensamiento entonces, añadiendo que la persona jurídica, en cuanto síntesis de aspiraciones individuales y medio de acción colectivo, es un fenómeno consustancial con la vida humana de nuestro tiempo digno de protección constitucional.

Así lo explica, para el Derecho alemán, Feiler. Si —dice— los llamados *derechos fundamentales* (los constitucionalmente protegidos) «sirven esencialmente al hombre y se encuentran instituidos para proteger su dignidad; esta función instrumental no tiene que situarse necesariamente sólo en la acción inmediata de la persona, sino que —para desplegar sus efectos con la necesaria eficacia— debe proyectarse también en beneficio de su acción mediata» (*Das bonner Grundgesetz und die juristischen Personen als Träger von Grundrechten*, Munich, 1963, pág. 8).

Por lo demás, el tema es de planteamiento reciente. Hasta después de la segunda guerra mundial no se pensó en dar rango constitucional al derecho de fundación, en cuanto derecho fundamental y superior a la voluntad del legislador.

Antes, la fundación ha sufrido diversos vaivenes, desde la protección del Derecho canónico a las vinculaciones de bienes para finalidades piadosas (vinculaciones que también representan un cierto derecho «constitucional» del cristiano frente al poder del príncipe, por cuanto la Iglesia defiende —*et pour cause*— la libertad de cualquier particular para instituir las), hasta la ulterior enemiga de la legislación desamortizadora y la intervención del Estado mediante autorizaciones y controles en la llamada «beneficencia particular» y, en general, en las actividades no lucrativas de colectivos y personas: en los llamados «cuerpos intermedios», de los cuales desconfía profundamente el poder público a partir de la revolución francesa. No se olvide hasta qué punto pretende el poder ejecutivo, durante el siglo XIX, monopolizar las incumbencias generales, incluso la filantropía, dejando para los particulares el mundo de los negocios: las sociedades mercantiles, liberadas de toda intervención.

En este planteamiento, es comprensible que el legislador someta a la fundación privada a limitaciones en su capacidad de derecho, en particular el de ser dueña de bienes inmuebles, y desde luego a vigilancia administrativa, considerándose a la Administración legitimada para determinar el alcance de su propia intervención y, en general, los requisitos y formalidades a cumplir para que una fundación consiga pleno reconocimiento y reciba la

protección que conceden las leyes a las instituciones benéficas (exenciones tributarias, sobre todo).

En estos últimos decenios, las cosas han cambiado: asistimos, en las democracias del occidente europeo, a una reevaluación del derecho de fundación desde el punto de vista constitucional, mientras en los regímenes del Este el capitalismo impide esta manifestación de la autonomía privada.

He aquí un contraste importante y sintomático. A través de él vemos cómo la fundación sólo puede existir con una mínima vida cuando se acepta, en el terreno de los principios y de la realidad, la existencia de una zona en la cual los individuos y los grupos, fuera del Estado y al lado de él, pueden preocuparse del bien común, asumir el cuidado de ciertos aspectos de éste y hacerse responsables de su efectividad. En otras palabras: la fundación es propia de una sociedad políticamente pluralista. El profesor Duden (*Für ein Bundesstiftungsgesetz*, en *Juristenzeitung*, 1968, página 1), cita a este propósito el ejemplo de la Alemania Oriental, donde el régimen totalitario vigente prohibió la creación de nuevas fundaciones y dejó perecer a las antiguas; pero de seguro ocurre algo parecido en todos los regímenes socialistas.

Claro que en estos regímenes se une, al talante totalitario que no permite centro de poder alguno dentro del Estado, la carencia de medios cuantiosos en poder de particulares que implica una economía socialista. Sin este segundo impedimento, las fundaciones pudieron subsistir en regímenes totalitarios capitalistas, quizá porque a falta de un pluralismo político había un pluralismo económico y social, pero también porque, si se prescinde de algunos casos de fundaciones gigantescas, éstas, en sí, como señala Strickrodt (*Stiftungsrecht und Stiftungswirklichkeit*, en *Juristanzeitung*, 1961, pág. 112) «son inadecuadas como instrumento de ejercicio del poder. Todo, en la existencia de las fundaciones, se desarrolla en el sentido de una coordinación igualitaria, tanto en los propios órganos como también en su eficacia al exterior». «Las fundaciones —concluye Rescigno (voz *Fondazione* [*Diritto civile*], en la *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Milán, 1968, pág. 794)— constituyen uno de los más eficaces instrumentos de acción en una sociedad pluralista».

La reevaluación constitucional del derecho de fundación en las democracias occidentales es particularmente visible en las Constituciones italiana y alemana: en la primera, al amparo de su reconocimiento de las «formaciones sociales» (art. 2), entre las cuales se suele incluir, dando a la expresión un sentido muy amplio, la fundación; mientras que el artículo 19 de la Constitución de Bonn, según el cual las personas jurídicas tienen aptitud para ser sujeto de derechos constitucionales en cuanto le sean atribuidos según su naturaleza, se considera aplicable igualmente a las fundaciones.

Es cierto que una parte de la doctrina alemana pone en tela de juicio la protegibilidad constitucional de las fundaciones, ale-

gando que la *Grundgesetz* confiere la llamada «capacidad de derechos fundamentales» (*Grundrechtsfähigkeit*) a la persona jurídica en atención a sus miembros, a sus asociados, y la fundación carece de ellos. Pero este argumento es más conceptual que material, y en todo caso no se ha propuesto entre nosotros.

También en Gran Bretaña y Norteamérica la protección a las fundaciones se conecta con los *Rights of privacy and personhood*, de rango constitucional (Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, pág. 948).

3. GENESIS Y ALCANCE DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE FUNDACION EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

De ahí que la Constitución de 1978, que en el párrafo 1.º del artículo 1.º señala como uno de los valores superiores del ordenamiento español «el pluralismo político», reconozca en su artículo 34 «el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley».

En el anteproyecto aparece desde el primer momento el derecho de fundación, entonces en el artículo 22, que (para lo que aquí interesa) dice así:

1. *Se reconoce el derecho de asociación.*
2. *Se reconoce el derecho de fundación con arreglo a la ley.*
3. *Las asociaciones y fundaciones que atenten al ordenamiento constitucional o intenten fines tipificados como delito, son ilegales.*
4.
5. *Las asociaciones y fundaciones no podrán ser disueltas ni suspendidas en sus actividades si no es virtud de resolución judicial motivada.*

En la discusión parlamentaria del proyecto constitucional se alegó, en contra de la mención de las fundaciones en el precepto ahora citado, de un parte que la cuestión «es materia de Derecho civil» (Carro Martínez); de otra, el *anacronismo* de las fundaciones; el hecho de que su reconocimiento elimina «la posibilidad de que (sus) finalidades puedan ser alteradas por las organizaciones democráticas de la sociedad»; su posible oposición a la función social de la propiedad; su condición de «manos muertas»; y, finalmente, que ciertas fundaciones son un instrumento de evasión fiscal (Barón Crespo). En favor del proyecto, Alzaga Villamil puso de relieve que no consagra un derecho absoluto, pues se reconoce el derecho de fundación «con arreglo a la ley, y por tanto... como un derecho a regular, a reglamentar en las disposiciones legales pertinentes», rechazando la homologación con las manos muertas.

La discusión en el Senado ofrece el interés de introducir un inciso en el proyecto que persiste luego en la versión definitiva y que, como ya he dicho, debe atribuirse a la influencia de la obra de don Federico: el Grupo Socialista propone añadir al final del apartado 2 del citado artículo 22 (que pasaría a ser el 31 bis) la frase «para fines de interés general». En la motivación de la enmienda se justificaba la incorporación del párrafo propuesto con el argumento de que «el derecho de fundación es sólo para fines de interés general (hoy así en el art. 35.1 del Código civil); en otro caso se posibilitaría la técnica de las *fundaciones familiares* que permitiría restablecer en la práctica las vinculaciones y mayorazgos». Otra enmienda, ésta de Progresistas y Socialistas independientes, pedía la misma inclusión razonando que «reconocer el derecho de fundación, sin matices, atenta contra toda la tradición desvinculadora. Por eso, es importante que el derecho a instituir fundaciones se conecte con el fin a que se afectan los bienes a los que la Ley confiere personalidad jurídica. Esos fines deben orientarse hacia el interés general para merecer el amparo constitucional».

El artículo aprobado por el Senado —que ya lleva el número 34— decía, variando el orden, lo mismo que el vigente:

1. *Se reconoce el derecho de fundación con arreglo a la Ley para fines de interés general.*
2. *Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22.*

Tanto en el Congreso como en el Senado se aprobaron sin votos en contra los textos que propusieron las respectivas comisiones, y lo mismo el definitivo artículo 34, que recibió su redacción actual en la comisión mixta, y dice así:

1. *Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley.*
2. *Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22 (1).*

Es el texto sobre el que versa el resto de este breve trabajo.

4. EL ENTE PROTEGIDO Y LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCION

Por supuesto, el artículo 34 al hablar de *fundaciones* se refiere a las que lo son en el sentido tradicional de la palabra: el aceptado por los artículos 35 y ss. del Código civil. Las llamadas «fun-

(1) Estos apartados, relativos a las asociaciones, dicen así:

2. *Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.*

4. *Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.*

daciones de Derecho público», denominación que se asigna, no a cualesquiera erigidas mediante una ley (la Galdiano y la Inés Terrero son verdaderas fundaciones), sino a aquellos entes de aspecto fundacional que, creados en régimen de Derecho público, no constituyen, en mi opinión, una figura unitaria y general, y desde luego se apartan largamente del pensamiento del legislador constitucional.

Este entendió tutelar la tradicional institución de Derecho privado como un corolario de la tutela constitucional de la personalidad, la individualidad, la autonomía, y, en el aspecto económico, la libertad de iniciativa privada de la persona: en cierto sentido, también de la propiedad. Todos ellos son valores que la Constitución obliga a respetar, aunque en distinta medida unos y otros y con distintas posibilidades de intromisión del poder público y de defensa del particular.

Observemos que el texto constitucional, literalmente, propone la defensa de un derecho subjetivo: el derecho a fundar, a establecer una fundación. Apurando los conceptos podría mantenerse que hay una cierta diferencia con el derecho de asociación, en cuanto que el artículo 22 no sólo lo reconoce —al estar ubicado en la sección primera— como un «derecho fundamental» y, sobre todo, una «libertad pública» igual que la de reunión, sino que a continuación se fija, como objeto de la protección de la norma, en el resultado de la acción de asociarse: la asociación misma. Mas inmediatamente se advierte que esta protección, no ya simplemente del derecho de crear una persona jurídica, sino esencialmente de la persona jurídica creada, se produce asimismo en las fundaciones merced a las ya citadas referencias del artículo 34 al 22: sobre todo, al aplicarse a la fundación el apartado 4.

Protección constitucional, por tanto, de la fundación ya realizada, y no simplemente del derecho de fundar. La diferencia con la asociación, al ser ésta una «libertad fundamental», se produce en tema de garantías: el ciudadano a quien se coarte su derecho de asociarse con otros puede recabar la tutela de tal derecho, *ex* artículo 22, ante los tribunales ordinarios por el procedimiento preferente y sumario a que se refiere el artículo 53-2 de la Constitución (todavía en expectativa), amén del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, mientras que una infracción de la protección constitucional de las fundaciones únicamente podría ser denunciada a través del recurso de inconstitucionalidad, diferencia que acaso se debe a la mayor raigambre histórica del derecho de asociación como derecho fundamental del ciudadano en toda democracia, que debe ser constitucionalmente tutelado y que es uno de los signos del Estado de Derecho, mientras es mucho más reducida la significación social y política de las fundaciones.

En cambio, en el aspecto material, la protección constitucional de asociaciones y fundaciones no parece tener significado distinto. Se tutela el derecho a asociarse y la asociación; se tutela igualmente el derecho a fundar y la fundación. Para unas y otras valen

igualmente la reserva de la ley y la necesidad de resolución judicial (no administrativa) para disolverlas o suspenderlas. Que no es sólo el derecho a fundar lo protegido del artículo 34, sino el ente mismo, resultado de la acción de fundar, queda asimismo patente en el propio artículo 34-2 que se refiere la aplicación de las reglas del artículo 22 a las «fundaciones»; pero sobre todo se deduce del sentido general del artículo 34, que no podría limitarse a tutelar el derecho de cualquier persona natural o jurídica o grupo de ellas a establecer una fundación, lo cual no tendría sentido sin que se otorgase idéntico amparo al resultado de sus actos: al ente mismo creado en el ejercicio de un derecho del ciudadano.

En suma: el artículo 34 no simplemente reconoce el «derecho de fundación», sino que reconoce como un valor jurídicamente protegido a «las fundaciones»: las ya existentes y las que en el futuro se creen, pues no hay ningún motivo para que la eficacia del precepto no se extienda, a partir de su vigencia, a todas las fundaciones actuales, pretéritas y futuras.

5. EL «INTERES GENERAL»

Esta condición, en realidad, no es un *quid novum* añadido por la Constitución, sino, según la doctrina dominante, un elemento esencial en toda fundación. Ya hemos visto, al estudiar la génesis del artículo 34, cómo, en la mente del Congreso, perseguía esta frase la exclusión de las vinculaciones familiares.

La expresión «interés general» es muy amplia, y representa una especificación y aclaración del «interés público» a que se refiere el Código civil. Según me parece, en la definición de tal interés se han de incluir connotaciones negativas y positivas: es «interés general» todo aquel que no es individual o de grupo de personas determinadas (aspecto negativo) y que representa un valor apetecible para la comunidad (aspecto positivo). En mi opinión, el aspecto altruista no entra en la expresión «interés general», sino en el propio concepto de la fundación: ésta, necesariamente y con arreglo a su figura tradicional, es «benéfica», y el legislador constitucional se hubo de mover en el mismo orden de ideas: para él el término «fundación» sin duda significó lo mismo que para el común de los juristas desde que apareció el Código civil.

Por supuesto, no son de «interés general» las finalidades fundacionales delictivas o simplemente inmorales o contrarias a las buenas costumbres. El artículo 22-2 de la Constitución, invocado por el 34, se refiere sólo, para rechazar su legalidad, a las asociaciones «que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito», de modo que el derecho de asociación podría ejercitarse, si se interpretase el precepto *a contrario*, para cualquier finalidad no delictiva, aunque fuera opuesta a la moral corriente y a lo que

antes se llamaba «las buenas costumbres». No voy ahora a discutir sobre cuál sea el ámbito dentro del cual las asociaciones se hallan protegidas por la Constitución y por tanto tienen derecho a nacer sin que el legislador —menos, la Administración— pueda impedirlo. En todo caso, lo que sí entra dentro del espacio protegido por la Constitución en materia de asociaciones son las finalidades indiferentes y ajenas al «interés general»: finalidades que no hay razones atendibles para fomentar, pero cuyo fomento no puede ser prohibido o impedido porque ello representaría un atentado a las libertades individuales. Caben, asimismo, asociaciones limitadas a grupos concretos y personas o clases de personas determinadas. Es en este punto donde estriba la diferencia con las fundaciones, a las que la Constitución exige que se constituyan «para fines de interés general». Una asociación puede tener un objetivo indiferente, trivial, insignificante o absurdo, con tal de que no sea delictivo o (acaso) inmoral. Una fundación exige más: su objetivo ha de representar un beneficio de cualquier clase para la comunidad, para el colectivo de los conciudadanos. Por supuesto, no podría chocar contra la moral corriente, como sería una fundación para el fomento de la homosexualidad, pero, adicionalmente, su objetivo no podría ser, contra lo que sucede con la asociación, puramente indiferente o neutro: es jurídicamente viable una asociación con la finalidad de promover el uso de la peluca o de la levita negra, pero no sería posible una fundación para el fomento de la barba partida o del traje oscuro, porque tales objetivos no pueden ser considerados «de interés general».

La exigencia de un «interés general» apunta, igualmente, a que la actividad señalada como objetivo a la fundación sea puramente filantrópica en el sentido de no perseguir la ganancia, tema cuya consideración excede los límites de este breve escrito.

6. EL «CONTENIDO ESENCIAL»

El artículo 53 de la Constitución acota, incluso frente al poder legislativo, el «contenido esencial» de los derechos y libertades fundamentales. Por tanto, el «contenido esencial» del derecho de fundación y la fundación misma se hallan protegidos frente al legislador, que no podría atentar contra este núcleo irreductible, pues de otro modo, es decir, si se dejase al Parlamento la configuración de la fundación, se podrían poner a ésta tales exigencias que vaciasen el derecho de sustancia.

¿Cuál es ese «contenido esencial»?

En un somero repaso de los elementos de la figura jurídica en estudio, podríamos llegar a las siguientes conclusiones:

a) Pertenece a la esencia de la fundación, en primer lugar, y sobre todo, la «finalidad de interés general» a que acabo de aludir, finalidad propuesta por el fundador y sirviendo de cauce a la acción del ente, que el legislador debe respetar.

El legislador puede exigir a la fundación el mantenimiento de la acción propuesta; organizar la vigilancia de su cumplimiento, e incluso dar normas para su readaptación cuando tal finalidad haya quedado obsoleta o sea de imposible realización; pero no puede variar una finalidad que siga siendo posible, lícita y de interés general, ni prohibir su realización.

Esta finalidad puede ser, y normalmente será, de duración indefinida, y entonces tal dato de la «duración» pertenece asimismo al contenido esencial: el ente persiste y no podría ser extinguido por la ley, ni ésta podría predisponer condiciones para su extinción, mientras perduren la finalidad lícita y altruista y los medios materiales que hacen posible su cumplimiento.

Reconocida la intangibilidad de los objetivos fundacionales lícitos, que no puede variar arbitrariamente el legislador, surge una ulterior cuestión: ¿puede el legislador prohibir genéricamente la realización de un determinado objetivo por cualquier persona privada, natural o jurídica, o condicionar su cumplimiento de tal modo que resulte imposible para un ente de naturaleza fundacional?

El problema excede de los límites de este escrito, para entrar en los del Derecho constitucional general. Supongo que habría que distinguir entre finalidades ideales y económicas, ya que unas y otras tienen un tratamiento específico distinto en la Constitución. En las finalidades ideales la intervención del Estado, cuando se lo permita su relativa neutralidad, no podrá impedir la actividad de los ciudadanos, y sólo condicionarla en lo que requieran los clásicos límites del orden público y la moral corriente.

Distinto es el caso de las actividades económicas, que el Estado puede condicionar a todos los ciudadanos en el marco de la economía social de mercado y la libertad de empresa. Sí parece indudable que el Estado no podría limitar la actividad económica de las fundaciones más que la de cualquier otra persona natural o jurídica.

b) También pertenece al contenido esencial de la fundación la dotación, contra cuya atribución (que ulteriormente habrá de conservar su integridad económica) no podría dictar normas el legislador.

c) Contenido esencial de la fundación es, por supuesto, la personalidad jurídica. La fundación es un sujeto de derecho: ella misma, y no un fiduciario que soporte formalmente las titularidades, ni un grupo de personas que constituyan el sustrato del ente. Ninguna norma podría negar esta realidad, esta «entidad» de algo totalmente inmaterial pero rigurosamente jurídico.

d) Más difícil es decidir si es parte del contenido esencial de la fundación la forma de aplicación de los medios a los fines y, en definitiva, la organización. Es ese un punto delicado, y muy proporcionado a distinciones el tema de la delimitación del núcleo constitucionalmente sustraído al arbitrio del legislador: parece que debe entrar en él, en lo más sustancial, la voluntad del funda-

dor relativa al modo de organización y funcionamiento del ente.

A la luz de estas ideas es indudable, en cambio, la posibilidad de que el legislador introduzca modificaciones en la organización de una fundación, precisamente para mantener el intento primitivo. Y en cualquier caso, lo decisivo para juzgar de la ineficacia de cualesquiera modificaciones introducidas por ley, frente al artículo 34 de la Constitución (en relación con el 53), será el hecho de que infrinjan, o no, una voluntad manifestada por el fundador en el acto fundacional expresa o implícitamente como consustancial con la fundación. A falta de esa infracción parece improbable que entre dentro del «contenido esencial» el derecho de fundación la facultad de ordenar la organización del ente, es decir, cuando tal organización no sea consustancial con su finalidad. El hecho de que son muchas las fundaciones que se ordenan sin explicitar su modo de gestión hace pensar que, como regla general, ésta es la solución válida.

7. LA RESERVA DE LEY

El tenor del artículo 34, reconociendo «el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley» obliga a explicar el significado del último período, «con arreglo a la ley», pues si se entendiera en el sentido de que el legislador está autorizado para regular a su arbitrio el derecho de fundación, el precepto sería ocioso. La Constitución pretende garantizar tal derecho precisamente frente al legislador ordinario.

En el primitivo artículo 22 aprobado por el Congreso, el párrafo correspondiente se limitaba a reconocer «el derecho de fundación con arreglo a la ley» pensando probablemente en una ley que limitase las fundaciones a las de «interés público»; el Senado introdujo —con acierto— la frase «para fines de interés general», explicitando una precisión que estaba en la mente de todos, con la ya comentada finalidad de eliminar de modo expreso del ámbito constitucionalmente protegido a las fundaciones familiares. Sin duda éstas —según la doctrina dominante y exacta— vienen ya rechazadas por el Derecho del Código civil, pero convenía que la Constitución no proporcionase argumentos para resucitar una vieja controversia.

Mas, alcanzado este propósito, la conservación del inciso «con arreglo a la ley» no representa una redundancia: al contrario, sigue teniendo el significado de que, frente a la incondicionalidad de las asociaciones con finalidad lícita, en cambio a la fundación le puede exigir el legislador el cumplimiento de razonables requisitos, siempre respetando su «contenido esencial» según el concepto que de aquella figura jurídica tuviera la opinión común en el año 1978. En cambio, no autoriza la Constitución al legislador para dejar al ente vacío de contenido dando carta blanca al Par-

lamento para imponer arbitrariamente a cada fundación existente o constituyendo los requisitos y condiciones que tenga a bien.

En otras palabras: si todo el régimen de la fundación fuera del dominio de la ley, sería inútil reconocer el derecho de fundación: ya se encargaría el legislador de amortizarlo o bien de ponerle tales dificultades que no pudiera ejercitarse. Podría, por ejemplo, para impedir la creación de fundaciones benéficas y caritativas, reducir las finalidades posibles a la edición de libros populares y la restauración de palacios antiguos, o bien exigir una dotación inasequible a los fundadores.

Que no era esa la mente del legislador constituyente lo prueban las explicaciones de Alzaga Villamil en la Comisión del Congreso: para él lo que puede «establecer la legislación ordinaria, para evitar que se produzcan excesos que se pueden producir en las fundaciones como se pueden producir en las asociaciones, y en general, en cualquier tipo de persona jurídica», son «los efectos que se deben reconocer a una fundación, los tratamientos jurídico-fiscales que se le pueden conceder, el marco de derechos y obligaciones de control por las autoridades de las fundaciones, etcétera». Pero, en cambio, no significa la expresión «con arreglo a la ley», «que este derecho deba simplemente ser dejado a la posibilidad de que el legislador ordinario tenga a bien admitirlo, reconocerlo, o no admitirlo».

El período «con arreglo a la ley», en suma, no deroga la intangibilidad, por el legislador, del «contenido esencial» de las fundaciones, si bien modaliza la acción de aquél en el sentido de permitirle una influencia sobre esta clase de personas jurídicas mayor que en las asociaciones: tanto condicionando su fundación y funcionamiento como facultando a la Administración para controlar éste y aun encargárselo. Lo que el legislador constitucional ha querido decir no se desvía de la figura ordinaria de la fundación, sometida a mayores requisitos y vigilancia que la asociación. En particular, se ha omitido en el artículo 344 para las fundaciones, deliberadamente, un apartado como el número 3 del artículo 22 que ordena llenar ciertas formalidades administrativas de creación de las asociaciones —la inscripción— advirtiendo que ello es «a los solos efectos de publicidad», y, por tanto, sin condicionar su existencia y autonomía que son independientes del cumplimiento de tales ceremonias. En las fundaciones, por el contrario, la ley puede condicionar su reconocimiento —puede, no tiene por qué hacerlo necesariamente— al cumplimiento de ciertas diligencias: la inscripción en el Registro y, antecedentemente, la clasificación, o tramitación equivalente. Entiendo, así, que la ley puede poner condiciones al «derecho de fundación», y tal es el significado de las últimas palabras del artículo 34; pero no puede, adicionalmente, incidir en el «contenido esencial» del ente fundado.

La reserva de ley del artículo 53 acaso resulta atenuada por esta expresión «con arreglo a la ley» del artículo 34, en cuanto que tal expresión da entrada a disposiciones de rango inferior

para disciplinar aspectos secundarios de la fundación. También ahora, como antes de promulgarse la Constitución, la Administración podrá disciplinar los aspectos procedimentales, organizativos y de control de las fundaciones, o bien ejercer la tutela sobre ellas, y, finalmente, en un aspecto externo, regular los campos de actividad de las mismas (la «beneficencia», la educación, etc.), campos en cuya extensión podrá poner condiciones razonables a cualquiera (también a la asociación o a la persona física) que pretenda ejercer allí su actividad.

8. GARANTIAS JURISDICCIONALES Y FUNDACIONES ILLICITAS

a) La remisión del artículo 34 al 22-4 implica una limitación considerable en la intervención de la Administración en las fundaciones: sólo los jueces pueden disolverlas o suspender sus actividades, y no el poder ejecutivo. El requisito de que la resolución judicial sea *motivada* es obvio: en realidad todas las resoluciones judiciales a nivel de sentencia habrán de ser motivadas —art. 120-3 de la Constitución—, y no veo cómo el pronunciamiento judicial que ordena la disolución o suspensión de una fundación podría adoptar la forma de providencia o de auto.

Que las fundaciones, en adelante, no puedan ser disueltas por la Administración ni suspendidas en sus actividades, recorta notablemente la práctica actual del protectorado. Frente a las medidas más drásticas, tales como declarar disuelto el ente, o disolverlo, o suspender su actividad, la fundación no sólo está bajo la protección de la ley, sino también bajo la del poder judicial frente a la Administración. Esta es su tutora, pero, igual que el representante legal de un menor o incapacitado, tiene sus facultades limitadas en cuanto a las decisiones más importantes, aquí las de disolver o suspender. Acaso, igualmente, aquéllas que equivalen a una disolución o suspensión, o que la lleven consigo: es actualmente discutible si, no consintiéndolo los respectivos patronatos (allanamiento), podría el protectorado estatal o comunitario ordenar la fusión de varias fundaciones imposibilitadas individualmente de desarrollar su objeto.

b) A su vez, la referencia al artículo 22-2 contiene una limitación evidente (la presencia de fines o medios delictivos) al derecho de fundación. Quiere decir que una fundación no puede, según su propio Estatuto fundacional, perseguir fines tipificados como delito (por ejemplo, fundación para el fomento de la eutanasia), ya que entonces su establecimiento es un acto contra ley y el supuesto ente carece de personalidad: no alcanza ninguna capacidad jurídica. Dígase lo mismo si los Estatutos ordenan o facilitan el empleo de medios delictivos (fundación en favor de la tercera edad cuyas reglas le prescriban facilitar venenos indolores a los ancianos enfermos crónicos que lo soliciten). Cuando una

fundación, de hecho y sin reflejo en los Estatutos, persigue fines o utiliza medios delictivos, no es, exactamente, ilegal, sino que obra contra la ley, lo cual podrá ser motivo suficiente para que, por aplicación del apartado 4, la disuelvan los tribunales, o bien, simplemente, para que se pase a los tribunales el tanto de culpa de sus administradores y los sustituya por otros el Protectorado.

También será aquí la autoridad judicial quien haya de declarar la ilicitud de los fines o medios, sea en un proceso penal o, a falta de delito, en el declarativo civil (Ley de 26 de diciembre de 1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona).

El pago del precio en el arrendamiento de servicios profesionales

Por FRANCISCO LUCAS FERNANDEZ

El pago del precio es la obligación más importante desde el punto de vista jurídico y económico de entre las que incumben al beneficiario del servicio convenido, esto es al arrendatario.

Como ya venimos repitiendo, constituye un requisito esencial de este contrato la fijación de un precio cierto que debe pagar el arrendatario. Sin precio cierto no puede haber arrendamiento de servicios. Habrá otra cosa, pero no arrendamiento de servicios.

Lo que ocurre es que en este tipo de arrendamiento de servicios de profesionales no siempre se fija este precio cierto de un modo expreso por las partes contratantes antes de prestar el servicio, generalmente porque el cliente confía en el profesional y entiende que sus honorarios serán fijados con arreglo a criterios objetivos o uniformes, y el profesional no siempre estima oportuno plantear este tema al primer contacto con el cliente.

Tal precio en muchas profesiones se fija o en función de la cuantía de la materia sobre que verse aquél, no siempre conocida en el momento de contratar, o en función del tiempo de estudio o dedicación al asunto llevado a cabo por el profesional o de las molestias por razón de la hora, lugar u otras circunstancias o de la especial pericia que requiera, o de la gravedad del mismo o combinando algunos de estos componentes. Es entonces el profesional quien en la inmensa mayoría de los casos señala al cliente el precio de sus servicios (llámesele honorarios, estipendios, derechos, etc.). Naturalmente que para evitar abusos, los colegios profesionales fijan unas tarifas reguladoras de los honorarios profesionales o unos criterios orientadores que pueden servir de módulo para apreciar si en el caso concreto se ha producido un exceso por el profesional en la fijación de tales honorarios. Y evidentemente el cliente podrá impugnar por excesivos los honorarios que se apartaran de las instrucciones o normas del respectivo colegio.

La jurisprudencia viene admitiendo que no es necesario fijar previamente el precio del arrendamiento de servicios del profesional. Basta la posibilidad de su establecimiento.

En Sentencia de 27 de diciembre de 1915 declara que ha de esti-

marse que existió la estipulación del precio cierto, ya que, según doctrina legal, no es precisa la determinación de su cuantía, sino que basta la posibilidad de su establecimiento, según la costumbre o la ley, y siendo evidente que no puede apreciarse *a priori* la importancia y por tanto la cuantía de los honorarios que en el curso de cualquiera reclamación judicial haya de devengar en letrado, la costumbre de su retribución sancionada también en el artículo 12 de la L. E. C. ha establecido su determinación *a posteriori* mediante la presentación de minuta detallada, en relación con los trabajos prestados y expresión de su cuantía, si bien sujeta por la misma Ley a su impugnación, pues no sería justo que ello quedase completamente al arbitrio de una de las partes contratantes.

Otra Sentencia de 24 de noviembre de 1954 entiende que no se han infringido los artículos 1.547 ni 1.542 del Código civil toda vez que el Tribunal de instancia declara que... (el cliente) asiduamente consultaba con el actor en asuntos jurídico-financieros, y si no medió señalamiento de precio cierto, ello implicaba acomodamiento a las circunstancias del caso, pues señaladamente en reclamaciones procedentes del ejercicio de profesiones liberales tiene reconocido la reiterada jurisprudencia de este Tribunal no ser necesario fijar el precio previamente al contraer la obligación, sino que los Tribunales gozan de facultades para determinarlos como cuestión de hecho.

Para algunas profesiones la fijación de honorarios ofrece menos problemas cuando la estimación de su cuantía se ha de llevar a cabo con arreglo a unos aranceles o con sujeción a unas tarifas.

Así, por ejemplo, según el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España aprobado por Real Decreto 2.046/1982, de 30 de julio, en su artículo 17, párrafo 1.º. «Por los servicios profesionales prestados, el procurador tendrá derecho a los honorarios que fijen los aranceles vigentes».

El artículo 63 del Reglamento Notarial, en su párrafo 1.º, inciso 1.º, dispone que «La retribución de los notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el arancel notarial, sin que en ningún caso la percepción difiera del coste medio ponderado del documento incrementado con los derechos que correspondan según el arancel. La determinación de dichos costes corresponderá a la Dirección General de los Registros y del Notariado a propuesta fundada de la Junta de Decanos, y será vinculante para todos los notarios» (1).

Para los arquitectos sus honorarios se hallan regulados por las tarifas oficiales aprobadas por Decreto de 1 de diciembre de 1922.

En cuanto a los ingenieros agrónomos los honorarios por redacción de trabajos a particulares que la legislación vigente autoriza, son fijados por los Colegios Oficiales de Ingenieros Agrónomos, según tarifas de honorarios de ingenieros establecidos por la Presidencia del Gobierno según Decreto 1.998/61 de 19 de octubre y disposiciones complementarias.

(1) Redacción dada por el Real Decreto 1.126/82, de 28 de mayo.

Una Sentencia de 16 de abril de 1980 contempla un caso de reclamación de honorarios de arquitectos. El Juzgado de primera instancia estimó la demanda. La Audiencia confirmó la Sentencia. Recurrida ante el T. S. declaró éste no haber lugar al recurso en base a los siguientes Considerandos:

«Que en el primer motivo del recurso, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de E. Civil, se acusa la violación del artículo 1.544 del C. Civ. por aplicar la Sala de instancia tal precepto y calificar el contrato de autos como arrendamiento de servicios, cuando del encargo que se hace a los arquitectos recurridos no consta referencia al precio como tal requisito legal; pero sin perjuicio de recordar, para fundar con lo que subsigue la desestimación del motivo, que los honorarios de los arquitectos están regulados por el D. de 1 diciembre 1922, en función del presupuesto y según un coeficiente en relación con la categoría de la obra, toda la documentación al respecto, tal el encargo de ésta y las comunicaciones dirigidas a la Delegación de la Vivienda, amén del presupuesto integrado en el proyecto encargado, advera —sin haber sido desvirtuado— el contenido contractual y sus consecuencias, en particular el montante de obra presupuestada y su consecuencia económica en cuanto a gastos y precios, incluido en éstos, por derivación matemática según vía legal —la del Decreto citado— los honorarios de los arquitectos actores y hoy recurridos, de los que naturalmente se desprende la existencia de un señalamiento de precio por clara referencia al dato determinante —presupuesto de obra—, así como su conocimiento por el comitente y promotor de la construcción, según consta en el apartado primero del documento llamado —encargo de obra— por él suscrito, donde se lee que «los honorarios profesionales convenidos con el Arquitecto para el presente trabajo son los que resulten... según la aplicación de las tarifas vigentes», que son las aplicadas conforme al Decreto aludido.

Que de lo expuesto resulta manifiesta la determinación por las partes contratantes del requisito legal del artículo 1.544 del C. Civ. relativo al precio necesario, junto con la prestación del servicio para la calificación del convenio como contrato de arrendamiento de servicios y para extraer de ello la consecuencia de su obligado cumplimiento, tal como la Sala de instancia hizo, pues no hay que olvidar al respecto del precio que para tenerlo como fijado y como «cierto» no es preciso que el mismo se concrete de antemano —S. de 20 de marzo 1947— o en el instante de celebrar el contrato —S. de 22 de diciembre 1954—, por ser suficiente con que su determinación pueda llevarse a efecto después por los propios interesados —SS. de 4 julio 1961 y 7 octubre 1964— y con mayor razón en el caso del recurso, en el que el precio aparecía elevado según tarifa oficial y conforme al presupuesto, por lo que, en su caso, sería éste lo discutible, es decir, su monto real, pero como indeterminación en el «quantum»

con posibilidad de graduarlo y atenerse a ello y no como requisito expresado formal y suficientemente en el contrato.

Que también para rechazarlo es aplicable la doctrina anterior al motivo segundo, en el que con el mismo amparo legal se invoca la falta de aplicación del artículo 1.288 del C. Civ. porque la cláusula del precio de la hoja de encargo adolece de oscuridad por no establecer cantidad fija como precio o cuantía de los honorarios, objeción inadmisíble en cuanto éste aparece señalando en función de la obra proyectada y tarifa legal prevista, por lo que la Sala de instancia no tuvo en absoluto necesidad alguna de realizar una interpretación al respecto y en el sentido ahora denunciado —«favor debitoris»— porque tampoco conduciría a una solución razonable, dado que en esencia no se argumenta en torno de la constatación de un precio cierto —que sí consta en el contrato—, sino de la variación en el proyecto del número de viviendas por construir, tema por otra parte no ajeno a la voluntad del recurrente en tanto que aporto su consentimiento a tal variación, según prueba apreciada y conclusión no combatida de la Sala de instancia, y cómo ese número de viviendas —en definitiva, volumen de obra— era y es predeterminante del precio según tarifa, sería éste dato, y no el del precio como requisito, el que debiera haberse combatido, según antes se indicó.

Que en su virtud procede rechazar en su totalidad el recurso, con las consecuencias prevenidas en el artículo 1.748 de la L. E. Civ.»

Con lo expuesto no queremos decir que en las profesiones cuyos honorarios se sujetan a tarifas no pueda cobrar el profesional una cantidad superior. Esto es posible pero requiere pacto expreso que llegado el momento de la contestación deberá ser debidamente probado.

Así lo reconoce para los arquitectos el artículo 2.º del Reglamento aprobado por Orden de 11 de marzo de 1936, que establece que: «los arquitectos podrán percibir honorarios superiores a los fijados en las tarifas oficiales, siempre que así se hubiere convenido previamente con el cliente». Y este criterio es recordado por Sentencia de 13 de marzo de 1978 en un caso en que precisamente por no probar la existencia del pacto se redujo la pretensión de cobro de honorarios a los señalados en las tarifas oficiales.

En sus Considerandos 7.º a 12.º dice:

«Que los aludidos documentos no contienen la realidad de la existencia de un pacto expreso sobre los honorarios litigados, como el organismo recurrente sostiene, sino que, como acertadamente se razona en la sentencia recurrida, se refieren únicamente al encargo de los planos, y sólo por incidencia, aluden al importe de los honorarios, pero sin expresar rotundamente que se acepta el exceso que arrojan sobre los fijados en las Tarifas Oficiales; por lo tanto, al no reflejar una afirmación clara precisa, contraria a la que sienta la resolución impugnada como básica de su tesis absolutoria sobre ese exceso,

no sirve para evidenciar ese supuesto error en la apreciación probatoria que se le imputa.

«Que en el motivo segundo, y por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. Civ. se atribuye a la sentencia recurrida, infracción, por violación, del artículo 1.544 del C. Civ.; y en defensa de su prosperabilidad se alega que el Ayuntamiento de Calzada de Calatrava en Pleno, acordó encargar al Arquitecto señor C. los dos Proyectos litigiosos, mediante la contraprestación de abonarle 191.000 pesetas por cada trabajo, existiendo, por tanto —se dice— un precio cierto contractual, y consiguientemente, la Sala sentenciadora, al desconocer esta realidad, infringe por violación el invocado artículo.

«Que al razonar de ese modo la parte recurrente, hace supuesto de la cuestión, dando como probado que ha existido pacto expreso sobre ese precio que rebasa el importe del que corresponde con arreglo a las Tarifas Oficiales, y como esto es, precisamente lo contrario de lo que la sentencia afirma, y no se ha demostrado que tal afirmación fuera errónea, el motivo también tiene que decaer, arrastrado por el proceso del anterior.

«Que no puede tener mejor suerte el motivo tercero, que también se asienta sobre la base de que se ha convenido el pago de honorarios superiores a los que señala la Tarifa Oficial, hecho que, como ya queda expresado niega la sentencia recurrida, y que era lo que había que probar para que pudiera prosperar la demanda sobre tal exceso.

«Que como último motivo del recurso y con amparo en el ap. 4.º del artículo 1.692 de la L. E. Civ. se impugna la sentencia recurrida, imputándole que« en su fallo contiene disposiciones contradictorias; según la parte recurrente: a) la desestimación parcial de la demanda se apoya en la argumentación de que tenía que haberse probado la existencia de un pacto expreso a virtud del cual el Arquitecto podría cobrar una cantidad superior a la prevista en las Tarifas Oficiales, y como no se ha podido probar ese pacto expreso, sólo cabía condenar al pago de aquellas 103.256,87 ptas.; b) por tanto, la contradicción radica en que el rechace de la cantidad de 382.000 ptas., se fundamenta en que no hubo pacto expreso para percibirla, al exceder de lo que correspondería de aplicarse las Tarifas Oficiales, y, en cambio, frente a ese criterio denegatorio, la Sala concedió las ciento tres mil y pico de pesetas, sobre las cuales no había habido pacto de ninguna especie sobre su pago, lo cual, según dicha parte recurrente es un absurdo y contradice el artículo 359 de la L. E. Civ., que dispone que las sentencias sean claras, precisas y congruentes.

«Que la propia argumentación del organismo recurrente, patentiza que en el fallo de la sentencia recurrida no existen disposiciones contradictorias —como el precepto invocado exige—; y, además la lectura de este fallo lo corrobora, pues se limita a estimar parcialmente la demanda, declarando que el Ayuntamiento de Calzada de Calatrava adeuda al Arquitecto don Pedro C. S., en concepto de pago de honorarios, por redacción acordada de proyectos de obras municipales, la suma de 103.256,87 ptas., a cuyo pago se condena al expre-

sado Ayuntamiento, al cual se absuelve del resto de las pretensiones contenidas en la demanda sobre percibo de superior cantidad por igual concepto, en cuyo exceso se desestima también parcialmente dicha demanda.»

Es posible pactar el pago de honorarios para el supuesto de que se cumpla una condición suspensiva. Así parece admitirlo para los arquitectos la Sentencia de 21 de febrero de 1978, en un caso en que se había subordinado el pago de los honorarios del arquitecto al evento condicionante consistente en la concesión de un importante préstamo a la entidad cliente por parte del Banco de Crédito Industrial. En este caso se llegó a conceder el préstamo y se entregó la cantidad prestada, aunque seguida de un depósito irregular cuyo desbloqueo no procuró la prestataria por móviles ajenos al actor. El T. S. en esta Sentencia confirma las sentencias de primera instancia y de la Audiencia condenando al pago de los honorarios, argumentando en base al artículo 1.119 del Código civil, que basándose en el principio de la buena fe que alcanza a todo contrato, como primordial que es en la esfera del Derecho de obligaciones, según el artículo 1.258 y aplicando la regla «*dolus pro impleta condicione (ut perinde habeatur, ac se impleta conditio fuisset)*», tiene por cumplida la condición cuando el interesado en que no se realice impide su cumplimiento.

Algunos pactos relacionados con la fijación de honorarios están prohibidos. Así, por ejemplo, el pacto de «*quota litis*» se prohíbe expresamente en el artículo 17, párrafo 2.º del Estatuto General de los Procuradores en los siguientes términos:

«De ningún modo se admitirá la fijación del pago de un tanto por ciento o parte alícuota del valor que se obtenga del litigio o de los bienes litigiosos, prohibiéndose el pacto de «*cuota litis*».

E igualmente, en el Estatuto General de la Abogacía, en su artículo 56, 1, párrafo 2.º, inciso 2.º, en los siguientes términos: «queda expresamente prohibido el pacto de "cuota litis"».

Para los notarios, el artículo 63 del Reglamento Notarial, en su último párrafo y con referencia a aquella parte de la actividad notarial sujeta a arancel, dispone que: «El notario podrá dispensar totalmente los derechos devengados en cualquier documento, pero no tendrá la facultad de hacer dispensa parcial que se reputará ilícita».

Titular del crédito de honorarios profesionales es el profesional que ha realizado el servicio causa de la retribución.

Es, por consiguiente, éste quien debe en principio ejercitar la acción para reclamar el pago. Sin embargo, hay algunos casos en que la reclamación puede ser efectuada por persona distinta al profesional.

Así, algún colegio profesional como el de arquitectos, puede actuar los derechos de los colegiados pero no como representantes de ellos sino en uso de las atribuciones que las leyes les otorgan.

Una Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1977 dice en su único Considerando:

Que, conforme a lo dispuesto en los artículos 37 y 38 del C. Civ., tercero del Real Decreto de 27 diciembre 1929, y primero de los Estatutos para régimen y gobierno de los Colegios Oficiales de Arquitectos de 13 junio 1931, ratificado por Ley de 4 noviembre siguiente, estas Entidades gozan de capacidad plena para actuar ante los Tribunales pretensiones de derecho material en favor de sus colegiados e incluso para reclamar los honorarios profesionales correspondientes a los trabajos particulares realizados por éstos, que deben hacerlos efectivos por mediación de las mismas (art. 8.º del mencionado Estatuto), a quienes está encomendada la Organización de los servicios necesarios para su cobro (ap. G. del párr. 2.º del artículo 3.º del Estatuto antes aludido), habiéndolo entendido así la doctrina de esta Sala, sustentada en sus sentencias de 21 noviembre 1958, 8 junio 1972, 28 febrero 1973 y 4 octubre 1974 y muy especialmente, por guardar cierta analogía con el supuesto aquí contemplado, la de 29 enero 1976, y cómo la misma ha sido inobservada por el Tribunal «a quo» al emitir su fallo, de ahí que en éste se haya incurrido en las infracciones, que, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la L. E. Civ., se denuncian en los dos primeros motivos del presente recurso, que, en su consecuencia deben prosperar, sin que sea preciso entrar en el análisis del tercero.

Y la Sentencia de 8 de junio de 1972 aborda frontalmente el problema en tres de sus Considerandos que transcribimos a continuación:

Que en el motivo segundo, el recurrente amparándose en el número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. Civ, imputa a la sentencia recurrida, «infracción de ley por violación del artículo 1.257, en relación con el 1.091 del C. Civ.», y, a fin de justificar la procedencia de tal motivo, alega que se comete esa infracción «al otorgar al Colegio de Arquitectos de Valencia, acción contra el demandado, a pesar de que en la demanda inicial dice obrar por sí y no en favor del Arquitecto señor G. G.», y a pesar de que dicho demandado no tuvo relación contractual alguna con aquella Entidad, la cual únicamente podría comparecer —dice el recurrente— «a virtud de los poderes otorgados por el señor G. G., pero obrando en nombre del citado señor, y jamás postular para sí mismo, una pretensión de la que no tiene relación con el demandado».

Que, en realidad, en este motivo, vuelve el recurrente a promover la misma cuestión que ya planteó en la instancia, y que no guarda relación con la falta de personalidad en la parte actora, ya que ésta no se arroga la representación del Sr. G., y los que en nombre de la entidad, dan poder a Procuradores, están facultados para ello por los correspondientes Estatutos legales, y el Colegio, al actuar los derechos de los Colegiados, obra en uso de las atribuciones que las leyes le otorgan; olvida el recurrente que en numerosas ocasiones, el ordenamiento jurídico legitima como partes procesales, a sujetos

o entidades que, sin ser titulares de la relación jurídica discutida, no actúan tampoco en nombre del verdadero titular, sino en nombre propio, aunque haciendo valer o soportando obligaciones indiscutiblemente ajenas; son éstos, los supuestos que la técnica denomina de sustitución procesal, por virtud de cuyo instituto, se consideran legitimadas para actuar en el proceso, a personas que, sin ser titulares de la relación jurídica litigiosa, pueden, no obstante, en nombre propio —y no en nombre ajeno, como el representante—, realizar válidamente actos procesales de parte, reputándose como tal parte el sustituto que defiende intereses de quien no puede o no quiere hacerlos valer.

Que ya esta Sala tuvo que pronunciarse sobre este problema, primero, con carácter general en la sentencia de 6 noviembre 1941, y más tarde, en la de 21 noviembre 1958, en un caso concreto de reclamación de honorarios de Arquitecto, deducida por el Colegio, proclamando en tal sentencia, que hay que mantener esta doctrina de la sustitución procesal, «en todos los casos en que se ofrezca un ligamen o vínculo legal de interés, entre sustituto y sustituido, cual en el caso de autos acontece, toda vez que el Real D.-Ley de 27 diciembre 1929, que creó los Colegios de Arquitectos, el D. de 13 junio 1931, que aprobó sus Estatutos y, a su vez, fue aprobado y ratificado por Ley de 4 noviembre del mismo año y el Reglamento de Régimen Interno, establecen normas legales denotadoras de la facultad que asiste a tales Colegios para actuar en nombre de quienes a ellos están adscritos como Colegiados, entre las que resaltan las contenidas en los artículos 3.º y 6.º del citado Real Decreto-Ley, que les atribuye personalidad jurídica plena y la facultad de defender los derechos e intereses de la clase, facultad ésta que reitera el artículo 3.º letra e) de los Estatutos, ampliada a ... y el apartado letra g) que hace referencia a la organización de los servicios para el cobro de los honorarios profesionales en los trabajos particulares, siendo de singular relieve los artículos 3.º y 8.º, expresivo el primero de que el cobro de los honorarios «se efectuará por intermedio del Colegio, ... descontándose el dos por ciento de su importe», y el segundo que dice «que en el caso de que hubiere que recurrir a procedimiento judicial para el cobro de honorarios profesionales, y el Colegiado así lo desee, el Colegio llevará su tramitación, ... cuya palabra no puede tener otro alcance o significación, que la de que si el Colegiado lo pretende del Colegio, sea éste el llamado a postular en su nombre, el procedimiento judicial pertinente y por medio de su representación legítima, el percibo de los honorarios que se estimen adeudados».

En otra Sentencia, de 29 de septiembre de 1983, el Tribunal Supremo se pronuncia en sentido análogo. Los hechos, muy resumidos, eran éstos: se interpuso demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro y contra el arquitecto que redactó un proyecto para edificación de viviendas, y en la que se suplicaba «que por sentencia se declarase no ser correcta la

minuta, condenando a los demandados a la devolución de la cantidad indebidamente percibida en la cuantía que se fije en el período probatorio, con imposición de costas».

El Juzgado de primera instancia estimó la demanda. Apelada por los demandados, fue confirmada por la Audiencia Territorial. Interpuesto recurso de casación, el T. S. declara no haber lugar al recurso. Interesan aquí los Considerandos 2.º a 4.º de esta Sentencia de 29 de septiembre de 1983, que dicen así:

Que el segundo de los motivos, con el mismo amparo procesal, aduce también la infracción de ley «por el concepto de violación por inaplicación del artículo 1.257 CC», y en su desarrollo se insiste, ahora sin apoyo en normas procesales, en que si el Colegio recurrente percibió la minuta de honorarios de su correcurrente, lo hizo en nombre de éste, a quien una vez percibidos se los entregó, por tanto no puede quedar obligado a devolver lo que no ha percibido, «porque se está accionando en base a un contrato en el que no ha sido parte»; pero este motivo también ha de correr la misma suerte desestimatoria como seguidamente se razona.

Que el contrato llamado de arquitecto («Architekteruentrag»), modalidad del contrato de ejecución de obra y del de prestación de servicios, puede admitir en la práctica matices muy variados según hasta donde alcance la actividad de aquel profesional; su estatuto jurídico, si bien se rige principalmente por las normas del Código Civil y las reglas generales de la contratación contenidas en dicho Cuerpo legal, no se sustrae a la intervención administrativa paraestatal, en cuanto que su configuración interna está prefijada a tenor de las normas contenidas en los Estatutos para el régimen y gobierno de los Colegios de Arquitectos, aprobados por D. 13 jun. 1931; su objeto fundamental, según el núm. 3, es defender los derechos e intereses profesionales y «organizar los servicios para el cobro de los honorarios»; los colegiados vienen obligados en la redacción y dirección de sus diversos trabajos profesionales a cumplir las normas reglamentarias y a hacer efectivos sus honorarios por intermedio de los Colegios, aplicando la tarifa vigente, el arquitecto comunicaría al Colegio, mediante impreso oficial haber recibido el encargo de efectuar un trabajo profesional; esta regulación de efectos internos profesionales repercute para el particular transformando el contrato con el arquitecto en un contrato de adhesión, al menos en cuanto hace relación al alcance de la vinculación del arquitecto a su Colegio; de todo ello deriva, por un lado, la intervención del Colegio en el cobro de honorarios y en su fijación, y por otro, la postulación procesal que desde un punto de vista sustantivo ejerce la Compañía para reclamar el pago de honorarios, y también, como faceta ineludible de su fijación según la tarifa vigente, en su intervención procesal, cuando como en el caso debatido, se solicita una rectificación de aquella fijación de honorarios; así que, tanto en el caso de reclamación como en el caso de oposición a una previa fijación, la fun-

ción del Colegio es sustancialmente la misma que le asignan sus Estatutos, cumplir las normas reglamentarias aplicando a los honorarios, en este supuesto ya devengados, la tarifa vigente, y la consiguiente rectificación si es procedente; y tanto en un supuesto como en el otro el Colegio profesional defiende los derechos e intereses profesionales, cuestión distinta de reclamar como propios los honorarios o de devolverlos en su caso como propios, lo que evidentemente incumbe al colegiado correspondiente en ambos casos; de ahí la legitimación del Colegio bien para demandar o bien para ser demandado y su vinculación a una litis donde en definitiva se discute la fijación de honorarios en un caso concreto, como consiguiendo a una actuación del propio Colegio recurrente en donde ejerció la supervisión que el ordenamiento vigente le confiere; habiendo de intervenir asimismo cuando se trata de rectificar una actuación legal suya ajena a intereses económicos propios en sentido estricto, cuestión que sale de la esfera de aplicación del invocado precepto legal sustantivo que por consiguiente no ha podido ser infringido en la sentencia recurrida.

Que lo razonado precedentemente hace también desestimable el tercero de los motivos, que, con el mismo apoyo procesal alega, «la infracción de ley, en concepto de violación por inaplicación del artículo 1.725 CC», ya que no puede aceptarse que el Colegio recurrente en su función cuasi pública, de supervisión y de defensa de los derechos e intereses profesionales, y de promulgación de normas reglamentarias de tipo interno, aplicando las tarifas vigentes, actúe como mandatario de sus colegiados, sino precisamente todo lo contrario, pues su actuación se desarrolla en un plano de superioridad y de defensa de intereses corporativos, sin tener que sujetarse a mandato alguno de sus miembros integrantes en concepto de profesionales individuales; consideraciones que llevan a la desestimación del cuarto y último de los motivos, donde con el apoyo procesal de los anteriores se alega la interpretación errónea del artículo 1.544 CC en relación con el D 1 Dic. 1922 que aprobó las tarifas de honorarios de los arquitectos en los trabajos de su profesión; siendo de añadir respecto de este último motivo que, desde un punto de vista formal se invoca una norma de naturaleza administrativa, y en cuanto a su fondo en él se impugna, en definitiva, la interpretación que la Sala de instancia efectuó del contrato en litigio, impugnación que hubo de verificarse a través de la normativa sobre interpretación de los contratos, demostrando que la hermenéutica adoptada por el Tribunal de apelación fue ilógica o desorbitada, y no mediante la invocación de un precepto, como el del artículo 1.544 citado, que contiene meramente una definición del contrato de arrendamiento de obras o servicios; sin discutirse en el pleito la certeza del precio, sino únicamente la interpretación que a su cuantía dio la Sala de instancia, la que en definitiva ha de ser aceptada por esta Sala de casación, aunque la interpretación inimpugnada no fuese completamente exacta.

Para los ingenieros agrónomos, es de interés en este tema el artículo 12, 2, 7.º de los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Ingenieros Agrónomos y del Consejo General, aprobados por Real Decreto de 24 de septiembre de 1982, conforme al cual se señala entre las funciones generales de los colegios, entre otras, las de «comparecer ante los Tribunales de justicia en representación de los colegiados de número, ejerciendo las acciones procedentes en reclamación de los honorarios devengados por los mismos en el ejercicio de la profesión, siempre que se cumplan las condiciones acordadas por el Consejo General.

En los casos de litigio en que hubiere condena en costas, quien se encuentra legitimado para cobrarlas es el ganador del pleito que no es el abogado sino la parte interesada en las pretensiones sostenidas por aquél, aunque luego dicha parte deba satisfacer los honorarios si aún no lo hubiere hecho, al letrado o a sus herederos si hubiere fallecido. Así lo reconoció la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1970 en un caso en que habiendo fallecido el letrado que dirigió el pleito, redactó la minuta de honorarios el letrado que siguió en dicho pleito. La Audiencia estimó la impugnación de los honorarios del letrado fallecido, declarando no haber lugar a continuar el trámite legal de apremio para la exacción de las mismas sin perjuicio del derecho de sus herederos en cuanto a la efectividad de los honorarios, a ejercitar en el procedimiento que corresponda. Se interpuso recurso de súplica que fue desestimado. Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia, la que dejó sin efecto, dictando segunda sentencia declarando que la minuta presentada con referencia a los honorarios devengados por el letrado fallecido de la que es autor el letrado que siguió el pleito es perfecta y debe ser abonada por la parte condenada al pago de costas.

En su primera Sentencia, dice en sus Considerandos:

Que el hecho de que, durante la tramitación de un asunto, fallezca el Letrado que dirigió el mismo, y llegado el trance de la tasación de costas, hipótesis desde luego no prevista por la ley, de modo expreso, presenta las conclusiones siguientes: Primero) Que no se altera la situación jurídica, de ninguna de las partes, pues la condenada al pago ha de satisfacer las costas que fueren causadas y la tasación de las mismas ha de ser percibida por el ganador del pleito, el que se encuentra «legitimado» para cobrarlas aunque con su importe, deba satisfacer los honorarios, si aun no lo hubiere hecho, a los familiares del Letrado fallecido. Segundo) Que, por tanto, los herederos de éste, carecen de acción para pedir el abono de las costas y sólo pueden percibir el importe de las mismas, reclamado por la parte que fue la ganadora del pleito; de aquí que obligarle a seguir un litigio aparte, supondría tanto como desembocar los trámites ordinarios de la tasación y llevarles a un litigio que pudiera imponerse con éxito la falta de legitimación pasiva, pues no es el Abogado el

ganador del pleito, sino la parte interesada en las pretensiones sostenidas en aquél. Tercero) Que propuesta la obligación de pagar, a la parte ganadora del pleito, surge la obligación de hacer entrega a la familia del letrado de la cantidad satisfecha, pero esto es cuestión distinta que supondría el ejercicio de acciones diferentes, bastando para asegurar al condenado a costas que su pago hace cesar toda responsabilidad en parte, si la cuantía de la misma no se ajusta a lo pedido, por ese concepto. Cuarto) Que esto lleva a la determinación de quien ha de regular la minuta y es práctica corriente que sea el Abogado mismo que siga el pleito quien la efectúa, siguiendo por analogía el criterio establecido en el artículo 423 de la L. E. Civ., pues él es quien tiene noticia exacta del esfuerzo hecho por el Abogado fallecido y éste es el criterio seguido en el caso de autos.

Que las reflexiones indicadas permiten al aplicarlas dar lugar a los motivos que el recurso expresa, ya que en el primero subsiste el error que se denuncia; los dos siguientes, acreditan la violación y la interpretación errónea de la doctrina establecida por este T. S. en la materia, y el cuarto es demostración por analogía de la violación del artículo 423 que se cita, todo lo que ha de producir la estimación del recurso, con la consiguiente casación, de la sentencia a que hace referencia.

En el supuesto de letrados asesores jurídicos de una empresa se ha planteado el problema de si los honorarios devengados por él en juicio a cargo del tercero vencidos en costas, quedan para su cliente, la empresa asesorada, o si puede, y aun debe, percibirlos el letrado.

El Colegio de Abogados de Madrid, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este particular en acuerdo de su Junta de Gobierno de 7 de octubre de 1969, y recordado a los colegiados en carta circular de mayo de 1982 que por su interés transcribo a continuación:

«Una vez más viene en conocimiento de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid el caso de los abogados que, contratados como asesores jurídicos de empresas, con carácter de continuidad, a remuneración fija en su cuantía y periódica en sus vencimientos, han de ceder en beneficio del empresario el importe de los honorarios devengados en juicio a cargo del tercero vencido en costas.

Para poner fin a semejantes situaciones, no ha bastado, al parecer, el que este Ilustre Colegio se haya pronunciado, como ha hecho reiterada y ostensiblemente, en términos de total reprobación del sistema, que rebasando el ilícito civil incurre en lo ilícito moral con detrimento de los derechos de los abogados en particular y de la abogacía en suma.

La condena en costas, tanto si procede del imperio procesal casuista como si viene cualificada por la regla genérica del artículo 1.902 del Código civil, cual obligación extracontractual nacida de la culpa, tiene su razón de ser en el principio de indemnización del perjuicio económico que supone el costo del pleito.

Es así de entender que cuando el órgano jurisdiccional se pronuncia imponiendo al litigante vencido el pago de las costas, la obligación

estriba en resarcir en su justo precio, sin merma ni enriquecimiento, los diversos conceptos económicos dispendiados en el pleito.

Uno de estos conceptos económicos es el trabajo que aporta el abogado de su propia ciencia y esfuerzo como verdadero bien económico, cuyo contravalor justo son los honorarios adecuados a la concreta actuación.

Como el destinatario del derecho sustantivo de resarcimiento es, sin duda, aquel que efectivamente hubiere anticipado la prestación resarcible, resulta evidente que si la percepción de esos honorarios profesionales se materializa en persona distinta de la que soportó su contraprestación, se produce en aquélla el ilícito civil del enriquecimiento sin causa, con más el ilícito moral que representa la privación en ésta de lo que de antemano otorgó y le queda sin retribuir.

Cierto que los pronunciamientos de sentencia van destinados a las partes litigantes, pero ello no es sino una exigencia meramente formal del proceso, que, en modo alguno, puede confundirse con la sustantividad de los derechos materiales imperantes, sea cual fuere el orden establecido para su exigibilidad.

Y en nada de ello interfiere el hecho de esa contracción y retribución genérica del empresario y su asesor jurídico permanente, pues ni el objeto ni la causa de este contrato se identifican con los de esa obligación extracontractual que, decimos, es el pago de las costas litigiosas.

Es evidente que el objeto y la causa del contrato de asesoramiento jurídico, llámese arrendamiento de servicios, mandato o laboral en sentido estricto, están respecto del empresario en esa prestación de la asistencia jurídica que precisare. No es lícito entender ni pretender que lo perseguido en el contrato para el empresario sea la productividad, es decir, los honorarios, que resulte del ejercicio en sí de la abogacía, ya que ésta como profesión está reservada por Ley, en términos que no admiten el pacto en contrario, tan sólo a quienes reúnen las cualidades y levantan las cargas al efecto preestablecidas.

Y aquí es donde la abogacía, como colectividad, se llama a ser parte interesada, pues por fuerza de lo justo, no tan sólo de lo reglamentado, ha de considerar intrusista a quien sin reunir sus cualidades ni participar en sus cargas, pretenda beneficiarse de sus derechos.

No es, por tanto, sólo en protección de sus colegiados, sino también en defensa de sus prerrogativas, de donde surge la necesidad de que el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid adopte las medidas necesarias para impedir que los asesores jurídicos de empresa, colectiva o individual, contratados a retribución fija y periódica, hagan cesión en beneficio del empresario de los honorarios imputados al tercero vencido en pleito y, para ello, declarando el hecho como prohibido, acuerde su persecución como corresponda y siempre su sanción cuando ello entre en la competencia de su jurisdicción disciplinaria.»

Para el cobro de sus honorarios, en caso de renuencia por el cliente, podrá en principio acudir el profesional a los cauces procesales ordinarios previstos para las reclamaciones de cantidades adeudadas.

Pero en algunos casos el ordenamiento jurídico ofrece a ciertas

categorías de profesionales un procedimiento especial privilegiado que permite a éstos puedan hacerlos efectivos con trámites simplificados.

Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1970 en su segundo considerando, que dice así:

Que nuestro Ordenamiento Jurídico, en los artículos 7, 8 y 12 de la L. E. Civ., ha creado un procedimiento especial privilegiado, en favor de Procuradores y Letrados, para evitarles el tener que acudir al juicio declarativo que deberían seguir, si no estuviera establecido aquél; procedimiento especial que convierte en requerimiento judicial de pago la pretensión de dichos funcionarios, y que da lugar a la apertura de la vía de apremio, si no se paga dentro del plazo para ello concedido, por cuya razón por algunos es denominado proceso monitorio, mientras que por otros es calificado de proceso especial, pues confiere categoría de título ejecutivo a determinados documentos que, sin expresa disposición de la Ley no la tendrían, y que, además, no parece abrir paso a la oposición del requerido, que obligaría al requirente a acudir al juicio ordinario.

Y en efecto, así es. Los artículos 7 y 8 de la L. E. C. se refieren a reclamaciones de honorarios de procuradores. El artículo 12 a los de abogados. Dicen así:

Art. 7. Si después de entablado un negocio el poderdante no habilitare a su Procurador con los fondos necesarios para continuarlo, podrá éste pedir que sea aquél apremiado a verificarlo.

Esta pretensión se deducirá en el Juzgado o Tribunal que conozca del pleito, el cual accederá a ella, fijando la cantidad que estime necesaria y el plazo en que haya de entregarse, bajo apercibimiento de apremio.

Art. 8. Cuando un Procurador tenga que exigir de su poderdante moroso las cantidades que éste le adeude por sus derechos y por los gastos que le hubiere suplido para el pleito, presentará ante el Juzgado o Tribunal en que radicare el negocio cuenta detallada y justificada, y jurando que le son debidas y no satisfechas las cantidades que de ella resulten y reclame, mandará la Sala o el Juez que se requiera al poderdante para que las pague, con las costas, dentro de un plazo, que no excederá de diez días, bajo apercibimiento de apremio.

Igual derecho que los Procuradores tendrán sus herederos respecto a los créditos de esta naturaleza que aquéllos les dejaren.

Verificado el pago, podrá el deudor reclamar cualquier agravio, y si resultare haberse excedido el Procurador en su cuenta, devolverá el duplo del exceso con las costas que se causen hasta el completo resarcimiento.

Art. 12. Los Abogados podrán reclamar del Procurador, y, si éste no interviniera, de la parte a quien defiendan, el pago de los hono-

rarios que hubieren devengado en el pleito, presentando minuta detallada y jurando que no le han sido satisfechos.

Deducida en tiempo esta pretensión, el Juez o Tribunal accederá a ella en la forma prevenida en el artículo 8; pero si el apremiado impugnare los honorarios por excesivos, se procederá previamente a su regulación, conforme a lo que se dispone en los artículos 427 y siguientes.

Una Orden de 12 de mayo de 1934 aclara estos preceptos en los siguientes términos:

«Que en los expedientes que se incoen por los Procuradores contra sus poderdantes, sobre provisión de fondos a cuenta jurada, sean tramitados con la mayor brevedad posible, sin admitirse en los mismos alegaciones que dilaten las diligencias ni hacer declaraciones de derecho, las cuales quedan reservadas para el juicio ordinario correspondiente, y que desaparecida la persona del poderdante sin que éste haya satisfecho las responsabilidades reclamadas se dirigirá la acción contra aquellos en cuyo beneficio se hicieron los derechos y suplidos por el Procurador y Letrado reclamante.»

A su vez, tal Orden fue aclarada por otra Orden de 4 de agosto de 1934, que dice así:

«La Orden dictada por este Ministerio, con fecha 12 de mayo del corriente año, en la que ejercitando la potestad reglamentaria inherente a la Administración se desarrollaban preceptos de la legislación procesal sin mengua ni perjuicio de la independencia que para la aplicación de las Leyes en los casos concretos corresponde a los Tribunales, bajo su propia responsabilidad, conforme el párrafo tercero del artículo 94 de la Constitución de la República española y los artículos segundo y séptimo (número primero) de la Ley Orgánica de Poder Judicial se limitó, según en su texto se expresa:

1.º A disponer que no se desvirtuará, mediante alegaciones, dilaciones y declaraciones impropias de su naturaleza ejecutiva y sumaria el procedimiento establecido por los artículos 7, 8 y 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 33 de la Ley de 22 de junio de 1894.

2.º A determinar que el sujeto pasivo de la acción privilegiada que en dichas disposiciones se concede es el poderdante, como en las mismas con toda claridad se preceptúa; y

3.º A establecer que cuando (por un evento excepcionalmente realizable) la persona del poderdante desaparezca sin haber satisfecho las responsabilidades reclamadas mediante dicha acción, se consideren pasivamente legitimados respecto de éste aquellos en cuyo beneficio se contrajeron las responsabilidades expresadas.

Ni directa ni indirectamente resolvió ni trató de resolver dicha Orden la cuestión relativa a si en los casos en que el poderdante actuó no por sí, sino como representante legal de una persona física, o como órgano

de una persona jurídica, o como sustituto procesal, o como gestor (cual sucede en los casos de la herencia yacente y de la quiebra) de un patrimonio autónomo, separado de su titular y confiado para su administración a aquél, la acción privilegiada y ejecutiva concedida por la Ley a los Letrados y Procuradores puede tener como objeto los bienes peculiares y propios del representante, órgano sustituto o gestor que dio el poder o, por el contrario, sólo puede ser satisfecha con cargo a las personas físicas o jurídicas o al patrimonio autónomo en cuyo interés el poderdante actuó; puesto que esta cuestión por su complejidad (que requiere tener en cuenta y relación preceptos diversos del Derecho procesal y sustantivo, las variadas circunstancias en cada caso concreto) no podrá resolverse por una disposición ministerial que no pretendió otra finalidad ni tiene más alcance que evitar complicaciones prácticas inadecuadas a la sencillez del procedimiento a que la Orden se refería.

Mas como no ha faltado quien haya entendido que mediante la Orden de 12 de mayo último se resolvía la cuestión aludida, es conveniente que de modo terminante y expreso conste lo contrario, y al efecto

Este Ministerio ha acordado que la Orden de 12 de mayo de 1934, relativa a la interpretación de los artículos 7, 8 y 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 33, de la de 22 de junio de 1894 y 259 del Reglamento de esta última Ley, se entienda limitada, respecto a su objeto, finalidad y alcance en los términos consignados en las precedentes consideraciones.»

En caso de impugnación se procederá según el artículo 12 de la L. E. C. en la forma que se dispone en los artículos 427 y siguientes.

Estos artículos se hallan en el Título XI del Libro I de la L. E. C. bajo la rúbrica «De la tasación de costas», comprendiendo los artículos 421 a 429, inclusive.

Se prevé que cuando haya condena en costas, luego que sea ejecutoria, se procederá a su exacción por vía de apremio, previa su tasación (cfr. art. 421); tasación que se practicará en los juzgados y tribunales por el secretario que haya actuado en el pleito, incluyendo todas las que comprenda la condena y resulta que se han devengado hasta la fecha de la tasación (cfr. art. 422).

Según el artículo 423:

«Se regularán con sujeción a los Aranceles los derechos que correspondan a los funcionarios que a ellos están sujetos.

Los honorarios de los Letrados, peritos y demás funcionarios que no estén sujetos a Arancel se regularán por los mismos interesados en minuta detallada y firmada, que presentarán en la Escribanía por sí mismos, sin necesidad de escrito, o por medio del Procurador de la parte a quien hayan defendido, luego que sea firme la sentencia o auto en que se hubiese impuesto la condena. El actuario incluirá en la tasación la cantidad que resulte de la minuta.»

El artículo 424 excluye de la tasación determinadas partidas cuya determinación en la práctica puede ofrecer dudas y que por esto mismo ha venido a ser de frecuente cita en las Sentencias sobre impugnación de honorarios.

Dice así:

Art. 424. No se comprenderán en la tasación los derechos correspondientes a escritos, diligencias y demás actuaciones que sean inútiles, superfluas o no autorizadas por la Ley, ni las partidas de las minutas que no se expresen detalladamente o que se refieran a honorarios que no se hayan devengado en el pleito.

Tampoco se comprenderán las costas de actuaciones o incidentes en que hubiere sido condenada expresamente la parte que obtuvo la ejecutoria, cuyo pago será siempre de cuenta de la misma.

Hecha y presentada la tasación, no se admitirá adición o inclusión de partida alguna, reservando al interesado su derecho para reclamarla de quién y cómo le corresponda (cfr. art. 425). De la tasación se dará vista a las partes por término de tres días a cada una, principiando por la condena al pago (art. 426).

Pues bien, los artículos 427 y siguientes son los que regulan la impugnación de honorarios.

Según ellos:

Art. 427. Si los honorarios de los Letrados fueren impugnados por excesivos, se oír por el término de dos días al Letrado contra quien se dirija la queja y después se pasarán los autos al Colegio de Abogados, y donde no lo hubiese, a dos Letrados designados por el Juez o la Sala, para que den su dictamen. Si no los hubiere en el lugar del juicio, o estuvieran todos interesados en el asunto, se pasarán los antecedentes al Colegio de Abogados más próximo por medio del Juez de primera instancia respectivo.

Lo mismo se practicará cuando sean impugnados por excesivos los honorarios de los peritos o de cualesquiera otros funcionarios no sujetos a Arancel, oyéndose en este caso el dictamen de la Academia, Colegio o Gremio a que pertenezcan, y en su defecto, el de dos individuos de su clase. No habiéndolos en el lugar del juicio, podrá recurrirse a los de los inmediatos.

Art. 428. La Sala, o en su caso el Juez, con presencia de lo que las partes o los interesados hubieren expuesto, y de los informes recibidos sobre los honorarios, aprobará la tasación o mandará hacer en ella las alteraciones que estime justas, y a costa de quien proceda, sin ulterior recurso.

Art. 429. Cuando sea impugnada la tasación por haberse incluido

(2) Según la Sentencia de 16 marzo 1981, el informe del Colegio de Abogados respecto de la corrección de una minuta profesional reclamada en pleito, tiene el valor del dictamen pericial (por respetable que sea), que no es vinculante para el juzgador.

en ella partidas de derechos u honorarios cuyo pago no correspondiera al condenado en las costas, se sustanciará y decidirá esta reclamación por los trámites y con los recursos establecidos para los incidentes.

La aplicación de estas normas ha dado lugar a una muy interesante jurisprudencia que contempla los numerosos aspectos que ofrece el tema que examinamos.

Es difícil ofrecer una panorámica general de la misma. Pero vamos a tratar de exponer algunos de los problemas resueltos.

Así, se han considerado como partidas indebidamente incluidas, entre otras, las siguientes:

La correspondiente al escrito de personación en un recurso que no exige firma de letrado por excepción legal (SS. de 4 noviembre 1972 y 6 octubre 1981), así como la de instrucción del recurso formulado por la parte contraria cuando no ha existido trámite de instrucción para la parte defendida por el abogado minutante ni actuación judicial en que haya intervenido (S. 6 octubre 1981).

Las que se refieren a actividades más propias de gestor que de abogado (S. 16 marzo 1981) y en general los gastos que no responden a una actividad procesal, a tenor del artículo 424 L. E. C., aun cuando hayan sido convenientes o útiles para la parte vencedora, como son las cantidades reclamadas por el abogado «como salida del despacho por la mañana fuera de la localidad» y al importe de su viaje de Barcelona a Madrid (S. 20 abril 1982) o «viajes y no asistencia al despacho profesional (S. 12 diciembre 1979).

La partida de «instrucción» figurada en la minuta de honorarios cuando el abogado interesado reconoce implícitamente que no existió trámite de instrucción en la fase a la que los honorarios se referían (S. 14 abril 1982).

La partida de «preparación y asistencia a la vista oral», si consta en el acta de diligencia de vista oral que no compareció el abogado (S. 26 marzo 1982).

La partida de «informe ante la Sala» cuando el que informó no fue el letrado minutante, sino uno de sus pasantes, sin que conste en el acta de la vista. Dice la Sentencia de 20 de diciembre de 1972 en uno de sus Considerandos:

Que aunque el Letrado minutante alega en su escrito de contestación que, es cierto que por enfermedad no pudo concurrir al acto de la vista, pero que lo hizo por él uno de sus pasantes, sustitución frecuentemente admitida por los Tribunales y en cuyos casos los honorarios han de ser debidos al que alega; pero no es menos cierto que si bien para la delegación no se exige forma especial, sino que se admite por simple manifestación verbal, para que ésta surta los efectos pretendidos, ha de constar de alguna manera en el acta de la vista levantada por el Secretario; pues de no existir ninguna salvedad en el sentido apuntado, como ocurre en el presente caso,

hay que inferir que los Letrados que concurren a la vista entre los cuales no se encuentra el recurrido, lo hacen por sí y a ellos han de pertenecer los honorarios que se devenguen por tal concepto.

La partida de «gastos y suplidos, fotocopias», según Sentencia de 28 de mayo 1980, que dice en su primer Considerando:

Que tratando del presente incidente, originado a causa de impugnación por indebida de la partida consignada en la minuta de honorarios formulados por el Letrado don Joaquín G., por el importe de 400 pesetas referentes al concepto «gastos y suplidos, fotocopias», es de llegar a la solución estimatoria, con la consiguiente exclusión de ella, de conformidad con lo prevenido en el párrafo 1.º del artículo 424 de la L. E. Civ., en concordancia con el 429 de la misma, puesto que trata de diligencia no autorizada por la Ley, desde el momento que la minuta de honorarios de Letrado debe limitarse a comprender los devengos derivados de su estricta actividad profesional emanantes de su cualidad de tal carácter de profesional del Derecho, y no a otros aspectos complementarios de ella como es la de suplidos por cualquiera clase de copias, que si pueden generar devengo reintegrador lo será por otro cauce diferente del de minuta de honorarios, como puede ser suplidos del Procurador que los obtenga, dado que lo comprensible en los honorarios de Letrado es simplemente el abono del trabajo intelectual, y su desarrollo, realizado por el Letrado, pero no los trabajos materiales, que si aquél los ha asumido personalmente ya quedan insertos en su reclamación genérica de honorarios profesionales.

En cambio, se han considerado correctamente incluidas las siguientes partidas, entre otras:

Los conceptos «Estudio del recurso de casación e informe en el acto de la vista» se corresponde con diligencias y actuaciones precisas para la intervención en el recurso de casación como letrado del recurrido, por lo que se halla en el ámbito de la tasación de costas, y mayormente habida cuenta que tales conceptos son aspectos complementarios de una única actividad procesal, dado que mal puede informarse adecuadamente en un recurso de casación en que se actúa de recurrido, sin hacer estudio del mismo (S. 2 de julio de 1981).

La inclusión del importe de las pólizas de las mutualidades es correcta, porque si bien es cierto que la vigente legislación dice que serán de cargo del abogado y del procurador, no lo es menos que nada impide el derecho de los mismos a repercutir su importe a sus clientes o a la contraparte si esta resulta condenada en costas (S. 9 mayo 1977).

En general, «de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Sala, para resolver acerca de si son o no realmente debidos los honorarios del letrado que son objeto de impugnación, es preciso valorar la efectiva intervención de dicho profesional tal y como sucedió en el presente caso, circunstancia que no puede ser desvirtuada por el hecho del de-

sistimiento y caducidad, respectivamente, de los recursos interpuestos, dado el plazo con que tuvo conocimiento de los mismos el letrado que minuta, para lo cual ejercita un derecho incuestionable que obliga a desestimar la impugnación formulada, con independencia de la cuantía exacta en que se cifra aquella actuación y con expresa imposición de las costas de esta instancia a la parte que la motivó» (S. 12 enero 1968).

Los requisitos que debe reunir la minuta del letrado se contemplan en numerosas Sentencias del Tribunal Supremo que insisten reiteradamente en la necesidad de que las minutas se expresen detalladamente. Así, la Sentencia de 11 de junio de 1974 declara en su segundo considerando:

Que es terminante la disposición del artículo 423 de la L. E. Civ., en el sentido de que los honorarios de los profesionales y funcionarios que cita, entre ellos los letrados, se regularán por los mismos interesados en minuta detallada y firmada y el artículo siguiente 424 del propio cuerpo legal reiterando implícitamente la misma exigencia sanciona su incumplimiento añadiendo que no se comprenderán en la tasación de costas las partidas de las minutas que no se expresen detalladamente, lo cual tiene por objeto, como resalta la doctrina procesalista, el que se pueda apreciar con más acierto si son o no proporcionados los honorarios por cada concepto, objetivo que no puede alcanzarse en las minutas que regulan los honorarios globalmente sin especificar por su orden cronológico con el detalle necesario de fecha y objeto del escrito o de la operación a que se refiere, las partidas individualizando cada actuación a que se refiera o sea el importe de cada uno de los conceptos que integran la cantidad global que ha de ser el resultado de una suma; exigencias legales que no han sido cumplidas en la minuta que se impugna, en la que aparece una cantidad global por unos conceptos cuya cuantía respectiva no se especifica.

La Sentencia de 21 octubre 1972 ya dice en su único considerando:

Que la expresión del artículo 424 de la Ley Rituaria, de que no se incluirán en la tasación de costas «las partidas de las minutas, que no se expresen detalladamente» significa en su recto sentido, que no deben incluirse las que no expresen partida por partida, el objeto del escrito o de la diligencia a que se refiere y apareciendo de la minuta que se impugna, ahora por indebida, una cantidad por el trámite de instrucción del recurso y otra por preparación y asistencia a la vista con informe ante la Sala, no puede menos de apreciarse, que los conceptos de los devengos están concretados con absoluta claridad, con el detalle que el artículo que se dice infringido requiere, lo que obliga a la desestimación de las pretensiones de la demanda incidental por indebidas, apreciando temeridad con la interposición del incidente.

Y la de 30 de junio de 1980 insiste en su primer considerando:

De acuerdo con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 423 de la LEC, las minutas de los Letrados intervinientes en las actuaciones judiciales habrán de ser detalladas, lo que, en la constante y uniforme interpretación de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo (SS. entre otras, de 21 octubre 1977, 17 marzo 1976 y 11 junio 1974), significa que deberán expresar por separado y detalladamente cada uno de los conceptos objeto de minutación, circunstancia que no concurre en el presente caso, ya que, bajo la rúbrica «estudio de antecedentes, diligencias varias realizadas, preparación para la vista, asistencia a la misma e informe», se señala un importe total y conjunto de cuarenta y dos mil pesetas, *estimación global* de trabajos profesionales de distinta índole, que determina la entrada en juego de la sanción establecida en el artículo 424 de la citada LEC, por imposibilitar, en su caso, a los Tribunales, la detracción de las cantidades que correspondan a las partidas que estimen de improcedente abono, debiendo, en consecuencia, reputar indebidos los honorarios del Letrado aquí reclamados, estimando la impugnación postulada.

Otros casos que pueden ser de interés:

El de la Sentencia de 8 de noviembre de 1971, que dice en sus considerandos:

Que si bien la minuta de honorarios que bajo su firma presenta el letrado de la parte recurrida, a los efectos de ser comprendida en la tasación de costas se consigna partida por partida, con expresión de la fecha y concepto al que corresponden, sin embargo, no se especifican los devengos en que se valoran cada una de ellas, limitándose a fijar unos honorarios totales que se señala en la cantidad de 100.000 pesetas, en cuyo aspecto no se ajusta a lo requerido por el artículo 423 de la L. E. Civ. y no habría de dejar de suscitar, no ya dificultades, sino incluso material imposibilidad, si en su caso, algunas de dichas partidas pudiesen ser calificadas de indebidas al detraer de la tasación la cantidad que como honorario correspondiese a la misma, mas como en el escrito contestando al de impugnación se fija el importe de cada una de las partidas, lo que salva aquélla hace posible conocer del fondo del incidente planteado.

Que de las especificadas partidas que aparecen en la minuta, la primera y segunda corresponden al escrito de personación en el recurso de casación y al que se dice estudio del escrito de formalización del recurso formulado por la parte recurrente, que «prima facie», han de reputarse como indebidas y ello: a) porque en cuanto a la primera, al no necesitar firma de Letrado los escritos que tiene por objeto personarse en el procedimiento, puesto que están excluidos de su intervención, sin que a esta preceptiva general sea excepción la referente al recurso de casación, y buena prueba lo es el que en el escrito por el que la parte recurrida se persona en el presente recurso no

aparece la firma del Letrado, es evidente que conforme al artículo 424 de la Ley procesal civil, debe ser excluida de la tasación; y b) porque en relación a la segunda el estudio del escrito de formalización del recurso es actividad embebida en el trámite de instrucción, por ser el momento al que corresponde, y no a otro, a diferencia de cuanto a la parte recurrente se refiere, por ser tarea típica de la misma el estudio y preparación del recurso, y en su momento instrucción de los autos, por lo que al igual que la anterior esta segunda partida también debe ser excluida, y como una y otra han sido valoradas en las respectivas cantidades de 1.000 y 10.000 pesetas, debe reducirse de la tasación la suma total de 11.000 pesetas, sin perjuicio de lo que, para en su tiempo, se resuelva sobre la impugnación de los honorarios por excesivos en lo que afecta a las restantes partidas de la tan expresada minuta; sin hacer imposición de costas a parte determinada.

El de la Sentencia de 21 de octubre de 1977, que en sus considerandos dice:

Que de la tasación practicada en las presentes actuaciones para determinar las costas que deben satisfacer los actuales recurrentes como consecuencia del pronunciamiento al efecto contenido en la sentencia de esta Sala de 24 noviembre 1975, debe eliminarse por indebida la partida referente a los honorarios devengados por el Letrado don Juan Antonio L. O., por no haberse expresado en ella de forma detallada, como exige el artículo 2.º del artículo 423 de la L. E. Civ., sino globalmente, los trabajos y actuaciones a que se refiere y los respectivos importes, dando lugar a que entre en juego la sanción establecida en el artículo 424 del mismo Cuerpo legal, por imposibilitar a los Tribunales detraer la cantidad que corresponda a las que designen improcedentes, según se declaró, entre otras, en las sentencias de esta Sala de 11 junio 1974 y 17 marzo 1976, como sucede en la hipótesis aquí contemplada, respecto a la asistencia al acto de la vista de dicho Letrado, que no puede minutarse por haber comparecido en él otro distinto, sin indicar lo hacía en sustitución de aquél —SS. de 11 junio 1936, 17 enero 1970 y 7 abril 1972— y con relación al estudio de antecedentes, consignado en dicha minuta, que constituye un trámite inútil, por estar comprendido en el de instrucción que regula el artículo 1.735 —SS. de 24 marzo 1950, 5 febrero 1951 y 8 noviembre 1971—.

Que declarada indebida dicha minuta no debe tramitarse la impugnación por excesiva postulada por la parte recurrente, sin que proceda imponer costas por no estimar temeridad ni mala fe por parte de los litigantes.

La doctrina expuesta se refiere a los honorarios devengados en actuaciones judiciales. Cuando el letrado ha prestado sus servicios fuera de juicio puede reclamar sus honorarios en el juicio declarativo

correspondiente. Y en este caso no son de observar las normas antes expuestas.

Así, en S. de 4 de enero de 1977, en un caso en que un abogado había prestado sus servicios profesionales relacionados con el cobro a la Administración de una indemnización por causa de expropiación forzosa, demandó éste a su cliente ante el juzgado de primera instancia competente en juicio declarativo de menor cuantía, reclamando la cantidad de 349.162 pesetas por honorarios. Los demandados se opusieron alegando la prescripción de la acción.

El juez de primera instancia dictó sentencia estimando la demanda. La Audiencia la confirmó y el Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de enero de 1977, declaró no haber lugar al recurso de casación en base a los siguientes considerandos:

Que hay dos hechos afirmados por la instancia que son fundamentales para la resolución de este recurso: uno, que los servicios profesionales del Letrado recurrido en lo relacionado con el cobro a la Administración de una indemnización por causa de expropiación forzosa fueron, en efecto, prestados al recurrente a su propio requerimiento y con notable eficacia, aunque por no ser necesaria la firma de Letrado para hacer los escritos de reclamación al Estado en la vía que fueron presentados así como en los diferentes incidentes de la expropiación, estos escritos, no obstante ser asesorados, así como las pruebas que les acompañaban, por el Letrado recurrido, fueron firmados por el recurrente; y de otra parte, que aunque en el contrato de arrendamiento de servicios entre el Letrado recurrido y la parte recurrente, se convino que los honorarios de aquél no se exigirían hasta que la Administración pagara el total de la expropiación, hecho que acaeció el 10 febrero 1971, es lo cierto que, llegada esta hora, existieron numerosas reclamaciones extrajudiciales por parte del letrado y numerosas discusiones sobre su cuantía, que se prolongaron hasta el mes de diciembre 1973; y por fin, que persuadida la parte actora de la inutilidad de sus reclamaciones extrajudiciales, acudió a la interpelación judicial por demanda que presentó el 27 mayo 1974, previa celebración del acto de conciliación de 29 marzo anterior.

Que interponiéndose por supuesto error de hecho los motivos tercero, quinto y octavo, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. Civ., procede examinarlos en primer lugar por si alguno de ellos debiera ser acogido y modificarse, en su virtud, la relación fáctica de la instancia; pero han de ser desestimados; los dos primeros enunciados, porque los documentos aducidos, que son los escritos presentados en el expediente de expropiación, al sólo efecto de demostrar que fueron firmados por la parte y no por el Letrado, nada demuestran en contra sino que confirman lo dicho por la instancia, que deduce la obligación de pago de los honorarios, no de la firma de los documentos, sino de la efectiva dirección técnica del Letrado minutante; y en cuanto al citado en último lugar, que es el motivo

8.º, en el que se trata de fijar la fecha de partida, para computar el plazo de percepción de la minuta, en el año 1971, fecha del último pago hecho por la Administración, porque la Sala afirma que las reclamaciones extrajudiciales, interruptoras de la prescripción, se prolongaron hasta diciembre 1973.

Que, declarada firme la relación de hechos de la instancia, tienen que decaer también los motivos primero, segundo y cuarto, interpuestos al amparo del núm. 1.º del artículo 1.692 de la L. E. Civ., pues el fundamento del primero y cuarto quiere verse en el hecho reiteradísimo por la parte recurrente de que los escritos que surtieron efecto en el expediente administrativo de expropiación, no iban firmados por el letrado; detalle no trascendente; pues la dirección técnico-jurídica de un asunto extrajudicial puede llevarse a cabo aunque el Letrado director no firme los escritos, que es justamente lo que afirma la instancia, y el motivo segundo, en el que, mediante una original argumentación, se alega la violación del artículo 1.101 del C. Civ., merece correr la misma suerte porque la función del letrado no es la obtención de resultados contra lege o extralege, sino precisamente la de poner de relieve en relación con el hecho justificable, la ley que ha de aplicar el Juzgador.

Que, en los motivos sexto y séptimo, al amparo del núm. 1.º del artículo 1.692 de la L. E. Civ., se trae a la casación el problema de la prescripción de acciones, alegándose en el primero la aplicación indebida del artículo 1.973 del Código civil, relativo a la interrupción de la prescripción y en el segundo la violación del artículo 1.961 del mismo cuerpo legal, en relación con el número 1.º del 1.967, relativos a la prescripción de acciones para reclamar los honorarios de los Abogados; y tienen que ser desestimados ambos; pues habiendo sido comprobada, según los hechos declarados firmes de la instancia, reclamaciones extrajudiciales interruptoras de la prescripción hasta diciembre de 1973, desde esa fecha hasta la presentación de la demanda de 27 mayo 1974, no han transcurrido lo tres años exigidos por el artículo 1.967 del C. civil para que prescriba la acción que se ejercita en este juicio.

En otra Sentencia de 13 de marzo de 1968 se contempla un caso en que un abogado, a instancia del cliente, prestó a éste sus servicios profesionales extrajudiciales. El cliente, para abonar los servicios del abogado, le envió un cheque en blanco mediante el cual el abogado cobró la cantidad de 200.000 pesetas. Posteriormente el cliente interpuso demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra el abogado sobre rendición detallada de minuta de honorarios, suplicando se dicte sentencia condenando al abogado demandado a que en acreditamiento de las 200.000 pesetas libre y entregue al actor minuta detallada de cada trabajo profesional que haya realizado por orden y encargo del actor, con expresión del justo precio que atribuye a cada uno de dichos trabajos, y de resultar sobrante haga entrega del mismo al actor, todo ello sin perjuicio y sin que sea materia de este procedimiento.

de que el actor pueda en su caso, y ante quien corresponda, impugnar, si así lo considera, por excesivos o indebidos, los honorarios que se minuten, con imposición de costas.

El juez de primera instancia estimó la demanda. La Audiencia la confirmó.

El abogado interpuso recurso de casación por infracción de Ley. Y el Tribunal Supremo, en esta Sentencia de 13 de marzo de 1968, declaró haber lugar al recurso en base al siguiente considerando:

Que al haber expresado el recurrido en su carta de 16 de mayo 1964 su conformidad con la suma que el otro litigante fijara en concepto de honorarios por los trabajos profesionales que le había prestado, y al haber éste señalado la cantidad que estimó conveniente en el cheque que a tal fin se le remitió, es evidente que la declaración que contiene la resolución que se impugna relativa a que dichas partes no convinieron el precio de tales servicios, pugna abiertamente con la manifestación de voluntad reflejada en aquel documento, y que éste, por sí mismo, de forma evidente y sin necesidad de acudir a hipótesis o deducciones patentiza lo contrario de lo que el Juzgador de Instancia afirma, por lo que debe prosperar el primer motivo del presente recurso en el que se denuncia dicho vicio «in iudicando» al amparo del núm. 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, sucediendo lo mismo con el segundo dirigido por el cauce formal del núm. 1.º de dicho precepto porque aquella manifestación de la sentencia y la facultad que otorga al demandante de impugnar la suma indicada, infringe en el concepto expresado en el recurso los artículos 4, párrafo 2.º, 1.088, 1.089 y 1.254 del C. civ., que autorizan a los particulares a renunciar a sus derechos salvo que lo hagan en oposición al interés o al orden público, o en perjuicio de tercero y que imponen a los contratantes el cumplimiento de las obligaciones por ellos convenidas, así como el principio general de derecho «venire contra factum proprium non valet», reconocido, entre otras, en las SS. de esta Sala de 30 enero 1963 y 27 enero 1966, por lo que debe casarse la sentencia recurrida sin necesidad de entrar en el análisis del tercer motivo.

La percepción por los notarios de la retribución que se les deba por sus servicios profesionales se halla regulada en las Disposiciones Generales del Arancel, aprobado por Decreto número 644 de 25 de marzo de 1971.

Se distingue en las mismas la retribución sujeta a Arancel (llamados «derechos») y la que no lo está (que recibe el nombre de «honorarios», esta última en la Disposición General 8.ª con relación a «dictámenes, asesoramientos, redacción de cuadernos particionales o de estatutos y conceptos análogos»).

Para la percepción de los «derechos» arancelarios y cantidades suplidas la Disposición General 7.ª prevé que los notarios puedan acudir a la vía de apremio, mientras que para la percepción de sus honorarios

la Disposición General 8.^a obliga a los notarios a acudir al juicio declarativo ordinario que corresponda por su cuantía.

Las referidas Disposiciones Generales son del tenor literal siguiente:

«Primera. Los derechos que los notarios devenguen con arreglo a estos Aranceles se determinarán mediante la oportuna cuenta que deberá firmar el notario y en la cual figurarán además los honorarios a que se refiere la disposición general octava y las cantidades suplidas con relación a los Impuestos Generales sobre Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Plusvalía, inscripciones y certificaciones de Registros Públicos, folios, transportes o Isagestiones llevadas a cabo por encargo o cuenta de los interesados.

Segunda. Cuando, de conformidad con los interesados, se hubiere redactado un documento y no llegare a autorizarse por desistimiento de alguno o de todos, el notario percibirá la mitad de los derechos correspondientes a la matriz, con arreglo al Arancel, los cuales satisfará el que haya desistido.

Si por causa ajena a la voluntad de los interesados o del notario no llegare a firmarse el documento, se devengará la mitad de los derechos fijados en el párrafo anterior.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores se entenderá sin perjuicio de los derechos de salida que correspondan según los números 17 y 18.

Tercera. El Notario no está obligado a pagar por cuenta del cliente cantidad alguna, y si voluntariamente lo hiciere deberá ser reembolsado de su importe desde el momento en que hubiere anticipado el pago.

La obligación de pago de los derechos cantidades suplidas y honorarios, expresados en la disposición general primera, corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios a todos ellos solidariamente.

Cuarta. Los interesados podrán impugnar la cuenta formulada por el notario desde que les fuere presentada hasta treinta días después de aquel en que judicial o extrajudicialmente se les hubiere requerido de pago.

Quinta. Si la impugnación se refiriese exclusivamente a la cuenta de los derechos arancelarios deberá formularse aquélla ante el delegado del distrito, si no pasare de 1.000 pesetas el exceso que se reclame, y ante la Junta Directiva del Colegio Notarial, si excediere de aquella cantidad o el notario autorizante fuera el mismo delegado. Las resoluciones del delegado o de la Junta se dictarán siempre previa audiencia del notario.

En el primer caso, de la resolución del delegado podrá apelarse a la Junta Directiva del Colegio; en el segundo, la apelación será ante la Dirección General.

El plazo para apelar será de diez días.

Los apelantes, al interponer la apelación, expondrán las alegaciones en que se funden. Por término de diez días se dará conocimiento de

ellas a la otra parte interesada, y transcurridos se decidirá por la Junta Directiva o por la Dirección General lo que sea procedente.

Para resolver se tendrá presente que la redacción del documento debe acomodarse a la prescripción legal y reglamentaria vigente y servirá como tipo mínimo regulador el de dos folios en las matrices, y hojas completas en las copias y testimonios, y tanto en unas como en otras el número de líneas y sílabas que determine la legislación notarial.

Cuando se impugne la cuenta de los derechos arancelarios si resultase probado que el notario se hubiere excedido notoriamente en el cobro de aquéllos, podrá ser sancionado, atendidas las circunstancias del caso, por la Junta Directiva o por la Dirección General, con una multa no superior al exceso que se le ordenare devolver, la cual se ingresará en la Mutualidad Notarial. Los gastos producidos por la impugnación serán de cuenta del notario, si así se acordare.

Sexta. Si la impugnación se refiere únicamente a la cuenta de cantidades suplidas o a la de honorarios, se deducirá aquélla ante el juez del lugar donde radique la Notaría que sea competente por razón de la cuantía de la reclamación, sustanciándose la misma con arreglo a las normas del juicio ordinario que corresponda por razón de dicha cuantía.

Si la impugnación versase, simultáneamente, sobre la cuenta de los Aranceles y la de cantidades suplidas y honorarios, se considerarán impugnaciones independientes, sustanciándose cada una de ellas con arreglo a lo previsto en esta disposición general y en la precedente.

Séptima. Para el cobro de sus derechos arancelarios y de las cantidades suplidas por cuenta de los interesados a que se refiere la disposición general primera, podrán los notarios acudir a la vía de apremio, formando la oportuna cuenta con expresión de su importe, nombre y apellidos y domicilio del deudor, clase y fecha del documento, conceptos y números del Arancel aplicados.

El notario presentará escrito al juez del lugar donde radique la Notaría que sea competente por razón de la cuantía de la reclamación, acompañando la cuenta expresada en el párrafo anterior, y el juez respectivo despachará el mandamiento de ejecución, procediéndose enseguida a la exacción por vía de apremio, en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si entablado el procedimiento de apremio, el interesado no se conformare con la cuenta del Notario, podrá impugnarla en la forma y ante los funcionarios que, según los casos, se determinan, respectivamente, en las disposiciones generales quinta y sexta, salvo que hubiere caducado su derecho conforme a la disposición general cuarta, consignando previamente en la Secretaría del Juzgado el importe total de la cantidad reclamada. El Juzgado, una vez consignada la cantidad y justificada la interposición de la impugnación, suspenderá el procedimiento de apremio hasta la resolución definitiva de aquélla y acordará después lo que proceda conforme a la misma resolución.

Octava. Para el cobro de los honorarios que les correspondan por dictámenes, asesoramientos, redacción de cuadernos particionales o de

estatutos y conceptos análogos, deberán los notarios acudir al juicio declarativo ordinario que corresponda por su cuantía.

Los notarios no podrán exigir al Estado honorarios en concepto de profesionales del Derecho cuando su intervención sea consecuencia de un expediente administrativo que hayan examinado o cuando hubiese sido precedida de dictamen o actuación del abogado del Estado.»

Cuando son varios los clientes o arrendatarios que contratan un mismo servicio con un profesional, hay que entender por analogía a lo dispuesto en el artículo 1.731 Código civil que los clientes quedan obligados solidariamente al pago del precio de dicho servicio objeto del contrato.

Aun cuando la regla general es la mancomunidad y sólo habrá lugar a la solidaridad cuando la obligación expresamente lo determine constituyéndose con tal carácter de solidaria (cfr. art. 1.137 C. c.), tal solidaridad no sólo nace del pacto sino también por disposición de la Ley.

La jurisprudencia insiste en que la solidaridad no se presume, siendo necesario que tal condición se exprese y determine claramente en la misma obligación (S. 27 noviembre 1931), aunque no se emplee precisamente ese término (SS. 5 mayo 1961; 2 junio 1962 y otras) y que salvo que esté impuesta en un precepto legal, la solidaridad requiere la justificación del pacto que dé lugar a ella, sin que sea posible asignarle tal carácter en virtud de presunción (S. 28 marzo 1949).

Pero no se trata ahora de establecer una presunción, sino de integrar el contenido de la regulación normativa de este contrato mediante la aplicación analógica del artículo 1.731, ya que el supuesto de los mandantes obligados solidariamente con el mandatario a quien le han encargado prestar un servicio, es semejante al de los arrendatarios o clientes que encarguen al arrendador o profesional la prestación de un servicio propio de su profesión y entre ambos supuestos debe apreciarse identidad de razón que permita la aplicación analógica de la norma de conformidad con lo que ordena el artículo 4, 1 del Código civil.

En definitiva, serían válidas las razones que Antonio Hernández Gil (3), esgrime, entre otras en defensa de la extensión de la solidaridad: «Si cada uno se beneficia de la actividad y del crédito de los demás, si la distinta situación patrimonial se compensa y robustece a virtud de la concurrencia, parece que esto ha de llevarse hasta sus últimas consecuencias».

La Disposición General tercera del Arancel de los notarios, párrafo 2.º in fine, expresamente establece la regla de la solidaridad de la obligación de los clientes de pagar la retribución del servicio del notario.

Respecto a la prescripción del derecho al cobro de la retribución, creemos aplicable el plazo de tres años que establece el artículo 1.967 del Código civil. Ciertamente que en este artículo se contemplan unas deter-

(3) «El principio de la no presunción de la solidaridad», en R.D.P. XXXI, año 1947, pág. 95.

minadas profesiones: abogados, registradores, notarios, peritos, agentes, farmacéuticos, profesores y maestros (aparte jueces, escribanos y cu-riales).

Y esto plantea el problema de su aplicación a otras profesiones no mencionadas.

El Tribunal Supremo admite la solución afirmativa que además está generalmente aceptada. En Sentencia de 7 de noviembre de 1940, referente a honorarios devengados por un médico. En esta Sentencia, en sus considerandos, sienta las siguientes afirmaciones:

Se supone infringido, por inaplicación el artículo 1.964 del C. C. al haber aceptado la Sala como límite de los honorarios exigibles por los servicios médicos prestados por el demandante el de la prescripción trienal establecida en el artículo 1.967, no aplicable, según el recurrente, a los Médicos, ya que no se les incluye en la hipótesis de su núm. 2.º, en vez de haberse aceptado la prescripción de quince años establecida con carácter genérico por el artículo 1.964; pero las disquisiciones de la parte recurrente, fundadas en la débil base de la opinión de algún comentarista de nuestro C. C. y en el juego de un argumento «a speciali», inadecuado en el caso presente por la generalidad de expresión con que la L. está dictada, no consiguen velar el acierto con que interpreta los textos el Tr. de instancia, toda vez que, aunque el número 2.º del citado artículo 1.967 no empleó la palabra «Médico», está comprendida, sin duda alguna, tal profesión entre las que, sin tratar de formular una enumeración que siempre habría de resultar incompleta, resume y compendia dicho precepto en la frase «Profesores y Maestros», ya que, según la significación de la palabra «Profesor» —persona que ejerce o enseña una ciencia o arte, según el diccionario de la Real Academia Española—, no puede dudarse que el Médico, en el ejercicio de su carrera, es un verdadero Profesor, y, por otra parte, el inciso final de dicho texto, al referirse a los honorarios y estipendios de los Profesores y Maestros, tanto por la enseñanza que dieren como «por el ejercicio de su profesión, arte u oficio», señala bien a las claras que no se trata sólo de las actividades docentes, sino también de aquellas que constituyen la práctica profesional.

La interpretación gramatical, en este caso tan concluyente, resulta verificada y reforzada por la interpretación lógica, pues si el fundamento o «ratio legis» de las llamadas prescripciones cortas no es otro que la necesidad de reducir los plazos de la prescripción en ciertas obligaciones, como las derivadas de la prestación de servicios profesionales, que por su naturaleza pueden ser exigidas y pagadas en seguida y serían a la larga de difícilísima prueba, por no ser costumbre establecer la existencia de ellas por escrito ni acreditar el pago en la misma forma, es forzoso entender que el pensamiento y la voluntad de la L. no admite la restricción —tampoco autorizada por la letra del precepto—, que significaría excluir a los

profesionales Médicos de la norma fijada por razones de interés social para las demás profesiones intelectuales.

A idénticos resultados conduciría una indagación histórica, pues si bien nuestra antigua legislación no refería expresamente a los Médicos la prescripción de los tres años que las Ls. de 1.579 y 1.528 establecieron para los salarios de los Abogados, Procuradores y personas que hubieran servido a otras, no es menos cierto que el Tr. S., en su S. de 19 de abril de 1882, desenvolvió sus preceptos declarando que «es una norma de interpretación que debe atenderse no sólo al tenor literal de las Ls., sino también a su objeto y alcance, en cuyo concepto es indudable que la prescripción trienal por aquéllos establecida no excepcionalmente, sino por regla general propia de una numerosa clase de deudas, se extiende a las que ahora se trata, las cuales se contraen y pagan confidencialmente, se presumen satisfechas subsiguientemente al servicio recibido por constituir los medios de subsistencia del profesor, y transcurrido largo tiempo son de difícil o imposible prueba por no consignarse en su origen más que en la memoria de los interesados o en apuntes o asientos unilaterales faltos de forma y autenticidad; y como, por otra parte, el Proyecto del C. C. de 1851, recogiendo el espíritu de nuestro Derecho histórico no menos que el ejemplo de Códigos extranjeros como el francés y el italiano, aludió expresamente en el número 4.º de su artículo 1.972, relativo a la prescripción de dos años, a «los médicos, cirujanos, boticarios y demás que ejercen la profesión de curar», y el Código vigente reproduce en esencia, en su artículo 1.967, los mismos supuestos de los artículos 1.972 y 1.973 de aquel proyecto, sin más modificación fundamental que la de simplificar la materia, refundiendo en la prescripción de tres años los casos de las de dos y un años comprendidos, respectivamente, en aquellos antiguos artículos, es indudable que no ha tenido propósito de romper con el derecho establecido, y se ha propuesto únicamente prescindir de la enumeración casuística en un punto que no podía ser suplida con ventaja por una fórmula o concepto general.

Frente a esta doctrina no cabe argumentar, como lo hace el recurrente, que la prescripción, por su carácter excepcional, no puede aplicarse por analogía, pues aparte de que sólo con adecuadas reservas puede admitirse la doctrina muy corriente y derivada de algunos textos romanos de que las normas de Derecho singular o excepcional no son susceptibles de aplicación analógica, es lo cierto que en el caso presente la Sala no ha tenido que hacer uso del procedimiento analógico, ni siquiera de la interpretación extensiva, al aplicar en su sentido propio y estricto el texto del segundo inciso del artículo 1.967, el cual, lejos de adoptar un sistema de enumeración limitativa ni meramente demostrativa, emplea una fórmula de contenido enunciativo y genérico, en la que caben los créditos por servicios de un grupo amplio de personas que ejercitan una técnica profesional, siempre que, como sucede en el caso de estos autos, se reclamen aquéllos en concepto de honorarios o dispendios.

Comentando esta Sentencia y con especial atención a los fundamentos gramaticales y a los lógicos o sustanciales del fallo, entiende Puig Brutau (4) que «poseen un grado de persuasión mucho más elevado las consideraciones del segundo grupo (se refiere a los argumentos sustanciales o lógicos) que las del primero. Las más persuasivas son las que se fundan en el sentido común, en comparación con las exclusivamente legalistas. Estas tratan de resolver, no el propio caso, sino la cuestión de si el legislador lo había previsto. La incorporación de la potencia normativa del precepto a unas palabras taxativas y, en realidad insuficientes, obliga a un trabajo que es estéril por lo que se refiere al litigio considerado en sí mismo. La justificación de la solución del caso está expresada en los argumentos o razones que hemos colocado en el segundo grupo y que son independientes de la redacción del artículo 1.967, número 2.º. El Tribunal precisa, al razonar las verdaderas bases de la decisión, de la misma manera que pensaría un legislador para establecer la regla correspondiente. Son las razones que fundan la justicia de la solución, a diferencia de las puramente formales, que sólo tratan de hacerlas compatible con las palabras de la Ley».

En cuanto a la interrupción del plazo de prescripción, tratándose de un médico «de cabecera», la S. de 8 de febrero de 1949 interpreta el último párrafo del artículo 1.967 («el tiempo para la prescripción de las acciones a que se refieren los tres párrafos anteriores se contará desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios») en el sentido de que tales servicios médicos de cabecera no pueden estimarse dejados después de cada visita y por tanto este último párrafo impide que prescriba la acción para reclamar los honorarios correspondientes a tales servicios ya que los mismos continúan hasta en los períodos de salud, que puede faltar en cualquier momento y sólo pueden estimarse dejados si mediere decisión expresa o tácita del que los presta, o del que los recibe, o por acuerdo de ambos.

(4) «Fundamentos de Derecho Civil», T. II, Vol. II, 2.ª ed. revisada y ampliada. «Contratos en particular». Barcelona, 1982, pág. 437.

Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente *

POR JOSE MARIA MIQUEL

Cuando los obreros del contratista o del subcontratista causan daños a terceros, hay que preguntarse si además de responder el contratista o el subcontratista, respectivamente, responderán también el comitente o el contratista. Es decir, el comitente por los daños causados por los obreros del contratista y el contratista por los daños causados por los del subcontratista.

La regla general (1) está formulada con bastante claridad en la Sen-

* Don Federico de Castro, a cuya memoria dedico este modesto trabajo, se ocupó de la responsabilidad del empresario en la contestación al Discurso de ingreso de J. RUBIO en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, *La responsabilidad civil del empresario*, Madrid, 1971. Del tema de este trabajo me ocupé como ponente en un seminario dirigido precisamente por don Federico en el Instituto de Estudios Jurídicos, en el curso 1979-1980. La expresión «contratante independiente» la he tomado de la inglesa *independent contractor*, que no veo ningún inconveniente en traducir literalmente.

(1) Esta regla general es afirmada en principio en los Derecho francés, alemán, italiano y anglosajón. Vid. H. y L. MAZEAUD-TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. I, 6.^a ed., París, 1965, núm. 896, p. 968 y s. En la doctrina alemana la dualidad entre el § 278 y el § 831, uno de los preceptos más cuestionados del BGB está en la base de muchos problemas del Derecho de daños. El § 278 se ocupa de la responsabilidad por hecho de otro en la responsabilidad contractual y el § 831 en la extracontractual, admitiendo éste, como nuestro Código, la prueba de la diligencia del empresario con eficacia liberatoria de responsabilidad. Se considera que la reforma del § 831 constituye una de las tareas más importantes de la reforma del Derecho de obligaciones que actualmente se acomete en Alemania, vid. CH. VON BAR, *Deliktsrecht, in Überarbeitung des Schuldrecht*, II, Colonia, 1981, p. 1776; sobre la diferencia entre ambos preceptos vid. también en la misma obra y tomo el trabajo de P. SCHLECHTRIEM, p. 1617. Además HANAU, en *Münchener Kommentar*, II, 1979, Rdn. 5 y ss., al § 278. Vid. también VON CAEMMERER, *Verträge zugunsten Dritter*, en *Festschrift Wieacker*, 1978, p. 312 y s., donde pone de relieve cómo el llamado contrato con efectos protectores para terceros se ha desarrollado para resolver problemas de responsabilidad en principio extracontractual y a causa de la necesidad de evitar la aplicación del § 831. En la doctrina italiana puede verse G. VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padova,

tencia de 18 de junio de 1979, que con la de 5 de julio del mismo año parecen ser las que marcan la pauta de la doctrina jurisprudencial. Según la Sentencia de 18 de junio citada: «Por lo general no puede decirse que quien encarga cierta obra o trabajo a una empresa autónoma en su organización y medios y con asunción de sus propios riesgos, deba responder «in vigilando» o «in eligendo» de los daños

1967, p. 363. Vid. también TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milán, 1961; niega este autor que la relación de «preposizione» pueda quedar reducida a las situaciones de dependencia, o pueda identificarse con criterios como el control o el *commoda* (propuesto este último por DE CUPIS). Conforme a su tesis general del riesgo de empresa la función de la responsabilidad vicaria se puede reconocer en la distribución del riesgo, con el fin de determinar una reducción del mismo dentro de los límites justificados por el punto de vista de la economía general y con el fin de hacerlo asegurable y así hacerlo menos dañoso. Para que tal función pueda ser realizada es necesario que la responsabilidad se atribuya a quien pueda eficazmente actuar sobre el riesgo, para modificar su alcance donde sea el caso, refiriéndose no tanto a la posibilidad de prevenir los hechos dañosos aislados, sino más bien a la posibilidad de modificar los métodos de producción, sustituirlos, y en casos extremos, de poner fin a la actividad de la empresa. En segundo lugar, es necesario que la responsabilidad se atribuya a quien traduzca el riesgo en costo. En el caso que nos ocupa hace una serie de precisiones jugando con los distintos criterios de imputación y ofreciendo una serie de tópicos como índices de la relación de «preposizione».

A. GALOPINI, que ha estudiado muy detenidamente la jurisprudencia italiana acerca del «rapporto de preposizione», nos informa de los criterios para excluir la responsabilidad del comitente por el hecho del contratista o sus dependientes: 1) que el ejecutor de la obra sea empresario y ejercite la actividad a propio riesgo; 2) Que la obra sea realizada por el contratista con adecuada autonomía, de tal modo que no pueda ser considerado como un *nudus minister* del comitente; 3) Que no exista un específico defecto de diligencia del comitente en la elección del ejecutor de la obra. Vid. RTDPC, 1968, págs. 1204-1251.

En el Derecho anglosajón se mantiene como regla general la no responsabilidad por los hechos de un contratante independiente, pero se afirman buen número de excepciones cada día mayor, dado que la utilización de tales contratantes va en aumento. Sin embargo, SALMOND-HEUSTON, afirman que se presta a equívocos creer que hay una regla general sujeta a una lista más o menos amplia de excepciones. La cuestión real a decidir es si el demandado en las circunstancias del caso concreto ha infringido un deber que le incumbe respecto del demandante. Para ello se traza una distinción entre dos clases de deberes: 1) deber de tomar la diligencia razonable, y 2) deber de observar que la diligencia sea adoptada. En el primero, no hay en general responsabilidad por la negligencia de un contratante independiente; en el segundo, la hay. SALMOND-HEUSTON, *Law of Torts*, Londres, 1969, p. 649 y ss. Vid. también J. G. FLEMING, *The Law of Torts*, 6.ª ed., Sidney, 1983, p. 359 y ss, y PROSSER, *Handbook of Law of Torts*, 4.ª ed., St. Paul Minn., 1971, p. 468 y ss.

En el Proyecto del libro de obligaciones del Código civil holandés, junto a un artículo que regula la tradicional responsabilidad por los dependientes, se contiene otro en el que se afirma la responsabilidad de la empresa por los daños causados a terceros por contratantes independientes, si bien se deja a salvo que pueda descargarse de tal responsabilidad si prueba que no incurrió en culpa *in eligendo aut in custodiendo* o si demuestra que el daño se hubiera producido también, aunque se hubiera adoptado la diligencia necesaria. Ahora bien, es preciso que la obra se realice en la consecución de

causados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado la vigilancia o participación en los trabajos o parte de ellos» (2).

Si esta es la regla general tratándose de responsabilidad extracontractual, en cambio en caso de responsabilidad contractual hay que afirmar lo contrario, esto es, que el deudor responde también aunque haya utilizado para el cumplimiento de su obligación a un sustituto que actúe con autonomía respecto de él. Suponiendo que el deudor pueda —por no ser personal— encargar a otro la ejecución de la prestación, no cabe duda de que no podrá liberarse de responsabilidad por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso, sólo por decir que

sus negocios. La responsabilidad se basa en la idea de que la empresa en sus relaciones con la parte lesionada debe ser considerada como una unidad. El riesgo de que la empresa no pueda recuperar del causante del daño (contratante independiente), lo que haya pagado al tercero debe considerarse como un riesgo del negocio. Vid. comentario al artículo 6. 3. 10 en «The Netherlands Civil Code. Book 6. The Law of Obligations. Draft text and commentary», Leyden, 1977, p. 420.

(2) Las sentencias de 4 de enero de 1982 y 2 de noviembre de 1983 repiten la doctrina de las de 18 de junio de 1979. Los casos resueltos por estas dos sentencias son bastante parecidos. En ambos casos el «comitente» era el propietario de lo transportado o se pretendía que lo fuera (en la de 4-1-82). En un caso, S. 2 de noviembre de 1983, se remolcaba por el puerto una embarcación de Dragados por un remolcador y una falúa y dado el estado de la mar, se soltó o la soltaron y fue a chocar, produciendo daños, con el buque del demandante. En la otra sentencia, un camión con remolque que transportaba material para una central telefónica chocó con un puente de la demandante (Hunosa). No resulta que la Telefónica, demandada, fuera propietaria del remolque ni de la carga. En la sentencia de 5 de julio de 1979 a consecuencia de unos trabajos en una grúa del puerto saltaron unas chispas que prendieron e incendiaron la carga que se encontraba en el muelle. Los obreros que reparaban la grúa eran dependientes de la subcontratista, a quien la contratista recurrente había encargado tal obra. En este caso, no ha sido demandada la Junta de Obras del Puerto, que según la sentencia de 28 de febrero de 1983 respondió por corresponderle respecto de la grúa un deber de vigilancia y control. El Tribunal Supremo estimó el recurso de la contratista, declarando que «conforme al texto claro del artículo 1903, párrafos 1 y 4, del Código civil, la responsabilidad por hechos ajenos únicamente es exigible a los dueños o directores de un establecimiento o empresa, cuando el daño o perjuicio ha sido causado por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieron empleados, o con ocasión de sus funciones...».

Resulta bastante paradójico que la sentencia de 18 de junio de 1979 sea quizá la más invocada a propósito de la responsabilidad extracontractual por el hecho de contratantes independientes, y, sin embargo, en el caso por ella resuelto existiera una clara responsabilidad contractual. De modo que si se hubiera ejercitado la acción derivada del contrato contra el transportista, no hubiera habido —a mi juicio— duda de su responsabilidad por el hecho del empleado de la empresa encargada de la descarga del buque. No comprendo, por tanto, la razón que movió al abogado a ejercitar contra el transportista la acción de responsabilidad extracontractual ex artículo 1.903, porque ahí sí tenía que tropezar con la falta de dependencia de la empresa que efectuaba la descarga. Vid. lo que se dice en el texto y en la nota siguiente sobre la responsabilidad del deudor por hecho ajeno en la responsabilidad contractual.

encargó el cumplimiento a un contratante que actuaba con independencia (3).

¿Pero hasta qué punto la doctrina enunciada por la sentencia citada, recogida por otras, se sigue sin excepciones? Hay un buen número de sentencias en las que, por unas u otras razones, los demandados responden por el daño causado por un contratante independiente. Así, p. ej.: 10 de octubre de 1930, 17 mayo 1977, 17 marzo 1980, 17 y 24 de noviembre de 1980, 4 de mayo de 1982, 28 de febrero de 1983 (Ar. núm. 1083) y 16 de junio de 1983 (4). Quizá no sea conveniente

(3) Sobre el tema TORRALBA, *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, en ADC, 1971, págs. 1143-1166. Se manifiesta favorable a la responsabilidad del deudor por los «sustitutos» (no en el sentido del 1721) que actúan en el cumplimiento de la obligación del deudor con autonomía, es decir, no son propiamente auxiliares del deudor en el sentido de depender de él, así, por ejemplo, un Banco. Del artículo 1.596 se ocupa en *Los vicios del suelo: Reflexiones sobre el artículo 1.591 del C. c.*, en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán*, T. II, Pamplona, 1969, p. 607 y ss. y en ADC, 1970, p. 137 y ss.

(4) Además pueden verse las siguientes sentencias de la Audiencia territorial de Cáceres, ambas en la Revista General de Derecho, 1983, págs. 1.178 y 1.200, respectivamente. S. de 11 de febrero de 1982:

CONSIDERANDO: Que se encuentra reiteradamente reconocido por la jurisprudencia, la responsabilidad solidaria que deviene de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, es decir, tanto en los supuestos de culpa *in operando*, como en los de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, por lo que aun cuando sea conveniente y hasta útil a la parte actora acumular las citadas acciones en bien de sus intereses y aun de los intereses de los demandados, este mismo carácter de responsabilidad solidaria lleva consigo la imposibilidad de alegarse la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, fundada en no haberse traído a la litis a otras personas afectadas por el vínculo de solidaridad.

CONSIDERANDO: Que la alegación hecha por la parte apelante de que el conductor de la máquina era un empleado de un tercero, por lo que la responsabilidad del artículo 1.903 deberían ser imputable a citado tercero, plantea el interesante tema de la consideración o no del subcontratista como dependiente. La jurisprudencia interpretadora del artículo 1.354 del Código francés, 2.049 del italiano y 831 del alemán, cuyos textos son más amplios que el español, entienden que no existe relación de dependencia entre el contratista y así pareció entenderlo la reciente jurisprudencia expresada en las sentencias de 5 de julio y 18 de julio de 1979, ello no obstante, jurisprudencia más reciente como la expresada en la sentencia de 17 de noviembre de 1980, proclama dicha responsabilidad en virtud de tal dependencia, y que ha de ser la acogida por esta Sala, máxime si tenemos en cuenta que la forma de retribución de la que se dice subcontrata lo es por unidades de medida, metros cúbicos extraídos, o por horas de trabajo, lo que pone de manifiesto una falta de autonomía en el dueño de la máquina, autonomía que, precisamente, es la base de la irresponsabilidad que proclamaban las sentencias de 1979 antes citadas y que aprecia no se dan en este supuesto, por lo que procede confirmar la sentencia apelada.

Sentencia de 11 de junio de 1982:

CONSIDERANDO: Que es doctrina de esta Sala en sentencias reiteradas, siendo la última la de 28 de noviembre de 1980, que el problema de legitimación pasiva en la culpa extracontractual, en daños producidos por subcontratistas, al romper cables o tuberías de alcantarillado, en virtud del juego legal de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, y la jurisprudencia reiterada que considera a la empresa principal responsable directa y solidaria

considerar a estas sentencias como excepciones a la regla general. Seguramente tal proceder parte de considerar que todo se reduce al artículo 1.903-4 y a la comprobación de la existencia de una relación de dependencia o de una excepción.

En efecto, si se parte del artículo 1.903-4 como único dato para resolver la cuestión, quedará decidida de una forma muy simple desde que se constate que sólo se impone responsabilidad por el hecho del *dependiente*, y que ni el contratista es dependiente respecto del comitente, ni el subcontratista del contratista. Habría que forzar el concepto de dependencia, hasta dejarlo desprovisto de sentido, para incluir en el artículo 1.903-4 a los contratistas. Por otra parte, resultaría bastante extraño acudir a la idea de que el artículo 1.903 contiene una enumeración abierta para llegar a la conclusión de que también se responde por el hecho del que actúa con independencia.

Este planteamiento no toma en consideración que el artículo 1.903 lo que hace es imponer unos específicos deberes de cuidado por los hechos de ciertas personas. De este modo la «dependencia» aparece como fuente de un deber específico de cuidado, pero el hecho de que no haya dependencia no excluye que no existan otros deberes de cuidado en ciertas situaciones, cuya existencia planteará problemas muy parecidos a los derivados de la responsabilidad contractual.

A nuestros efectos no se trata, por tanto, de determinar si el artículo 1.903 contiene una enumeración exhaustiva o no (5), sino de

de los daños causados por sus empleados, o los de las empresas satélites, basado en el beneficio económico de la constructora del edificio, siendo los subcontratistas meros ejecutantes de las órdenes, de la promotora. Como aquí se observa, debiendo constar en el proyecto el trazado del alcantarillado, altura, dificultad de cables, etc., fácil de prever, teniendo en cuenta los registros de teléfonos frente al edificio en construcción. Por lo tanto, debe desestimarse la única causa del recurso aducida, ya que, reiteramos, está legitimada pasivamente la constructora demandada, y es innecesario el litisconsorcio pasivo necesario, ya que no afecta a los ejecutores materiales el litigio y la resolución correspondientes de efectarles a éstos, están vinculados solidariamente a la empresa.

(5) SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1981, p. 405, no considera exhaustiva la enumeración del artículo 1.903, rectificando una opinión anterior, vid. nota 404 en la misma página citada. De otra opinión, ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977, p. 127. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, 1983, II-3, p. 106, siguiendo a PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, III-2, Barcelona, 1966, p. 1177-1179. Estos tres autores opinan que la enumeración es cerrada, pero PUIG PEÑA, con razón añade, «lo que no obsta, claro está para que a personas no mencionadas *nominatim* se les declare responsables, en virtud de la fórmula general del artículo 1.902». La diferencia, sin embargo, sería importante por razón de la prueba de la culpa. No obstante, recuérdese que la Jurisprudencia presume la culpa también en los casos del artículo 1.902. A mi juicio, el problema de los supuestos que no entren en el artículo 1.903 será fundamentalmente acreditar que el pretendido responsable omitió las medidas necesarias para prevenir el daño, pero eso presupone que tenía un deber de adoptarlas. Si existiendo ese deber se incumplió culposamente es algo que puede quedar probado por los medios generales; pero es obvio que lo primero que habrá que hacer será demostrar

evitar la idea de que si no hay relación de dependencia no hay responsabilidad de quien no sea el causante directo del daño. Es decir, los supuestos del artículo 1.903 han de considerarse como fuentes de específicos deberes de prevenir el daño, pero no prejuzgan que no existan otros deberes de prevenir el daño por otras razones, en cuyo caso habrá que ver qué sucede si el daño lo causa un contratante que actuaba con independencia del titular del deber de cuidado.

Hay que observar que es posible que debiéramos llegar a la idea de que en tales casos no hay responsabilidad por hecho ajeno (artículo 1.903), sino por hecho propio (art. 1.902) y que, por tanto, no resulta adecuado el título de este trabajo. Es perfectamente posible que esto sea así, pero también lo es en alguna medida —como ya ha sido puesto de relieve en la doctrina— cuando se trata del artículo 1.903, porque es preciso que exista culpa del empresario según resulta del párrafo final del precepto. No implica diferencia importante a mi juicio el hecho de que en el artículo 1.903 la culpa del empresario se presuma, porque es sabido que en la responsabilidad ex artículo 1.902 se afirma también por la jurisprudencia la presunción (6).

Ahora bien, al margen de estas cuestiones, lo que trato de poner de relieve es que cuando se causa daño por quien ha sido encargado por otro de realizar cierta actividad, la cuestión a decidir no consiste solamente en si existía o no existía relación de dependencia. Si se constata la relación de dependencia queda claro que habrá responsabilidad (naturalmente si se dan otros presupuestos), pero no basta comprobar que no existía dependencia para negar la responsabilidad.

Por de pronto, parece bastante claro que si la responsabilidad por hecho ajeno se basa en algunos casos en una culpa *in eligendo*, podrá existir responsabilidad por el hecho ajeno de un contratante independiente, porque parece indiferente la dependencia a estos efectos. De

que alguien se encontraba en una situación en la que debía prevenir los daños incluso causados por otros. Así, pues, aunque en parte comparto la opinión de Puig Peña, no creo que la diferencia en el estado actual de nuestra jurisprudencia, derive como entiende este autor de la existencia en el 1.903 de una presunción de culpa que no se aplicaría a los supuestos del 1.902. A mi juicio cuando el daño haya sido causado inmediatamente por otra persona, habrá que probar que el demandado tenía un específico deber de prevenir el daño y después su culpa seguirá las reglas generales, que son, según la jurisprudencia también en el 1.902, que se presuma.

(6) Vid. la nota anterior. La doctrina ya ha señalado que en el caso del 1.903 hay un supuesto de responsabilidad por hecho propio, vid. ROGEL VÍÑE, op. cit., p. 126. De todos modos teniendo claros los presupuestos de la responsabilidad, lo demás puede ser una cuestión meramente terminológica, con tal de que quede claro que en virtud de una omisión —cuando debemos actuar— puede responderse por el hecho de otro, fuera del artículo 1.903, en lo que al margen de cómo se llegue, creo que están de acuerdo los autores citados en la nota anterior. Por todas estas razones mi amigo y compañero J. Cándido Paz Arés, a quien además agradezco que me facilitará las dos sentencias de la Audiencia Territorial de Cáceres, que he citado, observa que la responsabilidad por el contratante independiente podía quizá titularse *ex artículo 1.902 y 1/2*.

modo que si de los dos criterios de imputación, culpa *in vigilando* y culpa *in eligendo*, que se suelen barajar a efectos de la responsabilidad por hecho ajeno, sólo es relevante la dependencia respecto de uno de ellos, ya no parece tan «general» la regla de la no responsabilidad por contratante independiente.

Lo que trato de destacar es que quizá contribuya muy poco a resolver los problemas que se plantean el partir de una regla general y excepciones más o menos numerosas (7). La idea de que existe una regla general en un sentido determinado contribuye sin duda a restringir los supuestos de responsabilidad fuera de ella.

A mi juicio lo que se hace preciso es señalar la función del artículo 1.903 en el sentido de imponer ciertos deberes de cuidado cuando se dan ciertos supuestos de hecho, entre ellos, la dependencia, pero no tiene por función excluir que allí donde no haya relación de dependencia no pueda existir responsabilidad por el daño causado por otro. Del mismo modo que cuando existe una obligación contractual, el deudor no puede eximirse de responsabilidad por el hecho de haber encargado el cumplimiento a un contratante independiente, cuando existe un deber específico de prevenir el daño en cierto ámbito, el hecho de que otro realice con independencia la actividad de la que deriva el daño no parece que pueda descargar de responsabilidad al que tiene tal deber. El planteamiento no es, pues, si el artículo 1.903 contiene una lista exhaustiva de supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, porque lo único que hace es establecer unos específicos deberes de cuidado. Cuando por otros preceptos se impongan otros deberes de cuidado, su infracción no deberá ser juzgada reconduciendo el tema al artículo 1.903, sino, por el contrario, observando cómo ha incidido en el cumplimiento de ese deber la interposición de otro sujeto —dependiente o independiente— entre el obligado a prevenir el daño y el hecho dañoso.

Lo que vengo diciendo puede ilustrarse con un breve comentario de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1983. Se trata de un típico caso de daños a un edificio colindante con el solar que se estaba excavando y vaciando (8). Las obras han sido encarga-

(7) Vid. los autores anglosajones citados en la nota 1.

(8) Los supuestos de daños causados a edificios colindantes son muy frecuentes. En ocasiones los propietarios de los solares prometen (de modo semejante a como sucedía en D. Romano con la *cautio damni infecti*), que indemnizarán todos los daños. Este es el caso de la S. de 17 de octubre de 1975, que precisamente comentó DON FEDERICO en el *Anuario de Derecho civil* de 1977, p. 194 y ss., considerando la doctrina de la declaración unilateral de voluntad. Caso parecido es el de la S. de 24 de noviembre de 1980, aunque aquí se argumenta la responsabilidad del propietario sobre otras bases distintas a su compromiso. Obsérvese que en estos casos puede entenderse que si el reconocimiento de deuda es causal, sólo sería eficaz en base a la existencia de una deuda previa. No obstante, hay que recordar las palabras que el maestro cuya memoria honramos escribía al fin de su citado comentario: «Esta figura vulgarmente denominada «arreglo», «compromiso», «avenencia», «fórmula transaccional» y «liquidación definitiva», es de uso constante en la práctica. No encaja exactamente en el contrato típico de transacción tipificado en el

das por el propietario del solar a un arquitecto y a un contratista, que proceden negligentemente y provocan el derrumbamiento del citado edificio colindante. Previamente se había desmoronado una tapia de otra propiedad colindante. La sentencia del Tribunal Supremo estima el recurso del propietario del solar, que había sido condenado en las dos instancias junto con el arquitecto, el contratista y otros (dos pa-listas y un capataz o subcontratista). En este caso, y en lo que a nosotros nos interesa, no cabía preguntarse solamente si el propietario estaba incluido en la enumeración de personas del artículo 1.903 y si había procedido con culpa *in eligendo*. De ese modo, se llega muy fácilmente a negar la responsabilidad del propietario, porque como dice la sentencia: «... no es ninguna de las personas a que se refiere el artículo 1.903 del Código civil a efectos responsabilizadores por culpa extracontractual», y, por otra parte, dado que hizo el encargo «a personas que por su profesión técnica eran las objetivamente adecuadas al respecto ... ha empleado toda la diligencia exigible a un buen padre de familia...». De esta sentencia resulta que el propietario, en el caso planteado, sólo tenía que elegir bien y que cumple si elige a quien le corresponda ejecutar la obra, en virtud de la técnica de que es titulado, como dice la misma sentencia.

Ahora bien, si todo esto parece en principio correcto, creo que no puede quedar ahí la diligencia exigible al propietario del solar; es decir, me parece sumamente dudoso que solamente le incumba un deber de elegir bien a los técnicos y contratista encargados de realizar la obra. Es posible que le incumba algo más en virtud de un específico deber de cuidado con respecto a las propiedades vecinas, consistente en evitar que se sigan daños a éstas de las obras que realice en su terreno; deber que puede considerarse que deriva de lo dispuesto en el artículo 590 del Código civil (9). De este precepto resulta que el

Código civil, mas no habrá duda en admitir su eficacia como negocio atípico (art. 1.255) y también no la cabrá sobre su afinidad con la transacción, dado su fin de sustituir por otra cierta una situación dudosa o controvertida». En el caso de la S. de 17 de mayo de 1977 se produjeron daños en la propiedad vecina consecuencia de unas chispas que provocaron un incendio de la techumbre y el desplome consiguiente. El propietario es condenado a pesar de que el obrero causante material del daño lo era de una empresa subcontratista. No obstante en este caso se tiene en cuenta que actuaba bajo la dirección e inspección de los técnicos por él (propietario) nombrados. Además se toma en cuenta que la obra se realizaba «por administración»; sobre este sistema véase LÓPEZ MORA y DE LA CÁMARA MINGO, *Derecho civil básico. Los contratos relacionados con la construcción*, 1964, p. 563 y ss.

(9) Sobre *Las relaciones de vecindad*, vid. el reciente, interesante y muy documentado estudio de M. ALONSO PÉREZ en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1983 (II), págs. 357-396. Sobre el artículo 590 nos dice M. ALONSO, p. 387. «... no se limita a exigir que se observen unas distancias desde la pared ajena o medianera para hacer edificaciones o excavaciones peligrosas o lesivas por sí o por sus productos, sino que prevé la adopción de medidas conducentes a la eliminación del daño». En la doctrina alemana no hay acuerdo sobre si en el caso del § 909 (contempla concretamente el caso de las excavaciones o vaciado de un solar) es aplicable el § 278 o el § 831. Vid., por ejemplo, HANAU, en *Münchener Kommentar*, Rdn. 8 al § 278, está en contra de la aplicación de este

propietario debe ejecutar las obras de resguardo necesarias según los reglamentos, y que «a falta de reglamentos se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos». No me parece necesario argumentar que en el caso de la sentencia el artículo 590 era aplicable por un argumento de menor a mayor. Lo importante de todos modos es identificar un específico deber de cuidado que recae sobre el que hace obras en su fundo respecto de los edificios vecinos. Esta identificación de un deber de prevenir el daño tiene mucha importancia (10) porque nos encontramos con una situación parecida a la que existe en la responsabilidad contractual a los efectos que nosotros tratamos. Es decir, en lo que a nosotros nos interesa podemos repetir lo que decíamos respecto de la responsabilidad contractual: no puede liberarse por haber delegado en un contratante independiente su deber de cuidado.

Si volvemos al caso resuelto por la sentencia y observamos que según los hechos el arquitecto no compareció por la obra, ni examinó el edificio colindante, ni dirigió los trabajos de vaciado, ni adoptó ninguna medida cuando se derrumbó una tapia de otra propiedad, nos debemos preguntar hasta qué punto la independencia del arquitecto libera al propietario del solar de su deber de cuidado. ¿El propietario puede cruzarse de brazos después de haber elegido bien, esto es, por el título, a un técnico? Si bien él ni puede ni debe dirigir al arquitecto, ni al contratista, ¿no debe preocuparse, al menos, de observar si el arquitecto dirige efectivamente la obra?, ¿no debe asegurarse de que se estén tomando medidas para la seguridad del edificio colindante, esto es, al menos, que el arquitecto ha examinado la solidez, estructura, etcétera, de tal edificio? Si el artículo 590 era aplicable, como creemos que lo era, el propietario tiene un deber de prevenir el daño que al menos consistirá en observar que otros encargados por él toman las precauciones necesarias.

Me parece cierto que el propietario no tiene respecto del vecino

precepto; en cambio, WESTERMANN, *Sachenrecht*, 5.ª ed., Karlsruhe, 1966, p. 314, se inclina por la aplicación del 278 al caso del 909, si bien matiza su posición. Vid. también BAUR, *Sachenrecht*, München, 1981, p. 36, y SÄCKER, en *Münchener Kommentar, Sachenrecht*, 1981, Rdn. 23 al § 909, p. 553: «Al propietario-dueño de la obra no le basta con haber encargado los trabajos en su inmueble a un arquitecto o un empresario de la construcción para cumplir con los deberes de cuidado que le incumben».

(10) La evolución del Derecho de daños en Alemania ha tenido lugar precisamente, entre otras cosas, a través de la configuración de los llamados deberes de tráfico (*Verkehrspflichten*) que han servido fundamentalmente para el desarrollo de la responsabilidad por omisión, la elaboración de una responsabilidad del Estado bajo esquemas civiles, y la trasposición del arsenal de ideas propio de la responsabilidad por riesgo a la responsabilidad por culpa, como dice CH. VON BAR, *Entwicklung und rechtsstaatliche Bedeutung der Verkehrs (sicherung) pflichten*, en *Jz*, 1979, p. 332; vid. también MERTENS, en *Münchener Kommentar*, III-2, Vor §§ 823-855 RdNr. 3, München, 1980) y VON CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts*, en *Gesammelte Schriften I*, Tübingen, 1968, págs. 452-553, aquí p. 478 y ss.

una obligación igual a una obligación contractual, pero existe un específico deber de cuidado que requerirá una determinada medida de diligencia. Parece que la responsabilidad del propietario del solar es una responsabilidad por culpa, pero el problema que debemos resolver es si debe o no debe responder por la culpa del arquitecto o del contratista. Parece claro que si la responsabilidad del dueño del solar no ha de ser una responsabilidad objetiva, sino por culpa y siendo en todo caso la interposición del arquitecto en la obra absolutamente necesaria, no parece que el propietario responda excepto por caso fortuito.

El problema es que el deudor tiene un deber de cuidado que, aunque parece formulado en relación con un resultado, no parece que su infracción sea objetiva, sino que se trata de una responsabilidad por culpa. La culpa del propietario del solar ha de ser juzgada teniendo en cuenta lo que le es exigible, y parece que no le es exigible que controle si las medidas técnicas adoptadas por el arquitecto son o no son adecuadas. Ahora bien, de ahí no se sigue que no le sea exigible nada más al dueño del solar. Del caso resuelto por la citada sentencia de 7 de octubre de 1983 deriva bastante claramente que el dueño pudo haber reparado en que el arquitecto no atendía a sus obligaciones. Hay dos aspectos diferentes en la culpa del arquitecto, y que pueden corresponder a lo que en la doctrina alemana se ha llamado cuidado externo (*äussere Sorgfalt*) y cuidado interno (*innere Sorgfalt*). Con la primera expresión se hace referencia, como dice U. Huber, a que el «sujeto en cuestión ha observado en su conducta ciertas reglas de cuidado, reglas del arte o semejantes, que sirven para obtener los resultados deseados o evitar los resultados no deseados. El médico cuidadoso esteriliza la aguja antes de poner la inyección y desinfecta el lugar del cuerpo en el que quiere inyectar». Por otra parte, con la expresión cuidado puede querer decirse que «el sujeto en cuestión actúa con una determinada actitud interior. El conductor cuidadoso no se salta ninguna señal de tráfico, porque está atento» (11). Esta distinción puede ser en nuestro caso de utilidad, porque podemos afirmar que al dueño del solar le era exigible que cuidara de que el arquitecto pusiera la diligencia interna, aunque no le fuera exigible que el arquitecto pusiera la diligencia externa. De este modo podemos observar que la interposición de un contratante independiente no tiene por qué excluir la responsabilidad del que encarga la actividad, pero que puede modalizar el deber de cuidado al referirse a que otros actúen con cierta diligencia, pero no a que éstos procedan absolutamente de una forma diligente en todos sus aspectos, porque precisamente en algunos aspectos tal diligencia escapa al sujeto del deber de cuidado y no se le puede exigir. La diferencia que puede existir con la responsabilidad contractual es que en ésta el deudor no puede quedar liberado por el hecho de su auxiliar en el cumpli-

(11) U. HUBER, *Zivilrechtliche Fahrlässigkeit*, en *Festschrift für Ernst Rudolf Huber*, Göttingen, 1973, p. 253-289, aquí p. 265 y ss. La distinción se remonta a ENGISCH, vid. las citas en U. HUBER, op. cit.

miento (dependiente o no), precisamente porque tal hecho no es un caso fortuito y mientras no se dé el caso fortuito el deudor no queda liberado. Por el contrario, el específico deber que, a mi juicio, deriva del artículo 590 por razón de la relación de vecindad, es un deber de cuidado que queda satisfecho con la diligencia que le es exigible al propietario del solar. Ahora bien, la diligencia exigible puede ser distinta según que el dueño del solar utilice o no utilice un contratante independiente.

La existencia de un deber previo en el responsable nos ha parecido decisiva en el caso anteriormente comentado en relación con la exigencia o no exigencia de una relación de dependencia. Ahora convendría examinar, aunque fuera también brevemente, otra afirmación de la doctrina jurisprudencial según la que la responsabilidad dependería de que el comitente se hubiera reservado la vigilancia o participación en los trabajos.

Esta afirmación puede entenderse en diferentes sentidos, como también puede tener diferentes sentidos la reserva de la vigilancia del contratista.

Sorprende que los derechos de los terceros vengan determinados por lo pactado entre el comitente y el contratista. Si el comitente se reserva la vigilancia de la actividad del contratista responderá, y si no se la reserva, no responderá. Parece sumamente probable que si la reserva de la vigilancia no tiene otro alcance, los comitentes acabarán por no reservársela. ¿Acaso no es esa reserva algo semejante a un contrato en favor de terceros? ¿Para qué obligarse innecesariamente? Todo resulta bastante extraño, a no ser que se reflexione algo, ayudados de un autor, como Rubino, que introduce las adecuadas precisiones en este tema (12). De otra parte, si en algunos casos existe un específico deber de cuidado habrá que convenir en que la reserva o no reserva de la vigilancia en nada afectará a la responsabilidad por el incumplimiento de aquel deber.

No parece tan importante la reserva de la vigilancia que pueda constar en el contrato, sino 1) el deber de vigilar en base a un deber específico de cuidado que no desaparece por el hecho de encargar la obra a un contratante independiente, 2) que se hayan desarrollado las actividades productoras del daño bajo la efectiva dirección del comitente, porque entonces el contratista en esa esfera de actividades ha actuado como dependiente, 3) que el daño derive del proyecto directamente, o mejor, de su exacta ejecución.

Respecto de lo primero, en la Sentencia de 17 de marzo de 1980, lo decisivo, a mi juicio, no era que la Diputación Foral de Alava se hubiera reservado en el pliego de condiciones la vigilancia del cumplimiento correcto de las obras proyectadas y que se dijera que «el ingeniero de construcción podía prohibir la utilización de métodos de voladura que considere peligrosos». Lo decisivo, creo, es que tenía un específico deber de cuidado consistente en que las obras de construc-

(12) RUBINO, *L'Appalto*, Turín, 1951, p. 353 y ss.

ción de una variante en la carretera no produjeran daños. La reserva de la vigilancia del cumplimiento correcto de las obras además se hacía en propio interés: comprobar que las obras se hacen bien. También se trataba de poner los medios para velar por el cumplimiento del deber de cuidado, pero éste no nacía del pliego de condiciones, sino de su competencia sobre las carreteras, de modo semejante a cómo en el caso anterior, surgía el deber de cuidado de las relaciones de vecindad. No es decisivo, por tanto, que en el pliego de condiciones se aludiera a ese deber o no. Si se han producido daños en un caserío vecino por la utilización de explosivos de modo negligente por un subcontratista, la Diputación debe responder aunque no asumiera la vigilancia en el pliego de condiciones. La sentencia, por otra parte, correctamente afirma que «no impone a la entidad recurrente responsabilidad alguna por la actuación del contratista y del subcontratista, sino por la negligencia con que la propia Corporación actuó al no cumplir o hacer cumplir a sus empleados o técnicos las obligaciones de vigilancia», pero creo que se equivoca cuando continúa «que asumieron», en vez de decir «que le incumbían».

En la Sentencia de 28 de febrero de 1983 (Aranzadi nR. 1083) se desestimó el recurso de la Junta de Obras del Puerto y de la Organización de Trabajadores Portuarios basado en que dichos entes no eran patronos de los obreros que causaron la muerte de un compañero en las operaciones de carga de un buque, y en que por tanto no existía relación de dependencia como exige el artículo 1.903 y precisaron las Sentencias de 18 de junio y 5 de julio de 1979. La sentencia rechaza el recurso apoyándose en la matización contenida en la doctrina de la primera de las sentencias citadas consistente en que «la empresa comitente responde» cuando se hubiera reservado la vigilancia o participación en los trabajos o parte de ellos». Ahora bien, los citados entes no se habían reservado dicha vigilancia en el caso concreto. La Organización de Trabajadores Portuarios responde por culpa *in eligendo* porque a ella le incumbe la selección de los trabajadores que las empresas han de contratar con su mediación. La Junta de Obras del Puerto responde porque «en un sentido material, y legal incluso —Ley de Puertos de 28 de enero de 1966—, dicho(s) organismo(s) —la Junta de Obras del Puerto respecto de la grúa contratada— no está(n) totalmente desligado(s) en cuanto a la vigilancia y control de operaciones portuarias...». La diferencia con la formulación de la Sentencia de 18 de junio de 1979 es muy clara, pero a pesar de todo se trata de encajar en ella la responsabilidad de la Junta de Obras del Puerto, para concluir que «la relación de dependencia, más o menos extensa o intensa, permanece viva con referencia a las entidades públicas que ahora recurren y que por eso se cumplen los presupuestos del artículo 1.903 del Código civil». En realidad, puede observarse claramente que la sentencia hace derivar la responsabilidad de la Junta de deber de cuidado respecto de la grúa impuesto por la Ley de Puertos y no, como resulta de la tan citada frase de la Sentencia de 18 de junio de 1979, de que ella se hubiera reservado la vigilancia, o, como

decía la Sentencia de 17 de marzo de 1980, de que hubiera asumido esa vigilancia. No parece claro que haya que acudir al artículo 1.903 y forzar el concepto de dependencia, en vez de referirse al artículo 1.902 como fuente de responsabilidad por omisión del deber de cuidado impuesto por la Ley. La citada Sentencia de 17 de marzo, como ya vimos, acudió al artículo 1.902 para fundamentar la responsabilidad por la omisión de los deberes de vigilancia que la Diputación recurrente había «asumido».

Respecto del segundo punto aludido, cabe citar la Sentencia de 17 de noviembre de 1980. Ahora bien, esta sentencia trata de un caso en el que podía haberse estimado que existía responsabilidad contractual, sin embargo se estimó calificada correctamente la acción como derivada de culpa extracontractual. En esta sentencia se entiende que el contratista debe responder por el daño causado por el obrero del subcontratista (daño al inmueble en el que se realizaban las obras y a los muebles guardados en él, por tanto daños al comitente, no a terceros), porque concurrió culpa *in vigilando* en la contratista respecto de la persona del empleado de la subcontratista, ya que actuaba bajo la vigilancia, dirección y control de la contratista. Si esto es así, no es muy comprensible que también responda la subcontratista, esto es, si quien tenía el control, dirección y vigilancia del obrero era la contratista. Esta sentencia alude como fundamento de la responsabilidad de la contratista al riesgo de empresa, pero también, y además de la culpa *in vigilando*, a la culpa *in eligendo* respecto de la empresa a la que acudió en concepto de subcontratista.

En la Sentencia de 16 de junio de 1983 se hace responsable al contratista por los daños causados por el obrero de la subcontratista, con la particularidad de que se absuelve a estos últimos y se condena al contratista. Aquí no es tanto que se haya reservado la vigilancia o dirección, sino que el obrero de la subcontratista ha procedido en virtud de los antecedentes que le ha proporcionado la contratista.

En la Sentencia de 10 de octubre de 1930 se desestimó el recurso de Telefónica que había contratado la apertura de unas zanjas para el tendido de sus cables con una empresa constructora. A consecuencia de la apertura de las zanjas se había causado daño a un edificio vecino. El Tribunal Supremo consideró que se daban todas las circunstancias del artículo 1.902 para que surgiera la responsabilidad de la compañía Telefónica. Entendió que no había adoptado «las medidas de previsión que la prudencia y la ley imponen para que las obras que debieran ejecutar las personas a quien en uso de su perfecto derecho encargara no lesionaran a los dueños de la casa y con ello queda demostrado la relación directa de la causa a efecto entre el perjuicio y el acto culposo que lo motivó». Frente a la alegación de la existencia del contrato celebrado entre la Telefónica y la contratista, el Tribunal Supremo dice, entre otras cosas, que en virtud de él la entidad Cubiertas y Tejados, S. A., ni las personas a quienes se encargara la ejecución de las obras intervinieron en ellas en concepto de terceros, independientes en su beneficio por su propia iniciativa, con indepen-

dencia de la Telefónica, sino en sustitución de ésta por la voluntad de ella, no concordada con la del dueño de la casa..., lo cual no afecta al perjudicado ni le impide dirigir la acción con la sociedad demandada...». Creo que hay que destacar la idea de que el contrato entre el comitente y el contratista no puede alterar los deberes que el comitente tenga respecto de terceros, es decir, que tales deberes no pueden desaparecer por razón de lo pactado entre comitente y contratista. Por otra parte, esta sentencia es importante en cuanto que destacó: «... por otra parte, no hay que olvidar que la Sala sentenciadora también apreció... que no se había acreditado que por la entidad a quien se habían encargado los trabajos o por sus dependientes se faltara en punto al modo y lugar de abrir las zanjas a lo estipulado». Es decir, que el daño procede más que de la ejecución de la obra del mismo proyecto que había suministrado el comitente.

En la Sentencia de 4 de mayo de 1982 también resultaron responsables el comitente y el contratista por los daños ocasionados al partir un cable de alta tensión que suministraba fluido eléctrico a las instalaciones industriales de la demandante. El recurso interpuesto por el comitente a los solos efectos de que también se condenara al contratista que estaba encargado del replanteo, es estimado, con lo que resultan condenados comitente y contratista y absueltos los subcontratistas (el propietario de la máquina excavadora y su conductor no son demandados). La comitente era la autora del proyecto, pero la recurrida (contratista) estaba encargada de variar sobre el terreno el trazado de la zanja, lo que no hizo a pesar de la proximidad de una torre de la que descendía el cable en cuestión. En este caso, como en el anterior, puede entenderse que los daños han sido ocasionados por la ejecución fiel del proyecto. Si bien en este último caso estaba previsto que el proyecto se modificara en vista de las particularidades del terreno, la variación o no variación constituía un proyecto concreto imputable a la contratista.

“El matrimonio de los menores y la autorización paterna”

Por LUIS MOISSET DE ESPANES

SUMARIO: I. Introducción. Homenaje al maestro don Federico de Castro.—
II. Antecedentes históricos.—III. Derecho comparado: a) Francia. b) España. c) Chile. d) Tendencias modernas. e) Un código de países socialistas.
IV. Derecho argentino: a) El Código de Vélez. b) Ley de Matrimonio Civil y posteriores reformas. c) El fallo que comentamos.—V. In memoriam

I. INTRODUCCION. HOMENAJE AL MAESTRO D. FEDERICO DE CASTRO

Creía haber concluido los borradores de un comentario a fallo sobre la venia para contraer matrimonio, y estaba colocando las citas de Derecho español, cuando en «el Castán» (1) encontré la mención de un trabajo sobre el tema cuyo autor era don Federico de Castro, publicado hace tres décadas en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL (2).

Busqué el artículo, para citarlo, y me encontré con un estudio tan completo, y de tanto interés, que su lectura me apasionó y dejé otras cosas de lado para analizarlo detenidamente.

El pensamiento del maestro coincidía en sus grandes líneas con las ideas que yo había esbozado en la nota a fallo, pero sustentaba sus tesis con una seria y profunda investigación y —al mismo tiempo— me brindaba explicación a algunos problemas que yo meramente había intuido, como el vinculado con la posición que adopta la corriente de pensamiento «liberal», y que se refleja en varios códigos decimonónicos, que de manera aparentemente paradójal consagran a favor de los padres una «potestad absoluta», y cierran las puertas a todo recurso en los casos de negativa de asentimiento.

(1) CASTÁN TOBEÑAS, José: «Derecho civil español, común y foral». Obra clásica de la literatura jurídica española, ha contribuido durante más de cuatro décadas a la formación de estudiantes y profesionales. Su consulta resulta indispensable en cualquier estudio de Derecho español.

En este caso trabajamos con el tomo V, Derecho de familia, volumen I (Relaciones conyugales), 8.ª ed., Reus, Madrid, 1961.

(2) CASTRO Y BRAVO, Federico de: «El matrimonio de los hijos», Anuario de Derecho civil, 1954-I, pp. 35-60.

La verdad es que luego de leer un estudio tan documentado y profundo que prácticamente agotaba el tema, estuve a punto de desistir de mi comentario, y si no lo hice fue por el deseo de aprovechar la oportunidad para rendir un emocionado homenaje a quien fue uno de mis maestros cuando cursé estudios en España.

«Don Federico», como le llaman cariñosamente sus amigos, es el más destacado jurista español de su generación; catedrático de Derecho civil durante muchos años en la Universidad Complutense, culminó su carrera como Juez de la Corte Internacional de La Haya.

El ANUARIO DE DERECHO CIVIL es fruto de su esfuerzo, y el Seminario de Estudios Jurídicos, de calle Medinaceli, ha reunido semana a semana, las tardes de los miércoles, a un grupo selecto de juristas y jóvenes estudiosos que, bajo la dirección de don Federico, ha formado una verdadera escuela. Todavía hoy la figura patriarcal del maestro congrega a su alrededor a discípulos agradecidos, que lo rodean con veneración y afecto (3).

Su palabra rectora continúa orientándolos, no sólo en la búsqueda del saber jurídico, sino también —y muy especialmente— en la recta línea de conducta que debe seguir un hombre de bien.

No es este el momento de narrar anécdotas personales, por lo que me limito a recordar que durante mi paso por el Seminario, yo también me beneficié con sus consejos.

II. ANTECEDENTES HISTORICOS

Los ordenamientos jurídicos más primitivos, con una organización patriarcal de la familia, se han caracterizado por la total sujeción de todos los miembros a quien ejercitaba la jefatura familiar (padre, abuelo o tío), y la necesidad de la autorización de quien ejercía esa jefatura, para celebrar matrimonio.

La Historia nos recuerda que en Roma el poder del «pater familia» era tan absoluto que le permitía disponer incluso de la vida de las personas sujetas a su potestad, y en materia matrimonial su oposición impedía que se contrajeran las nupcias, sin que pudiese entablarse recurso alguno frente a su negativa. Destaquemos, además, que la situación de «alieni iuris», sometidos a la potestad paterna, podía alcanzar a personas mayores de edad.

Con el tiempo la situación fue evolucionando, y en época de Augusto se dictó la Lex Julia, que admitía —frente a la oposición del padre— que las hijas *mujeres* recurriesen ante el príncipe (4), lo que tiene cierto sentido porque con el casamiento la hija mujer salía de la potestad de

(3) Estas líneas fueron escritas en marzo de 1983, cuando el maestro aún vivía. Hemos preferido dejarlas inalteradas.

(4) PETIT, Eugene: Tratado elemental de Derecho romano» (traducción al castellano de la 9.ª ed. francesa), ed. Albatros, Buenos Aires, 1958.

Señala en pág. 151, nota 6, que «la tendencia a validar el matrimonio hecho sin el consentimiento del jefe de familia se manifiesta, ante todo, desde las leyes Julia y Papia Popena».

su padre para ingresar a la familia de su marido (5); los varones, en cambio, continuaban sujetos a la potestad del «pater», ya que el matrimonio no los emancipaba.

Se consideraba tan importante la venia paterna, que la sola ausencia del progenitor llegaba a impedir que se celebrase el matrimonio, lo que fue mitigado luego, admitiendo que si la ausencia excedía de tres años ya no se requería el asentimiento (6).

Con el correr del tiempo veremos evolucionar las ideas, y admitir que —pese a la negativa de quien ejercía la potestad— la posibilidad de suplir esa autorización por venia judicial, concedida primero solamente a las mujeres, se extendió a todos los hijos (7) cuando mediaban razones que hiciesen aconsejables las nupcias.

Este cambio de rumbo se acentúa por influencia del cristianismo, en especial de la Iglesia Católica, cuya doctrina se inclinó siempre en favor del matrimonio, considerando que si la persona era núbil, su edad no constituía impedimento para que contrajese nupcias, resultando suficiente el *libre* consentimiento del sujeto aunque fuese menor, doctrina proclamada en varios concilios e incorporada a las Decretales (8).

Permítanos aquí el lector una pausa; estas líneas las habíamos escrito antes de leer el trabajo de don Federico de Castro. Advertíamos, además, que el pensamiento «liberal» que inspiró los códigos decimonónicos, daba al problema una solución totalmente distinta, retornando al concepto de la potestad «absoluta» e indiscutible del padre, sin admitir recurso alguno frente a su negativa, posición que nos parecía algo contradictoria, y carente de fundamento, pues coartaba totalmente la «libertad matrimonial» de los hijos, lo que en alguna medida puede considerarse en pugna con los principios que inspiran al liberalismo.

Nos habíamos limitado a verificar el hecho, pero no comprendíamos las causas del fenómeno, aspecto en el cual nos resultaron de gran utilidad las investigaciones del jurista español.

Pudimos entonces comprender que luego de un largo período en que predomina en los reinos medievales de Occidente la solución canónica, comienzan a aparecer diversos factores que contribuirán a restablecer la exigencia de la autorización paterna para el casamiento de los menores, entre los cuales los principales han sido el humanismo re-

(5) Ver autor y lugar citados en nota anterior; también CASTRO Y BRAVO, trabajo citado, p. 39 y nota 10.

(6) Digesto 23.2.9: «... El hijo del que cayó prisionero del enemigo, si su padre no vuelve en un plazo de tres años, puede contraer matrimonio (Ulpiano)».

Digesto 23.2.10: «Cuando el padre está ausente y se ignora su paradero, se duda con razón qué debe hacerse. Y si transcurren tres años ignorándose donde está y si vive, no se prohíbe que sus descendientes de ambos sexos contraigan matrimonio (Paulo)».

(7) Esta solución se encuentra incorporada al Digesto 23.2.19, con mención de la Ley Julia y de una constitución de los emperadores Severo y Antonino, permitiendo que los padres sean «compelidos por los procónsules y gobernadores de las provincias a darles estado matrimonial y constituirles la dote... (Marciano)».

(8) Ver CASTÁN TOBEÑAS, José: obra citada en nota 1, p. 117.

nacentista, con su admiración por el mundo clásico; la reforma protestante, con su abierta pugna y rechazo de las doctrinas católico-romanas; el deseo de los nobles y aristócratas de mantener sus linajes; y el afán de los monarcas de consolidar su poder temporal.

Así, el humanismo renacentista, impulsado por la admiración que sentía por las artes y ciencias del mundo clásico, revitalizará las soluciones jurídicas del Derecho romano, contenidas en las Pandectas de Justiniano, «redescubiertas» algún tiempo antes, y en lo que hace al punto que nos ocupa estimará correcta la necesidad de que los menores cuenten con «autorización paterna», mitigada con el recurso a la justicia en los casos en que la negativa fuese infundada (9).

Con relación a la influencia protestante, nos permitiremos reproducir un párrafo de Calvino, que cita don Federico de Castro (10), en el cual, refiriéndose a los «papistas», dice que:

... han ordenado leyes para confirmar su tiranía; las cuales son, en parte malas contra Dios, en parte injustas contra los hombres, como son las que siguen: que los matrimonios celebrados por los jóvenes que están bajo el poder de sus padres, sin el consentimiento de sus dichos parientes, queden firmes e inmutables».

Por su parte la aristocracia, procurando consolidar los linajes y evitar alianzas desventajosas, robustecerá la potestad paterna, para evitar los matrimonios «inconvenientes» y, pese a la influencia de la Iglesia, mirará con simpatía que se reimplanten los viejos principios del Derecho romano que otorgaban a los padres poderes casi absolutos sobre la familia.

Finalmente, en la etapa en que las monarquías absolutas prevalecen sobre los nobles, como paso previo al surgimiento de las naciones modernas, los reyes —en esa lucha contra la nobleza— entenderán que es resorte suyo intervenir cuando los padres niegan injustificadamente autorización para un matrimonio, y dar una licencia supletoria.

III. DERECHO COMPARADO

a) *Francia*

La evolución que hemos reseñado encuentra claro exponente en la opinión de autores como Pothier, que se ocupa extensamente del problema en su «Tratado de las personas y las cosas» (11), expresando primeramente que los hijos sometidos a potestad paterna no pueden

(9) Conf. CASTRO Y BRAVO, trabajo citado: «La idealización de las instituciones clásicas romanas rescucita el culto de la "patria potestas" ilimitada» (p. 39).

(10) Trabajo citado en nota 2, (p. 39, nota 14); se menciona allí una obra de Calvino titulada «Institution de religion chrétienne», IV, 19, 37.

(11) Ver «Oeuvees», t. 9, París, 1846.

tomar ningún estado (12) sin su consentimiento, prohibición que tiene carácter absoluto cuando se trata del ingreso a comunidades religiosas, y tratando luego con detenimiento de la necesidad que tienen todos los hijos —aun mayores de edad, e incluso las viudas— de solicitar el consentimiento paterno para contraer matrimonio (13).

Desarrolla extensamente el punto, distinguiendo la situación de los hijos mayores, de la correspondiente a los menores; en el primer caso la falta de consentimiento paterno podría provocar la desheredación y revocación de las donaciones, pero entiende que se libran de tales penas sin han solicitado «respetuosamente» el permiso en dos oportunidades, aunque les haya sido negado. En cambio, respecto a los hijos menores la falta de consentimiento constituiría un vicio que provocaría la nulidad del matrimonio (14).

Pensamos que estas opiniones de Pothier reflejan la doctrina dominante a fines del siglo XVIII, en vísperas de la Revolución Francesa.

El Código civil de 1804 guardó silencio sobre el particular, pero la mayor parte de los autores continuaron entendiendo que los hijos sometidos a potestad necesitaban de manera indispensable la licencia paterna para casarse, en actitud aparentemente reñida —como hemos dicho antes— con la concepción liberal en boga.

Don Federico de Castro explica con agudeza la razón de esta paradoja; la burguesía liberal, que ha puesto fin a la monarquía, pretende afirmar frente al Estado —sucesor de los reyes— la primacía absoluta de los derechos «individuales», tanto se refieran a la «propiedad», como a las «potestades familiares» (15).

Esta línea de pensamiento encuentra clara expresión en Demolombe, al manifestar que cuando el padre presta su consentimiento, o lo niega, «su expresión de voluntad es absoluta y soberana. No se puede apelar de ella ante nadie» (16), e insistir que no necesita expresar los motivos de su decisión porque «es un acto de autoridad doméstica y de poder paternal» (17), y todavía a fines del siglo XIX y comienzos del XX, el gran maestro Marcel Planiol continúa afirmando que si «un ascendiente rehúsa su consentimiento, su decisión es definitiva; el hijo no tiene recurso contra ella y el Tribunal no podría reformarla. El ascendiente no tiene ni siquiera necesidad de dar los motivos de su negativa» (18).

Esta doctrina, que concede total predominio a la voluntad paterna, es el camino tomado por la mayoría de los autores franceses, pero en varios casos sometidos a la justicia apunta la idea de que ningún derecho o facultad —ni siquiera las potestades familiares— puede ser

(12) Libro citado en nota anterior, núm. 131, p. 50.

(13) Obra citada en nota 11, núms. 135 y siguientes, pp. 52 y ss.

(14) Autor y obra citados, núm. 37, pp. 53 y 54.

(15) CASTRO Y BRAVO, Federico de: trabajo citado en nota 2, p. 40.

(16) DEMOLOMBE, C.: «Cours de Code Napoléon», t. 3 (Traité du Mariage, v. 1), 4.^a ed., París, 1869, núm. 51, p. 74.

(17) Autor y lugar citados en nota anterior.

(18) PLANIOL, Marcel: «Traité élémentaire de droit civil», 7.^a ed., París, 1915, t. I, núm. 769, p. 259.

ejercitado de manera irrazonable y arbitraria, y esos fallos deciden suplir la falta de autorización paterna, en especial cuando previamente la familia había consentido las relaciones de la pareja y luego muda de opinión, negándose a prestar consentimiento al matrimonio (19), salvo que el padre probase la existencia de causas razonables que justificasen su negativa.

Entendemos que el camino seguido por la jurisprudencia está más de acuerdo con las realidades de la vida social.

b) *Derecho español*

Durante muchos siglos en España prevaleció la concepción del Derecho canónico; la falta de consentimiento paterno no era un impedimento, ni provocaba la nulidad del matrimonio (20).

Recién a fines del siglo XVIII, y ya por influjo de concepciones liberales, apunta un cambio de rumbo en la Pragmática del 23 de marzo de 1776, exigiéndose el consentimiento del padre para el matrimonio de los hijos menores de veinticinco años (21), aunque esta exigencia —como bien lo señala Castro y Bravo— se modera para impedir «el abuso y exceso en que pueden incurrir los padres» (22), admitiéndose en caso de negativa que carezca de causa «justa y racional» un recurso ante la justicia real ordinaria.

Algunos años después, durante el reinado de Carlos IV, se sanciona la Pragmática del 10 de abril de 1803, con nuevas reglas para el matrimonio, que parece acentuar la exigencia del consentimiento paterno, al expresar:

«... que ni los hijos de familia menores de veinticinco años, ni las hijas menores de veintitrés, a cualquier clase de Estado que pertenezcan, puedan contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien en caso de resistir el que sus hijos o hijas intentare, no estará obligado a dar la razón, ni explicar la causa de su resistencia o disenso.»

Adviértase, sin embargo, que ante la negativa de los padres o personas encargadas de dar la licencia matrimonial, admite la posibilidad de un recurso judicial, solución que fue duramente criticada por García Goyena (23), cuya opinión destacamos porque influyó en el proyecto de 1851, cuyo artículo 53 no sólo dispone que los padres *no necesitan*

(19) Ver JOSSERAND, Luis: «El espíritu de los derechos y su relatividad» (trad. al castellano de Sánchez Larios y Cajica), ed. Cajica, México, 1946, pp. 91 y ss.

(20) Ver CASTÁN TOBEÑAS: obra citada en nota 1, p. 118.

(21) Esta Pragmática fue incorporada a la Novísima Recopilación, Libro X, Tit. 2, Ley 9.

(22) Ver CASTRO Y BRAVO, Federico: trabajo citado, pp. 44 y 45.

(23) Ver «Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español», ed. de Zaragoza, 1974 (reimpresión de la edición de Madrid de 1852), art. 53, pp. 34 y 35.

expresar la razón en que se fundan para rehusarla, sino que agrega que contra su disenso *no se admitirá recurso alguno* (24).

Esta expresión del pensamiento liberal culmina con la Ley de 1862, que siguiendo la línea trazada en el Proyecto de 1851 priva de todo recurso contra la negativa de licencia, y la solución es receptada en el Código civil de 1889, que en su redacción originaria establece la necesidad del consentimiento, sin admitir recurso contra la decisión de los padres.

El Concordato de 1953 con la Santa Sede va a motivar un cambio, y cuando en 1958 se reforme el Código civil para adaptarlo a las previsiones del Concordato, se admitirá un recurso ante el Ordinario, que supla la negativa paterna.

Por último, la Ley de julio de 1981¹ considera a la minoría de edad como un impedimento (art. 46), que puede ser dispensado por el Juez de Primera instancia, a petición de parte (art. 48); al parecer ya no es necesaria, ni suficiente, la autorización paterna, aunque en el juicio de disenso deberán ser escuchados los padres o guardadores del menor.

c) Chile

Nos detenemos en el Código de Chile, obra del insigne polígrafo don Andrés Bello, porque ha servido de modelo a numerosos códigos americanos, entre los que se cuentan los de Ecuador, Colombia, El Salvador y Nicaragua.

El artículo 112 del Código chileno de 1855 establecía, respecto a los menores, la necesidad del consentimiento paterno y, en caso de negativa, no era necesario que el padre expresase razón alguna (25), pero si se trata de curadores, de acuerdo a lo establecido por la Ley 7612, del 21 de octubre de 1943, deberán expresar la causa y el menor podrá interponer recurso ante el juzgado competente (26).

El legislador chileno, en consonancia con las ideas que predominaban en esa época, ha considerado que la potestad de los padres debía ejercerse con amplitud y sin cortapisas.

(24) Expresa García Goyena: «Nuestro artículo corta estos recursos escandalosos, evita mejor que dicha Pragmática *difamaciones de personas* o familias que en último resultado se identificaban, porque era muy raro el caso en que se declaraba por racional el disenso, y de este modo una niña de quince años con un seductor hábil se burlaba de la ley y de la naturaleza» (obra citada, p. 35).

(25) En la actualidad, y desde el año 1952, el dispositivo se refiere a menores de veintiún años.

(26) El Código de Colombia consagra una solución similar en el artículo 121, eximiendo a los padres de expresar la causa de su oposición, pero exigiendo la expresión de motivos al curador.

El Código de El Salvador soluciona el punto en el artículo 112, liberando al padre de expresar la causa si los menores no han cumplido los dieciocho años; si son mayores de esa edad debe expresarse la razón de la negativa, y hay recursos ante la justicia. Los curadores o tutores deben siempre dar razones de su negativa.

d) *Tendencias modernas*

En la actualidad la evolución de las ideas tiende a restringir el ejercicio de las facultades de los padres, para impedir que resulte «abusivo», sometiénolas a contralor de la justicia.

Además, se advierte una tendencia a elevar los límites de edad exigidos para contraer matrimonio, considerando que se necesita una mayor madurez para afrontar los problemas que origina la vida en común; ese hecho, unido a la tendencia a disminuir la edad requerida para alcanzar la mayoría, hace que se reduzca considerablemente el número de personas con habilidad nupcial que son al mismo tiempo menores de edad.

Casi todos los códigos occidentales han fijado la mayoría de edad en veintiún años, y en la actualidad varios han rebajado ese límite a los dieciocho años; en cambio los viejos topes fijados por el Derecho canónico como expresión de la pubertad, habilitantes para contraer matrimonio (dieciséis años para el varón y catorce para la mujer), son elevados por las leyes civiles, con diversos matices, pero apuntando más bien a la edad de dieciocho años como mínimo, con lo que vendrían a coincidir la edad matrimonial con la mayoría de edad.

e) *Un código de países socialistas*

A título ilustrativo mencionamos las disposiciones contenidas en el Código de Familia de la República Popular de Polonia, sancionado en 1964, y en vigencia desde el 1.º de enero de 1965 (27).

Notamos, en primer lugar, que los límites de edad exigidos a los contrayentes son muy altos: veintiún años cumplidos para el varón y dieciocho para la mujer (art. 10, inc. 1). Por supuesto que al alcanzar esa edad se adquiere plena habilidad nupcial.

Como excepción, y si median causas graves, podrá contraerse matrimonio por varones de sólo dieciocho años y mujeres de dieciséis, pero en tal caso la autorización tendrá que ser dada por la justicia, que para hacerlo deberá tener en cuenta si «el proyectado matrimonio podrá atender los intereses de la familia que se ha de constituir», y está de conformidad con «el interés social» (ver también el inc. 1 del art. 10, Código de la Familia).

En los siguientes incisos del art. 10 se establece la nulidad de los casamientos celebrados en violación de las edades mínimas, y los casos en que el matrimonio puede quedar confirmado, subsanándose la nulidad.

Se advierte, pues, que en estos sistemas el asentimiento paterno no desempeña ninguna función, y que el Estado interviene no en favor del matrimonio, sino con una orientación claramente limitativa.

El profesor polaco Czachorsky (28) estima que en casi todos los

(27) Hemos trabajado con la traducción francesa del Código polaco de la Familia, efectuada por Maciej Szepletowski, publicada en Varsovia, 1966 por Wydawnictwe Prawnicze.

(28) CZACHORSKY, Witold: «Mariage», en «Introduction aux droits socialistes», Akadémiai Kiadó, Budapest, 1971, p. 538.

países socialistas europeos existen reglas más o menos similares, exigiéndose para el matrimonio una «edad conveniente».

IV. DERECHO ARGENTINO

a) *Código de Vélez*

En materia matrimonial el codificador argentino decidió respetar las «costumbres de los pueblos», manteniendo la celebración religiosa para las personas católicas (29), y reconociendo como impedimentos los establecidos por las leyes canónicas (art. 168 del Código civil).

Lo curioso es que, a renglón seguido, se aparta de la línea de pensamiento católico y, bajo la influencia de las corrientes de pensamiento liberal, exige el consentimiento de los padres para el matrimonio de los menores, eximiéndolos de exponer razones en caso de negativa, y no admitiendo recurso alguno contra esa decisión.

El viejo artículo 170 del Código civil es terminante: «Los padres no necesitan expresar la razón en que se funden para rehusar su consentimiento, y contra su disenso no se admite recurso alguno» (30).

Excepcionalmente se exigía a los padres manifestar las causas de disenso cuando se hallasen «gozando del usufructo de los bienes particulares de su hijo» (art. 171 del Código civil); mientras que los tutores y curadores debían siempre expresar los motivos de su oposición, para su valoración por el juez (art. 173).

La falta de consentimiento paterno no provocaba la invalidez del matrimonio, pero permitía que los padres los sancionasen, privándolos de una parte de la legítima (31). De manera concordante el viejo artículo 131 disponía que los menores, cualquiera fuese la edad que tuviesen, se emancipaban si contraían matrimonio «con tal que el matrimonio se hubiese celebrado con la autorización necesaria conforme a lo dispuesto en este Código», grave sanción que mantenía sujeto a la potestad paterna al menor que lograba contraer matrimonio burlando la negativa paterna.

(29) Ver el art. 167 del Código civil argentino, y en especial la nota, en la que expresa Vélez Sársfield que «Las diversas comuniones cristianas, los cultos idólatras, las religiones que admiten la poligamia y las que autorizan el divorcio, están acordes en dar al matrimonio un carácter religioso...», agregando más adelante que «las personas católicas, como las de los pueblos de la República Argentina, no podrían contraer matrimonio civil. Para ellas sería un perpetuo concubinato, condenado por su religión y por las costumbres del país...».

(30) En la nota al artículo 170 Vélez Sársfield cita como antecedente los Códigos de Holanda (art. 90), Chile (art. 112) y el Proyecto de García Goyena (art. 53, señalando que el Código civil francés «guarda silencio sobre la materia», y destacando que adoptan una solución contraria la Novísima Recopilación y las leyes romanas (D. 23.2.3).

(31) Disponía el viejo art. 172 del C. civil: «El hijo menor que se casase sin el consentimiento de los padres, cuando éstos no están obligados a manifestar los motivos de su disenso, puede ser privado por éstos, hasta de una cuarta parte de la legítima que le corresponda por muerte de ellos».

b) *Ley de Matrimonio civil y posteriores reformas*

Resulta más curioso todavía que la atenuación del rigor de estas normas es obra de legisladores liberales, que aproximadamente veinte años después de la sanción del Código, reemplazaron el Título Primero de la Sección Segunda, Libro Primero, por una ley de matrimonio civil, que lleva el número 2393, en la que se admite el recurso judicial contra la negativa de los padres a autorizar el matrimonio de los menores.

Vemos así que el artículo 10 de la mencionada ley fija como edad nupcial la de catorce años para el varón y doce para la mujer, disponiendo que en el caso de ser todavía menores, necesitarán el consentimiento de sus padres, o el del tutor o curador (32).

El artículo siguiente admite el recurso ante la justicia, en caso de negativa de la persona que debía prestar el consentimiento, y luego en el capítulo VI, artículos 20 y siguiente, se regulan las causales de oposición.

Hemos dicho que la Ley 2393 «mitigó el rigor» de la potestad paterna, pero continuaba reconociendo que la persona más apta para apreciar las ventajas o inconvenientes del proyectado matrimonio, era el padre, y admitiendo que no expresase los motivos de su oposición, si se tratase de hijos varones menores de dieciocho años, o mujeres que no habían cumplido todavía quince (art. 24 de la Ley 2393, actualmente modificado por la Ley 17.711) (33).

La norma es clara, y literalmente parece privar en esas hipótesis de recurso judicial frente a la oposición paterna, pero la evolución de las ideas operada a lo largo de este siglo en el concepto de patria potestad, que se refleja en el sistema jurídico argentino con la sanción de la Ley 10.903, llamada de Patronato de Menores (34), que puso el acento sobre las «obligaciones» de los padres, que deben estar en armónico equilibrio con los «derechos» que se les reconocen para velar por la persona de sus hijos, ha conducido paulatinamente a la jurisprudencia a una interpretación muy amplia, sobre la base de que «ningún derecho puede ser ejercido de manera absoluta o arbitraria». Así encontramos fallos en que se concede autorización para contraer matrimonio a menores cuyos padres se oponen sin dar razones, invocando

(32) La Ley 14.394, sancionada en diciembre de 1954, modificó la edad nupcial, estableciendo en su artículo 14: «Para contraer matrimonio se requiere que la mujer tenga catorce años cumplidos y el hombre dieciséis. Podrá contraerse válidamente con edad menor cuando hubiera concebido la mujer, de aquel con quien pretenda casarse...».

(33) Artículo 24 de la Ley de Matrimonio Civil (texto originario): «Los padres, tutores y curadores deben expresar los motivos de la oposición; pero los padres estarán exentos de esa obligación cuando se trate de un hijo varón menor de dieciocho años o mujer menor de quince años, excepto el caso en que estén gozando del usufructo de sus bienes...».

Se enumeraban luego, en cinco incisos, las posibles causales de oposición.

(34) La Ley de Patronato de Menores fue sancionada el 19 de septiembre de 1919.

la facultad que les confiere el mencionado artículo 24 de la Ley de Matrimonio Civil (35).

La sanción para los menores que burlan la prohibición legal, y contraen matrimonio sin autorización, sigue siendo de carácter pecuniario, pero ya no afecta su porción hereditaria legítima, sino que se reduce a privarlos de la posesión y administración de sus bienes (36), y el viejo dispositivo del Código civil que en tales casos negaba la emancipación, ha sido modificado en 1968 por la Ley 17.711, que lo reemplazó por el siguiente texto:

«... Si se hubieren casado sin autorización, no tendrán hasta los veintiún años la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto de ellos el régimen legal vigente de los menores, salvo ulterior habilitación...» (37).

La doctrina interpreta que esta sujeción se limita al aspecto patrimonial, y no alcanza a los bienes que el menor adquiera con el producto de su trabajo.

En resumen, aunque los textos legales permitan al padre oponerse sin expresar motivos, cuando el hijo tiene menos de dieciocho o quince años (para los varones o mujeres, respectivamente), doctrina y jurisprudencia consideran que no se trata de un «derecho absoluto», y estiman que si la oposición no tuviese justificativo valedero, esa falta de autorización siempre podrá ser suplida por la venia judicial (38).

Además, se considera que los motivos de oposición paterna sólo pueden fundarse en alguna de las causales previstas en el artículo 24 de la Ley de Matrimonio Civil, cuyo texto expresa actualmente:

«... La oposición sólo puede fundarse:

- 1.º en la existencia de alguno de los impedimentos legales;
- 2.º en la enfermedad contagiosa o grave deficiencia física de la persona que pretenda casarse con el menor;
- 3.º en la conducta desarreglada o inmoral y en la falta

(35) En el caso se trataba de una menor de quince años, que había mantenido relaciones sexuales con su novio, hechas públicas a través de un proceso de estupro (citado por BELLUNCIO y ZANNONI, «Código civil, comentado, anotado y concordado», ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 637, art. 10 Ley Matrimonio Civil).

(36) «Artículo 13.—Ley de Matrimonio Civil.—Casándose los menores sin la autorización necesaria, les será negada la posesión y administración de sus bienes hasta que sean mayores de edad; no habrá medio alguno de cubrir la falta de autorización».

(37) Segundo párrafo del actual art. 131 del Código civil, de acuerdo a las modificaciones introducidas por la Ley 17.711.

(38) Conf. BORDA, Guillermo A.: «Tratado...—Familia», 3.ª ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1962, t. I, núm. 136, pp. 117 y 118: «... ni aun en este caso esa facultad tiene carácter absoluto ni puede ser ejercida arbitrariamente; de modo tal que si hubiera causas graves que aconsejaran la celebración del matrimonio, como sería el embarazo de la mujer, el juez puede otorgar la autorización que el padre niega infundadamente».

de medios de subsistencia de la persona que pretenda casarse con el menor;

4.º) si el varón tuviere menos de dieciocho años y la mujer menos de quince, la oposición del tutor o curador puede fundarse en cualquier motivo razonable que el juez apreciará libremente.»

Se ha sostenido que la enumeración tiene carácter taxativo, ya que la propia ley dice que «sólo puede fundarse» en las causas mencionadas (39).

c) *El fallo que comentamos*

El menor que solicita autorización judicial para contraer matrimonio tenía veinte años cumplidos y le faltaban solamente cuatro meses para alcanzar la mayoría de edad; además, hacía ya un año y medio que convivía con la persona con quien deseaba casarse, «en buen ambiente y relación» según el informe de la asistente social de la Defensoría.

De acuerdo a nuestro sistema jurídico la oposición paterna solamente podría admitirse si se fundara en alguna de las causales previstas en el artículo 24 de la Ley de Matrimonio Civil, y se procuró fundamentarla en la falta de medios de «la persona que pretende casarse con el menor» (en este caso la futura esposa).

El Tribunal consideró probado que ambos contrayentes tenían medios de subsistencia, y puntualizó que el menor trabajaba como «chófer en una empresa» y tenía «instalado un taller mecánico en su casa».

Cabe preguntarse: Si la futura esposa, mayor, no tiene ingresos propios, pero el menor trabaja y puede sostener el hogar, ¿sería admisible la oposición del padre?

Creemos que en tal caso, aunque «la persona que pretende casarse con el menor» no posea bienes ni ingresos propios, la subsistencia de la pareja está asegurada, lo que satisface el propósito tutelar de la previsión legal, y justifica la autorización judicial, aun frente a la oposición paterna.

La relación marital de hecho, y la armonía en que vive la pareja, sumados al escaso lapso que faltaba para que el menor alcanzase la mayoría de edad, son razones coadyuvantes para contribuir a la regularización, autorizando las nupcias.

V. «IN MEMORIAM»

Dije al comenzar que los borradores de estas notas fueron redactados en marzo de 1983; no había terminado de pasarlas en limpio cuando el 18 de abril me llegó la infausta noticia del fallecimiento de don Federico de Castro.

(39) Conf. ZANNONI, Eduardo: «Derecho de Familia», ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 226.

Fluir constante de la vida y misterio insondable de la muerte, que nos obligan a detenernos y reflexionar, acongojados, pero sin angustia. El maestro se ha ido, pero ha dejado a sus discípulos el ejemplo de una vida, en la que con verdadero amor y pasión procuró moldear «hombres de bien», inculcándoles el sentido de la responsabilidad, que debe prevalecer por sobre las urgencias de «triumfos personales».

En mi retina queda grabada la imagen del último encuentro, en noviembre pasado, cuando el maestro velaba solícito por la salud de Nela, la compañera de su vida, postrada por un cruel accidente; inolvidable escena de patética ternura.

En mi mente, con trazo indeleble, están marcados los consejos recibidos. Con palabra serena supo apaciguar mi inquietud frente a las tribulaciones e infortunios de mi Patria: continuidad en el esfuerzo; humildad en la entrega; tolerancia y respeto al prójimo.

El espíritu y las enseñanzas de don Federico de Castro han de continuar iluminando nuestro camino.



El “propósito práctico” y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro

(Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)

Por ANTONIO-MANUEL MORALES MORENO

SUMARIO: 1. Introducción.—2. La consideración de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico: un punto de vista restrictivo.—3. Valoración del «propósito práctico» o «resultado» en el concepto de negocio jurídico de Federico de Castro, y en su enfoque de la dimensión subjetiva de la causa. 4. La utilidad de la cosa y el problema de la insatisfacción del interés negocial del adquirente en los negocios de tráfico.—5. La insatisfacción del interés fundado en el negocio y el problema de la distribución del riesgo.—6. Breves consideraciones sobre algunos mecanismos jurídicos de distribución del riesgo.—7. Especiales reflexiones en torno al error sobre las cualidades del objeto: error, lesión y organización de la distribución del riesgo.

1. El propósito de este esbozo no es otro que es el de contribuir, en la medida en que mis cortas posibilidades me lo permiten, al número especial con que el ANUARIO DE DERECHO CIVIL rinde memoria a Federico de Castro, don Federico, de quien tuve la suerte (uno de esos regalos que raras veces concede la vida) de ser discípulo y, sobre todo, amigo.

He elegido para ello un punto que me parece muy significativo en su pensamiento, que nos revela ciertas constantes metodológicas presentes a lo largo de todo su fino hacer de jurista. Me voy a referir a la relevancia del «propósito práctico» en su manera de entender el negocio jurídico y la relación negocial. Ahí está, sin duda, la clave que explica su peculiar enfoque de algunos conceptos fundamentales, como el de la causa o el del error, o su tratamiento del negocio fiduciario, por citar algunos ejemplos. Es, además, ese enfoque realista, el único que puede permitir rescatar al propio concepto de negocio jurídico de los peligros de una excesiva abstracción. Ese es, precisamente, el logro de Federico de Castro: salvar tan precioso legado del pensamiento jurídico moderno, haciendo de él un concepto útil, en lugar de divertido pasa-

tiempo dialéctico de ingeniosos teóricos del Derecho, olvidados de la primordial función de éste.

La importancia del modo realista de entender el negocio jurídico Federico de Castro se advierte, sobre todo, cuando se utiliza para tratar cuestiones concretas. Por eso me parece útil no limitarme en estas breves notas a glosar su pensamiento en torno a la significación del «propósito práctico» del negocio, sino intentar, además, poner en conexión sus ideas con un problema concreto, ante el cual se advierte mejor todo el interés práctico de su construcción. Me referiré al problema de las cualidades de la cosa en los negocios de tráfico, porque ahí la dogmática jurídica ha mantenido abierta una importante cuestión. ¿Es posible construir el concepto de negocio jurídico de manera en que pueda ser cauce para satisfacer el justificado interés del adquirente en la utilidad de la cosa? En otros términos, ¿se puede incorporar (operativamente) a él una contemplación de la dimensión funcional de las cosas, o, por el contrario, no es capaz de considerar en ellas (al menos en las cosas determinadas en el negocio de modo específico) más que su identidad sustancial?

El negocio jurídico debe ser entendido, siguiendo la idea de Castro, no simplemente como un mecanismo de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, aunque también le cabe ese cometido, sino como algo más complejo y de más amplio alcance: como un medio para organizar los particulares sus propios intereses. Extrayendo las consecuencias que pueden derivarse de este enfoque, resulta que todo negocio, en sí mismo considerado, justifica en quienes lo han celebrado un determinado interés, que razonablemente aspiran a ver satisfecho, y que también, por múltiples causas, unas imputables a la conducta de la otra parte y otras no imputables a ella, puede quedar sin satisfacción. Esa insatisfacción del interés negocial va a ser objeto de algunas reflexiones en la parte final de este esbozo.

Me ha parecido útil manejar el concepto de insatisfacción del interés negocial, para comprender mejor y en toda su amplitud el problema de la frustración de la función del negocio. Esto puede tener una ventaja. Puede ayudar a entender y organizar mejor el sistema de remedios. Permite, además, enfocar la situación desde otro planteamiento, quizá no suficientemente penetrado por los juristas, aunque esté inevitablemente presente en el Derecho. Me refiero al problema de la distribución del riesgo en la contratación.

2. En los negocios de tráfico, lo que impulsa normalmente a la adquisición de una cosa y a dar un precio por ella no es tanto su propia esencia o identidad cuanto la función o utilidad que de un modo mediato o inmediato se espera obtener de ella: utilidad que, a su vez, está predeterminada por las cualidades (1).

(1) La importancia de la utilidad de la cosa en las operaciones jurídicas de tráfico no es una idea nueva; por el contrario, es un criterio que siempre ha estado presente en el jurista atento a la observación de la realidad. Así, por ejemplo, POTHIER la resaltaba ya en estos términos: «Obligarse a procurar la cosa en la intención de las partes, es obligarse a procurarla en

Mas a pesar del interés que suscita todo lo relacionado con la función del objeto, es forzoso advertir el papel más bien secundario, si no oscuro, que a menudo se ha asignado a las cualidades de la cosa (particularmente en los negocios referidos al tráfico de objetos específicos) en la dogmática del negocio jurídico (2). Entre los partidarios de una construcción voluntarista del negocio jurídico, ese papel secundario hasta ha podido ofrecerse como una muestra de coherencia dogmática. Se ha conectado a un análisis psicológico previo en el que se contraponen lo que es propiamente la voluntad negocial a lo que son meros motivos en el proceso de formación de la misma. El negocio se construye fundamentalmente sobre la voluntad, en cuanto promotora de un cambio jurídico, con cierto olvido de los motivos que impulsan ese cambio. Los motivos son pues relegados, a pesar de que a través de ellos se pone de manifiesto el interés concreto que para las partes representa el cambio jurídico que promueve el negocio.

La obra de Zitelmann, «Error y negocio jurídico» (3), representa sin duda un hito muy significativo en este enfoque. En ella encontramos reflejada la idea, luego repetida (4), de que la representación (psicológica) de las cualidades de un determinado objeto individual, lo que se puede esperar de él al contratar, es algo que queda fuera del ámbito de eficacia del negocio jurídico, por no referirse a la transformación jurídica que el mismo debe producir. Ese cambio jurídico se circunscribe en estos casos a la transmisión del objeto tal cual es, con independencia de las cualidades que hayan podido presuponerse, pues es algo imposible y contradictorio pretender que ese objeto, no existiendo una obligación de transformarlo, llegue a tener cualidades que no tiene. Las cualidades presupuestas en la cosa, van a perder relevancia dentro del negocio, quedando a lo sumo reducidas al papel de meros motivos impulsores de la voluntad negocial (5).

forma útil», *Traité du contrat de vente* n. 203 (sobre esto, véase MORALES, *El alcance protector de las acciones edilicias*, ADC (1980), págs. 662-664. Sin embargo, en la perspectiva económica actual esa idea adquiere aún mayor relevancia y tiene perfiles particulares.

MICHAEL LEHMANN, en su libro *Vertragsanbahnung durch Werbung (Eine juristische und ökonomische Analyse der bürgerlich-rechtlichen Haftung für Werbeangaben gegenüber dem Letztverbraucher)* (1981) pone de relieve cómo en la moderna sociedad industrial, en la que los productos satisfacen cada vez necesidades más específicas, la adecuación del objeto a la satisfacción de determinadas necesidades es el principal motivo impulsor de la compra del mismo: por eso, en la compraventa, es prioritaria la consideración de la función de la cosa, sobre la de su sustancia (p. 179).

(2) Así, por ejemplo, llega a hacerse esta sorprendente afirmación, que pone de manifiesto cómo, a menudo, los conceptos jurídicos no reflejan las aspiraciones sociales: «Wie beim Verwendungszweck ist auch die Sacheigenschaft sekundärer Natur», KLINKE, *Causa und genetische Synalagma* (1983) página 48.

(3) ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig (1879).

(4) Todavía hoy se destaca cómo su enfoque ha influido en el tratamiento jurídico del problema de la ausencia de cualidades en la cosa transmitida, véase, por ejemplo, M. LEHMANN, *Vertragsanbahnung durch Werbung*, páginas 174-175.

(5) «Es ergibt sich demnach, dass eine Vorstellung über die Eigenschaf-

Este modo de entender el papel de las cualidades de la cosa en la construcción del negocio jurídico no resulta satisfactorio (6), ni por el método que emplea, ni por los resultados a que conduce.

En el aspecto metodológico, porque se apoya en un análisis puramente psicológico del proceso de formación de la voluntad (en el que distingue lo que es, propiamente, la voluntad negocial, orientada a producir un cambio jurídico, y lo previo a la formación de esa voluntad, los motivos que la impulsan) para extraer de ahí consecuencias jurídicas. Concretamente, así se construye el concepto del negocio jurídico y se delimita lo que se incorpora a él y lo que puede ser desconsiderado o sólo tiene un papel secundario. Y, evidentemente, construir un concepto jurídico con criterios puramente psicológicos implica un modo de operar inadecuado (7).

El resultado a que esto conduce también nos deja insatisfechos. No resulta convincente circunscribir el negocio a la regla que orienta un cambio jurídico, que impone un deber ser, para dar entrada en él prevalentemente a ese proyecto de transformación y a las obligaciones o vinculaciones que el mismo pueda generar, asignando un papel secundario a todo aquello que pueda impulsar a la celebración del mismo, que contribuyó a que quedara configurado de un modo determinado, que nos dibuja los intereses concretos a los que las partes pretendían dar satisfacción.

En el caso de la venta de un objeto determinado, por ejemplo, de un anillo que se supone de oro y no lo es, aunque se entienda que la obligación del vendedor se limita a la entrega del anillo tal cual es, que no está obligado a lograr el imposible de transformarlo en un anillo de oro, no se justifica que el Derecho no deba tomar en cuenta (con toda la relevancia que merece) que en ese contrato ese anillo se consideró de oro, que el comprador pagó un precio adecuado a esa consideración, que sólo siendo así puede quedar satisfecho su interés en tal adquisición (8).

ten eines individuell bestimmten Objects niemals Element derjenigen Absicht ist, welche auf das Eintreten einer sich an diesem Object volziehenden Veränderung geht. Vielmehr ist sie höchsten Motiv für die Fassung dieser Absicht», ZITELMANN, *Irrtum*, op. cit., pág. 440.

(6) Una crítica del mismo puede verse en V. FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf* (1948), pág. 31 (he utilizado la reimpresión fotográfica del año 1975).

Son interesantes, aunque no se compartan, las consideraciones que hace MENGONI a propósito de este libro de FLUME, en *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*. Riv. del Dir. Com. (1953), páginas 3-25.

(7) Cfr. FLUME, *Eigenschaftsirrtum*, op. cit., pág. 32.

(8) Con frecuencia se observa cómo en el negocio referido a la transmisión de un objeto concreto (sobre cosa específica) no es preciso un pacto acerca de sus cualidades, basta con su identificación empleando los criterios formales de espacio y tiempo. Así lo destaca M. LEHMANN en *Vertragsanbahnung*, op. cit., pág. 176. Si con ello queremos significar que en ese caso el negocio no contempla un determinado nivel de cualidades en la cosa, que no existe un pacto (al menos implícito) acerca de las mismas, estamos en una profunda equivocación. Porque una cosa es que determinadas cuali-

No podemos comprender unitariamente el sentido del negocio jurídico, en cuanto instrumento de la autonomía de la voluntad para la organización de intereses individuales, pensando tan sólo en las transformaciones jurídicas que el mismo va a producir. Si se trata, por ejemplo, de un negocio creador de obligaciones, como es el caso de la compraventa, no debemos pensar, únicamente, en su posible contenido obligacional, aunque entendamos este contenido obligacional en sentido amplio, abarcando incluso junto a la obligación principal obligaciones accesorias.

Si procedemos así al formular el concepto del negocio jurídico, este concepto no nos va a ser útil para comprender, en toda su amplitud, la organización de los intereses individuales que a través del mismo se produce. Hay que tener en cuenta, siguiendo en el ejemplo del negocio obligacional, que el interés del acreedor no queda insatisfecho tan sólo cuando el deudor incumple su deber de prestación, sino que además existen otras razones que pueden generar esa insatisfacción (por ejemplo, el error), razones que, aunque no estén relacionadas con el incumplimiento de una obligación nacida del negocio, pueden afectar decisivamente a la función del mismo. Por eso importa que concibamos el negocio en términos que nos permitan reflejar todo el interés de las partes que objetivamente él organiza.

Precisamente la idea de Castro sobre el negocio jurídico creo que nos permite llegar a ese resultado.

3. Si partimos de la definición del negocio jurídico que nos proporciona Castro, es forzoso destacar en ella —como él mismo hace— el significado que se atribuye al resultado que las partes se proponen alcanzar a través del mismo. Con ese resultado hay que conectar la función o utilidad que debe prestar al adquirente el objeto que a través de negocio se le transmite.

El negocio jurídico es para Castro «la declaración o acuerdo de voluntades, con los que los particulares se proponen conseguir un *resultado*, que el Derecho estima digno de especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración de voluntad, sea completado con otros hechos o actos» (9).

La importancia del resultado que se pretende alcanzar a través del negocio trasciende al negocio mismo, entendido como regla, y se proyecta sobre la realidad, sobre la situación concreta que cada negocio configura. Por ello de nuevo refleja Castro ese significativo papel al definir la relación negocial. «El negocio —afirma— despliega sus efectos creando una situación que el Derecho valora como originada

dades del objeto no puedan ser consideradas contenido de la obligación derivada de un negocio (y que su ausencia no genere un deber de indemnización) y otra bien distinta que el negocio no las tenga en cuenta. De no incorporarse al negocio no podríamos construir ni el saneamiento por vicios, ni la figura del error, desde la autonomía de la voluntad, partiendo de lo explícita o implícitamente pactado. Tendríamos que acudir a criterios objetivos (ej., cualidades esenciales en el tráfico, cfr. 119 (2) BGB), que no actuarían como interpretativos, sino como sustitutivos o suplantadores de ella.

(9) CASTRO, *Negocio jurídico*, § 33.

y reglada por la voluntad que como particulares declaran una o más personas y especialmente, conforme al *resultado* que con ella se *busca* y se va a conseguir» (10).

Por dos razones básicas atiende Castro, de manera realista y concreta, sin artificiosas simplificaciones, al resultado que a través del negocio pretenden las partes conseguir.

En primer lugar, para poder practicar una valoración jurídica de cada negocio, tal como se ofrece en la realidad, o dicho en otros términos, para poder practicar el control causal del negocio, en el cual debe ponerse de manifiesto la suficiencia (11) y la licitud (12) de la causa del mismo. Castro, nos hace ver desde esta consideración «la importancia central que tiene el propósito o resultado que se persigue o que se dará con el negocio, ya que éste será el que valore el Derecho para dar eficacia el negocio y una determinada eficacia» (13). Y en otro lugar añade: «La consideración concreta del negocio llevará a mirar su contenido, cláusulas generales y especiales, condición, modo, cargas, adecuación de sus elementos, resultado social propuesto, o previsible, directo e indirecto, licitud y moralidad, buena y mala fe» (14).

En segundo lugar, para dar todo su alcance a la autonomía de la voluntad. Sin duda, este segundo aspecto es el que más nos importa destacar aquí. Según Castro, «se tiene en cuenta mejor la verdadera voluntad de los particulares, atendiendo al fin práctico del negocio» (15). Y para ilustrarnos sobre lo que esto significa nos ofrece un ejemplo muy esclarecedor. Atendiendo a un punto de vista, para él criticable, en la compra de una casa, «quedaría extramuros del Derecho el *propósito práctico* del comprador de habitarla o arrendarla, aunque de ello se tratará con el vendedor. En cambio —en su opinión— conforme al *fin práctico propuesto* (como hacen en sus decisiones los Tribunales), se entenderá integrado en el *propósito negocial* el habitar o arrendar la casa, y consiguientemente quedará viciado el negocio cuando se oculta el mandato de su derribo (por ejemplo, por servidumbre hacia un aerodromo, por ser zona militar) o la prohibición de arrendar (por ejemplo, respecto a ciertas construcciones protegidas)» (16).

Vemos pues la importancia que en el concepto de negocio jurídico ofrecido por Castro tiene el «propósito práctico», el «resultado» que se pretende alcanzar en el juego de la autonomía de la voluntad. Ahí precisamente podemos encontrar una idea clave de todo su pensamiento en esta materia.

El «propósito práctico» o «resultado» que se toma en cuenta en el negocio no se limita a las transformaciones jurídicas que el mismo debe producir, lo que en un negocio orientado a crear obligaciones

(10) CASTRO, *Negocio jurídico*, § 34.

(11) CASTRO, *Negocio jurídico*, § 256 ss.

(12) CASTRO, *Negocio jurídico*, § 303 ss.

(13) CASTRO, *Negocio jurídico*, § 32. Véase también §§ 248, 249, 251.

(14) CASTRO, *Negocio jurídico*, § 248.

(15) CASTRO, *Negocio jurídico*, § 27.

(16) CASTRO, *Negocio jurídico*, § 27.

constituirían las obligaciones nacidas de él. Va más allá. Penetra en todo aquello que se ha puesto en juego en el funcionamiento de la autonomía de la voluntad, y así llega a abarcar las presuposiciones básicas que se han tomado en cuenta al celebrar el negocio.

Cuando se compra una casa para habitarla, ignorando el mandato de su derribo, estamos ante un caso en el que el propósito práctico de este negocio, adquirir una casa habitable, no se puede lograr, y queda insatisfecho, por consiguiente, el interés del comprador. Pero esa insatisfacción no proviene de que el vendedor haya incumplido una obligación nacida del negocio, sino de una errónea presuposición sobre el estado de la cosa, al contratar (17).

Sin embargo, no se nos oculta, ni se le oculta tampoco al propio Castro, que aquí existe una dificultad: diferenciar entre «los deseos o pretensiones individuales, ocultas o expresadas», que no pasan de ser meras aspiraciones de las partes en la organización de sus propios intereses, y el resultado práctico que queda incorporado al negocio y de cuya realización depende que pueda considerarse conseguido el fin del mismo y por ende satisfecho el interés negocial de la parte a la que afecte. Esta dificultad impone el cometido «de separar del supuesto de hecho todo aquello que sea jurídicamente indiferente para caracterizar al negocio». En otros términos, lo que puedan considerarse «simples motivos» que no tengan el carácter de «motivos incorporados a la causa», es decir, empleando la expresión que Castro utiliza, de «causa concreta». Según Castro, «se denominarán motivos o simples motivos todo lo que no afecte a la consideración jurídica o caracterización del negocio mismo, es decir, al resultado práctico o social para el que aparece utilizado» (18).

Cuando el «resultado» propuesto en el negocio no se alcanza de modo completo y queda insatisfecho el interés de alguna de las partes surge una cuestión: ¿hasta qué punto se justifica la subsistencia del negocio? Ahí es donde cobra sentido la consideración de la causa del negocio, vista desde el plano de la autonomía de la voluntad.

En este sentido subjetivo, el concepto de causa sirve para explicarnos en cada negocio, cuándo cae la razón que para su existencia (y subsistencia) habían tenido en cuenta las partes al celebrarlo. Es, por tanto, la justificación desde el plano de la autonomía de la voluntad de la existencia de cada negocio jurídico concreto.

Hay niveles de insatisfacción del interés negocial que por su importancia afectan a la justificación subjetiva del negocio, hacen que carezca de sentido mantenerlo. En ese caso parece aconsejable ofrecer

(17) Presuposición errónea que tampoco transforma al objeto en algo diferente. Como afirma CASTRO «el error sobre la cualidad del objeto determinó la compra, pero no lo ha convertido en otro; sea cual fuera su importancia y su condición de sustantivo», *Negocio jurídico*, § 132.

Punto de vista distinto del que mantuvo PUFENDORF, quien según el propio Castro, «el error respecto a la cosa misma lo considera coincidente con el incumplimiento (se entrega algo distinto de lo convenido)», *Negocio jurídico*, § 129.

(18) CASTRO, *Negocio jurídico*, § 285.

la posibilidad de atacar el negocio, a la parte que ha visto insatisfecho su interés. Sin embargo, esto no va a ocurrir necesariamente así, ya que el problema es más complejo y su solución depende de la decisión que se adopte (por la autonomía de la voluntad o por el propio ordenamiento) en torno al modo de repartir entre los contratantes ciertos riesgos (19).

Conviene tener en cuenta que la posible impugnación del negocio por la caída de su causa subjetiva no está expresamente admitida, con carácter general, en nuestro Código, a través de un mecanismo de impugnación directamente ligado a esa razón. Se facilita, de modo indirecto, por medio de ciertas figuras, como, por ejemplo, el error vicio (habida cuenta de cómo se entiende hoy) (20) o la resolución por incumplimiento (21), figuras tras de las cuales tiende a perderse y fraccionarse el significado unitario de esta dimensión subjetiva de la causa. Ante estas figuras cabe plantearse una cuestión: «¿han de considerarse especiales o excepcionales, o deben interpretarse como expresión de un criterio general, el de atender a las circunstancias que impidan lograr el propósito concretamente perseguido por el negocio?» (22).

Es forzoso reconocer que nos hallamos ante una cuestión difícil, porque la noción de causa (en sentido subjetivo), noción a la que se atiende preferentemente, resulta insuficiente por sí sola para resolver el otro problema que aquí, casi imperceptiblemente, se nos ofrece: el de la organización del sistema de reparto, entre los contratantes, de ciertos riesgos. Nos hallamos, por ello, en una zona oscura, no bien definida, en la que forzosamente adquieren un importante papel definitorio los fallos de los tribunales, dados los amplios márgenes de discrecionalidad en que inevitablemente actúan. Esa labor jurisprudencial va incluso poniendo a prueba, poco a poco, al propio sistema de conceptos, mostrándonos lo que hay de inútil o artificioso en él (23).

(19) Pueden iluminar, sobre esto, los razonamientos de la sentencia del T. S. de 16 de junio 1983, en torno a la cláusula «rebus sic stantibus». En el caso, la huelga, aunque hubiera podido afectar al equilibrio contractual, era un riesgo previsto e imputado en el propio contrato, circunstancia que hizo improcedente la aplicación de la referida cláusula.

En otro lugar hemos señalado cómo, «las exigencias estructurales del sinalagma no producen resultados mecánicos ni absolutos; por el contrario, se dosifican por el Derecho en la medida en que han de combinarse con las reglas jurídicas de atribución del riesgo», MORALES, ADC (1980), pág. 669.

(20) Cfr. CASTRO, *Negocio jurídico*, § 136, § 299.

(21) La resolución por incumplimiento puede justificarse tanto desde la dimensión objetiva de la causa como desde la subjetiva. Nuestro Código, al basar la acción resolutoria del artículo 1.124 en una condición implícita, parece estar pensando, preferentemente, en la dimensión subjetiva. Notemos cómo la resolución es facultad del perjudicado y no se impone por el Derecho, como sucede con la nulidad por ausencia de causa (art. 1.275).

(22) Formulamos la cuestión en los mismos términos que CASTRO, en *Negocio jurídico*, § 337, aunque Castro, por el lugar en que se hace la pregunta, no piense en el error.

(23) Veamos, como ejemplo, lo que se afirma en una reciente sentencia de nuestro Tribunal Supremo: «Al no ser posible la utilización pacífica e in-

4. En los negocios de tráfico, ciertas cualidades presupuestas en la cosa que se transmite, que determinan la utilidad para la función que, según el negocio, se le puede asignar, no pueden ser tomadas como meros motivos individuales de dudosa relevancia jurídica, sino que, por el contrario, por su íntima conexión con la realización o frustración del propósito práctico negocial, quedan incorporadas al negocio y en él nos delimitan el interés negocial del adquirente. Este interés negocial podemos afirmar que queda insatisfecho, al margen de cuál sea la razón, el nivel y las consecuencias jurídicas de esa insatisfacción, cuando la cosa no reúne las cualidades presupuestas en ella.

Siempre que se transmite un objeto determinado se incorpora al negocio una representación cualitativa del mismo; hay un nivel cualitativo que el negocio presupone; no es indiferente en la organización de intereses que el negocio supone que el objeto sea de un modo o de otro (24). Pero al mismo tiempo lo más frecuente es que las partes no hayan expresado nada o muy poco, acerca de todas esas cualidades consideradas en el objeto. Se abre así un complejo problema de interpretación del negocio, para poder desvelar cuál es el interés negocial del adquirente, problema muy estrechamente vinculado al no menos espinoso de la prueba (25).

dividualizada del local adquirido, por no ser, en la situación fáctica contemplada, edificable el terreno objeto de la compra, es de aplicar la doctrina de esta Sala sancionadora de la ineficacia del contrato bilateral de compraventa que se recoge en las sentencias de 26 octubre 1964, ya que *no se cumplió la «conditio juris» que motivó la celebración del contrato*, y de 11 de mayo 1976; aunque en los casos de estas sentencias se solicitó, respectivamente, la nulidad del contrato por falta de consentimiento o la rescisión del mismo invocando el artículo 1.291, n. 5, del mismo Cuerpo legal, puesto que el medio jurídico utilizado, ya sea la resolución del contrato al amparo del artículo 1.124, la nulidad por falta de consentimiento al amparo del artículo 1.261, o la rescisión a tenor de los artículos 1.291 y siguientes del mismo Código civil, pretende la finalidad de estricta justicia de reintegrar al comprador de un inmueble de las sumas que entregó en vista de un contrato traslativo de dominio que *resultó frustrado* y de los daños y perjuicios que en mayor o menor escala sufrió a consecuencia del incumplimiento de entrega pacífica y definitiva de la cosa objeto de la venta, por parte del vendedor que conocía previamente la causa de ineficacia del contrato que celebró (S. T. S. 8 julio 1983).

(24) Sobre esto véase nota 8.

(25) Con él se enfrenta CASTRO, a propósito de la apreciación del error, y sobre él nos dice: «Para llegar a la conclusión de que un negocio está viciado de error, es imprescindible una labor previa de interpretación de hechos y calificación jurídica, en general de gran delicadeza».

Posteriormente añade:

«Importancia decisiva alcanzan los valores entendidos, sean resultantes de las relaciones concretas entre los interesados, sean derivados de criterios sociales y usos; junto a ellos habrá que atender a la especial naturaleza del negocio y, en todo caso, valorar la conducta de cada uno según el principio de buena fe (art. 1.258). En la vida ordinaria, no es corriente, ni la prisa ambiental lo permite, detenerse en informes y discusiones de detalle; se cuenta con lo que parece normal y ello pasará a ser contenido o base del negocio», *Negocio jurídico*, § 139.

En otro lugar, cuando trata de la interpretación del negocio, propugna un «método amplio y natural» de interpretación, en el que no se limitan

Atender al interés negocial permite, en caso de insatisfacción del interés del adquirente debida a las anomalías de la cosa, plantear unitariamente, desde el propio negocio, el problema de los remedios jurídicos para esa insatisfacción. Ello supone una doble ventaja: En primer lugar, la adecuación de todos los remedios al interés concreto (delimitado por el propio negocio) que ha quedado insatisfecho. Esto ha de ocurrir hasta en remedios que originariamente pudieron tener un carácter marcadamente objetivo, como es el caso de las acciones edilicias (26). En segundo lugar, la puesta en conexión de todos los remedios, aunque cada uno de ellos conserve su propia identidad e independencia, como resultado de la autonomía de su supuesto de hecho.

Sin duda es útil poner en conexión todos los remedios que el Derecho ofrece a propósito de un problema, con independencia de que su origen histórico nos los presente separados, o de que la dogmática haya encontrado para cada uno de ellos una distinta justificación (27).

Un ejemplo no puede servir para aclarar las ventajas de este enfoque unitario. La dogmática nos presenta, a menudo, escindidos en materia de responsabilidad, el ámbito de la responsabilidad contractual (ligado al incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato), y el de la *culpa in contrahendo* (por razón del comportamiento doloso o gravemente negligente mantenido por uno de los contratantes durante los tratos y al contratar). Ello no ha supuesto sólo establecer dos criterios de imputación de responsabilidad, sino algo más profundo, la organización de dos sistemas distintos de responsabilidad. Sin embargo, hay casos en que abandonados los prejuicios dogmáticos, resulta razonable llegar a una conexión de ambos sistemas y a una homogeneización en el tratamiento del efecto indemnizatorio. ¿Es que, acaso, no merecen un tratamiento jurídico conexo el problema de la responsabilidad del vendedor que culposamente deja perecer la cosa (incumpliendo la llamada obligación de custodia) y el de la de aquél que do-

los datos utilizables para «colegir la voluntad a través de signos», *Negocio jurídico*, § 98. Este método exige tomar en cuenta cualquier medio de expresión de la voluntad, y al propio tiempo tomar en cuenta todos ellos, para considerarlos en su conjunto. Es el método que emplea, por ejemplo, el T. S. en la Sentencia de 27 enero 1977.

De otro lado, el principio de *responsabilidad negocial* que formula CASTRO, aplicado a la interpretación del negocio, conduce a una interpretación objetiva, llegando en algunos casos a imponer «un significado distinto del que parece querido», *Negocio jurídico*, § 112.

(26) Sobre esto puede verse MORALES, *El alcance protector de las acciones edilicias*, ADC (1980), págs. 635 ss.

(27) Esa puesta en conexión nos descubre la aproximación casual que la evolución histórica ha producido entre algunos de ellos (por ejemplo, error y saneamiento por vicios), y puede ser el punto de partida para una articulación racional de los mismos, razonable aspiración de algún sector de nuestra doctrina, véase R. BERCOVITZ, *La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa*, ADC (1969), pág. 779. Pero esa articulación para que sea jurídicamente razonable no puede hacerse mecánicamente, empleando reglas de lógica formal (por ejemplo, ley especial deroga ley general), no adecuadas a los criterios utilizados por los redactores de nuestro Código civil, ni, quizá enteramente justas.

losamente vendió una cosa defectuosa? En uno y otro caso se ha producido una insatisfacción del interés del comprador imputable al vendedor, resultando incluso más grave en el segundo caso la culpabilidad.

5. El problema de la insatisfacción del interés del adquirente por las anomalías de la cosa puede ser contemplado, aproximándonos a él desde una perspectiva económica, como un problema de distribución de riesgos.

En toda operación de tráfico existe para el adquirente un riesgo: que la cosa que se le transmite, tal como es en la realidad, no satisfaga su interés (fundado en el negocio); y se plantea el problema de la distribución de ese riesgo. Los daños, de diverso orden, que pueden de ahí derivarse, ¿debe soportarlos exclusivamente el adquirente? ¿Puede, en alguna medida, con mayor o menor intensidad, trasladarlos a la otra parte, al transmitente?

Una respuesta detallada a este interrogante encierra cierta complejidad, porque son muy variadas las circunstancias, razones y posibilidades de manifestación lesiva de la insatisfacción, y cualquier sistema de distribución de ese riesgo debe ponderar todos estos elementos. Las cosas se complican aún más si se tiene en cuenta que en esta diversidad de situaciones podemos manejar, también, diferentes criterios de distribución del riesgo. Aunque no podamos detenernos en este lugar en un estudio detallado de todo ello, conviene aclarar una importante diferencia que, desde el plano jurídico es necesario establecer, en general, entre los criterios de distribución de riesgo.

A veces el riesgo se atribuye atendiendo al criterio de la culpa, en razón de la valoración desfavorable que merece la conducta de una de las partes, en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del negocio (incumplimiento) o en el período de formación del mismo (*culpa in contrahendo*). En estos casos desplazamos el daño sufrido por una de las partes a la otra, porque ésta no se ha comportado como era debido. Y para conseguir ese desplazamiento manejamos la idea de responsabilidad, utilizando criterios subjetivos de imputación.

Este criterio de distribución de riesgos presenta una peculiaridad: tiene un carácter necesario para el Derecho. Operando en el plano jurídico como una sanción por el incumplimiento de ciertos deberes de conducta, queda en buena medida sustraído a las posibilidades configuradoras de la autonomía de la voluntad (cfr. arts. 1.102, 1.103, 1.256, 1.270 II, 1.486 II...). Lo cual no significa una alteración de su naturaleza económica, como criterio de distribución de riesgo.

Otras veces los criterios de distribución del riesgo que se manejan no suponen una recriminación de la conducta de quien va a soportarlo. Son criterios establecidos al margen de la culpa. Lo prevé, por ejemplo, el artículo 1.105 del Código, en los «casos expresamente mencionados en la Ley, y en los que así lo declare la obligación». Sucede lo mismo en los supuestos de error o saneamiento por vicios ocultos. La acción de nulidad basada en el error y las acciones edilicias actúan al margen

de toda idea de imputación de responsabilidad y, por ello, dejando a un lado su explicación dogmática, considerando sus efectos económicos, significan una manera de distribuir ciertos riesgos, que no toma en cuenta criterios de culpabilidad.

Hay, también, una zona intermedia en la que se producen ciertas conexiones entre el criterio de la culpa y los otros criterios de distribución de riesgos. Veamos algunos ejemplos. En ocasiones, repartimos provisionalmente el riesgo manejando presuntivamente criterios subjetivos de imputación de responsabilidad. En este sentido el artículo 1.183 dispone que «siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito...» (28). La culpa del deudor que presumimos, no es en este caso el verdadero criterio de imputación de riesgo; es, más bien, una explicación jurídica debajo de la cual se esconde otro criterio de imputación distinto. Sea, por ejemplo, la probabilidad de culpa, inferida estadísticamente, sea facilitar el resarcimiento del acreedor, desplazando el riesgo hacia el deudor, sea cualquier otra razón.

A veces se toma en cuenta también la mala fe del sujeto para impedir una alteración mediante la autonomía de la voluntad, del sistema legal de distribuir riesgos, aun cuando el sistema alterado no maneje el criterio de la culpa, ni encierre, propiamente, carácter sancionador. Así ocurre, por ejemplo, en el artículo 1.485 II, interpretado a *sensu contrario*.

Ambos ejemplos ponen de manifiesto la influencia que ejerce la consideración de la conducta de la persona en los criterios de distribución de riesgo.

Los criterios legales de distribución de riesgo entre los contratantes, aunque no tengan carácter sancionador, se hallan sujetos cada vez más poderosamente a «las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», empleando la expresión de Castro (29). Esta excepción al poder configurador de la voluntad no se presenta hoy sólo como una

(28) Se entiende mejor el artículo 1.101, teniendo en cuenta que maneja varios criterios de imputación de responsabilidad (atribución de riesgo): a) el fundado en la culpa del deudor (dolo, negligencia); b) el basado en criterios presuntivos de imputación de responsabilidad, acordes con la manera de organizar el reparto del riesgo el artículo 1.183; c) el correspondiente a criterios objetivos de atribución de riesgo, admitidos en el artículo 1.105.

El artículo 1.101 está pensando en el proceso, y permite al acreedor insatisfecho utilizar todos estos criterios. El acreedor puede exigir responsabilidad al deudor, bien demostrando la culpabilidad de éste, o bien aduciendo que no ha realizado lo que, según el tenor de la obligación, le correspondía (dar, hacer o no hacer). En este caso será el deudor el que debe demostrar la existencia de causa que pueda justificar su exoneración: que su incumplimiento es debido a un acontecimiento fortuito que excluye su culpabilidad. Esto le exonera de responsabilidad, con tal de que en el caso concreto no le sea imputable por alguna razón ese riesgo (art. 1.105).

(29) Sobre este tema puede verse: CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad: La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor*, ADC (1982), págs. 967-1085. Anteriormente también, *El arbitraje y la nueva «Lex mercatoria»*, ADC (1979),

excepción aplicable a una determinada relación concreta para corregir en ella un desequilibrio anómalo, casi siempre debido a la conducta dolosa de una de las partes (como es el caso previsto en los artículos 1.477 y 1.485 C. c.). En la actualidad es frecuente que se presente de otro modo: referida a relaciones típicas en las que socialmente se produce de modo reiterado un desequilibrio entre las partes (30), y dentro de ellas para ciertos problemas típicos, sin necesidad de entrar en una valoración de la conducta de los sujetos concretos.

6. A continuación, para aclarar más lo dicho, haremos unas breves consideraciones, desde esta perspectiva de la distribución del riesgo, en torno a diversas figuras relacionadas con los defectos o anomalías de la cosa transmitida en los negocios de tráfico.

Gracias a las acciones edilicias, el daño que puede suponer para el comprador el que, por razón del carácter oculto de los defectos de la cosa, ha adquirido un objeto que, no adecuándose a las presuposiciones del contrato, no sirve para el destino prevista explícita o implícitamente en el contrato y vale menos que el precio dado por él (art. 1.484 C. c.), es un daño que durante cierto tiempo (art. 1.490 Código civil) y en cierta medida (art. 1.486 C. c.), puede trasladar al vendedor. Precisamente el hecho de que se trate de una pura atribución legal de riesgos y no de una imputación de responsabilidad (31) explica que ese criterio de distribución de riesgo admita ser alterado por la autonomía de la voluntad.

La figura del error, muy próxima sin duda a los vicios redhibitorios (32), puede ser contemplada igualmente como una manera de imputar riesgos. El riesgo de realizar, por el error padecido en torno al estado de la cosa, una operación jurídica de cambio que no satisfice el interés que justifica el propio negocio, puede ser trasladado por el adquirente al transmitente, a través del mecanismo de la nulación.

Pero además de estos casos de imputación de riesgo previstos en la ley, en los que no interviene culpa, caben otros establecidos por la voluntad, a través de la garantía.

La garantía a que aquí nos referimos es un pacto incorporado al

páginas 620-725; y *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (1961).

(30) Se destaca, por ejemplo, cómo en las sociedades industriales desarrolladas se produce un predominio de la oferta sobre el consumo, como consecuencia de una mejor organización de los oferentes que la de los consumidores. El estudio del mercado y su estrategia ha puesto en manos de aquéllos un instrumento poderoso para estimular la iniciativa de éstos, a través de una manipulación de sus necesidades, de la creación de nuevas necesidades. El sistema de economía de mercado carece de mecanismos naturales de equilibrio entre los intereses de oferentes y consumidores. Es utópico pensar en una armonía natural. De ahí la necesidad de una protección desde el Derecho privado, exigencia política de los principios del Estado Social de Derecho, M. LEHMANN, *Vertragsanbahnung*, op. cit., págs. 64 ss.

(31) Véase, R. BERCOVITZ, ADC (1969), pág. 803; MORALES, ADC (1980), página 681.

(32) Sobre esto, véase CASTRO, *Negocio jurídico*, § 146.

negocio por el que una de las partes asume voluntariamente un riesgo, que en otro caso no le sería atribuido. Por ejemplo, el vendedor se compromete a reparar determinados defectos de la cosa, a sustituirla por otra o indemnizar daños, en un caso en que la ley no le impone estas obligaciones (33).

Una cláusula de garantía adquiere sentido, en la medida en que ofrezca al adquirente de un objeto una protección que de otro modo no le sería dada por la ley; bien porque atribuya al vendedor riesgos que la ley no le atribuye, bien porque altere la distribución legal de riesgos. Pero en ningún caso puede servir para excluir, por vía de sustitución, una imputación legal de responsabilidad que no admita pacto en contrario o un sistema de reparto de riesgos que no admita alteración (34).

Otras veces el riesgo se distribuye (se imputa al transmitente) manejando criterios de imputación de responsabilidad basados en la culpa.

El primer criterio en que se piensa, tratándose de las obligaciones derivadas de un contrato, es el incumplimiento de una obligación contractual. Mas no siempre que resulta defectuosa la cosa entregada o que no se acomoda a lo pactado, podemos entender que hay incumplimiento en sentido estricto. Propiamente no lo hay, si los defectos de la cosa no son debidos a que el transmitente no ha realizado lo que le incumbía, según el contrato. Tal es el caso de la venta de una cosa específica, que ya fuera defectuosa al contratar (35). En cambio, si los defectos fueran debidos a la falta de cuidado de la cosa, habría un incumplimiento de la obligación de custodia (cfr. art. 1.094).

En contraste con lo que sucede en la obligación específica, se destaca con frecuencia que en la obligación genérica la selección y entrega de una cosa defectuosa o inadecuada por sus caracteres, supone incumplimiento. Con ello en realidad se hace recaer sobre el vendedor el riesgo de una inadecuada elección, sin exonerarle cuando empleó toda la diligencia exigible, según el contrato (36). Por eso este enfoque exige ser revisado, pues carece de los suficientes matices (37).

Otros criterios de imputación de responsabilidad por la insatisfacción del interés del adquirente fundado en las anomalías de la cosa es la «culpa in contrahendo» (38). Está reflejado en la regulación legal del saneamiento por vicios (cfr. arts. 1.486, 1.487, 1.488) y, con ca-

(33) Sobre posibles diferentes significados jurídicos de la expresión garantía, en relación con el objeto vendido, ESSER-WEYERS, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 1 (1977), pág. 89 ss.

(34) Véase lo dicho en este trabajo § 5.

(35) Véase MORALES, ADC (1980), págs. 664, 665.

(36) Pensemos en un caso en que las anomalías de la cosa sean ocultas no han sido advertidas por el comprador al recibirla. Si al cabo de cierto tiempo aparecen, ¿puede, sin más, afirmarse —por tratarse de una venta genérica— que el vendedor ha incumplido su obligación?

(37) Consideraciones críticas en M. LEHMANN, *Vertragsabwicklung*, op. cit., páginas 176 ss.

(38) De él he tratado más extensamente en otro lugar: MORALES, *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, ADC (1982), págs. 591-684.

rácter general, en el artículo 1.270 II (dolo incidental), a propósito de la regulación del dolo como vicio del consentimiento.

La acción indemnizatoria por dolo «in contrahendo» (que es diferente de las acciones edilicias) es, en principio, la consecuencia de una imputación de responsabilidad que toma en consideración la conducta del transmitente durante el período de formación del contrato (39) criterio basado, por tanto, en la culpa). Sin embargo, si observamos los supuestos en que la doctrina histórica ha utilizado este criterio advertimos que en algunos de ellos el dolo no llega a explicarnos (ni siquiera en sentido amplio) el verdadero fundamento de la responsabilidad. En estos casos, más bien se manejan (implícitamente) otros criterios de distribución del riesgo, aunque se justifique el riesgo atribuido, acudiendo (ficticiamente) a la responsabilidad por dolo, para poder encontrar el debido apoyo en los textos romanos.

7. Ya hemos señalado cómo la figura del error puede ser contemplada como un modo de distribuir ciertos riesgos. Vamos a insistir de nuevo sobre ello para formular la siguiente cuestión: ¿puede la autonomía de la voluntad alterar ese criterio legal de reparto de riesgo?

Sin duda el análisis económico del Derecho contribuye a resaltar y aclarar este enfoque (40). «Todo acuerdo contractual —señala Kroman— se apoya sobre un cierto número de suposiciones positivas con respecto al mundo. Algunas de ellas son compartidas por las partes contratante, otras no. Siempre es posible que una concreta suposición positiva sea errónea. Desde un punto de vista económico, el riesgo de que se produzca tal error (bien sea unilateral o común a ambas partes) representa un costo. Es un costo tanto para las partes contratantes como para la sociedad en su conjunto...» (41).

Ese riesgo que representa el error en todo contrato plantea un problema al Derecho: establecer unos criterios de distribución del mismo. Aquí, de nuevo, el análisis económico del Derecho nos intenta ofrecer esos criterios, sus criterios (42). Son criterios de eficiencia económica, derivados de un determinado modo de contemplar las relaciones económicas. Por ello, el Derecho no los puede aceptar sin más,

(39) «El supuesto de responsabilidad tal como queda históricamente configurado, traspasa los límites del dolo en su sentido estricto y toma en cuenta la omisión de determinados mínimos de conducta, exigibles al vendedor en las circunstancias en que se celebra el contrato», MORALES, ADC (1982), pág. 428.

(40) Sobre esta dirección metodológica puede verse el interesante trabajo de Cándido PAZ ARES, *La economía política como jurisprudencia racional. Aproximación a la teoría económica del derecho*, ADC (1981), págs. 601 ss., COASE, R., *The problems of social cost*, Journal of law and economics, 3 (1960), páginas 1 ss. POSNER, *Economic analysis of law*, 2.ª ed., 1977.

(41) Anthony T. KROMAN, *Errore e informazione nell'analisi economica del Diritto contrattuale*, Pol. dir. (1980), pág. 292.

(42) Por ejemplo, KROMAN propone que se haga recaer el riesgo de que se produzca un error, en la parte que se halle en mejores condiciones de obtener información (antídoto del error) con menor costo económico, Pol. dir. (1980), pág. 293.

como si se tratara de algo necesario, impuesto por la naturaleza de las cosas; debe valorarlos (43).

No podemos detenernos aquí en la valoración jurídica de los criterios que respecto al error suministra la economía. Nos vamos a limitar a tomar en cuenta la justificación del error que se maneja por el Derecho, y concretamente en nuestro ordenamiento. Partiendo de ella intentaremos descubrir cuál es el criterio de distribución del riesgo de error que se utiliza, y qué posibilidades existen de alterar, mediante pacto, ese criterio.

Nuestro Código civil trata del error dentro de los vicios del consentimiento. Este dato sistemático unido al modo de expresarse el mismo en alguno de sus artículos («será nulo el consentimiento prestado por error», art. 1.265), puede conducir a una concepción puramente psicológica del error, que justifique las consecuencias del mismo exclusivamente en la existencia de un defecto en la formación de la voluntad. Partiendo de esta construcción puramente psicológica del error, puede parecer obligado derivar una importante consecuencia: no es posible que la autonomía de la voluntad excluya los efectos que la ley atribuye al error, pues la nulidad resulta ser una consecuencia necesaria de la existencia de un vicio en el consentimiento. Sin embargo, si se tiene en cuenta cómo funciona la figura del error, se pone de manifiesto la insuficiencia, por no decir, inexactitud, de todo este planteamiento.

Abandonada por el Código la denominada «teoría de la voluntad perfecta», al quedar en manos del que ha padecido el error, impugnar el negocio (art. 1.301) o confirmarlo (art. 1.310), la figura del error nos descubre un sentido protector que Castro resalta (44), sentido protector no exento, ciertamente, de límites (45). Se protege, pues, a quien se ha equivocado si merece esa protección; lo cual significa introducir en la construcción del error ciertos elementos éticos de valoración de la conducta del sujeto.

Pero aún podemos preguntarnos: ¿Por qué razón se protege al que incidió en error? ¿Simplemente por el defecto de su consentimiento, por el vicio de la voluntad; o más bien por la consecuencias desfavorables que ese vicio de la voluntad va a suponer para el mismo? En la contestación a esta pregunta reside, en cierto modo, la clave del sentido de la figura del error.

A primera vista puede dar la impresión de que la protección por el error se basa, exclusivamente, en el hecho de haberse equivocado, en la existencia de un vicio en la voluntad. Basta invocar el error padecido (si éste reúne los requisitos exigidos por la ley). El Código no

(43) Son duras las palabras de CASTRO contra las desviaciones a que puede conducir esta orientación metodológica, a la que denomina «teoría económica sin derecho», ADC (1982), pág. 988, nota (3).

(44) *Negocio jurídico*, § 138.

(45) «No basta el error para merecer dicha protección; hace falta algo más, pues el principio de responsabilidad negocial, que también se tiene en cuenta, lleva a sentar la máxima»: «Si alguien se engaña tanto peor para él», CASTRO, *Negocio jurídico*, § 138.

exige probar las consecuencias desfavorables que para el sujeto hayan podido derivarse de su error, como sucede, en cambio, en el saneamiento por vicios. Parece como si no hubiera que atender a la lesión que el error ha provocado. Y sin embargo, la realidad nos descubre que esta apreciación no es del todo correcta.

Cuando hablamos de la protección por el error, implícitamente estamos admitiendo y queremos significar que existe un interés que ha quedado afectado por causa del error padecido. Esto supone que protegemos a quien se ha equivocado quizá no tanto porque se ha equivocado, cuanto porque su equivocación arrastra la lesión de un interés. Lo que ocurre es que ese interés lesionado no es siempre el mismo en todos los supuestos de error. La figura del error construida con criterios psicológicos, viene a ser así un lugar de encuentro de intereses protegibles no siempre coincidentes.

Empecemos por el error en la persona, que afecta a la identidad o cualidades del otro elemento subjetivo del negocio y de la relación jurídica derivada del mismo. El interés que se esconde tras esa evocación unitaria no es ni mucho menos único. de entrada advertimos que puede ser un interés puramente personal, justificado por la naturaleza del negocio (por ej., matrimonio, art. 73, 4.º C. c.), o un interés patrimonial, que admite matices y diferenciaciones a las que no podemos atender aquí.

El error en los motivos en un negocio gratuito tiene que ser considerado tomando en cuenta el significado que la voluntad adquiere en este tipo de actos. En la voluntad se encuentra la causa de los mismos, pues «en los contratos ... de pura beneficencia, se entiende por causa la mera liberalidad del bienhechor» (art. 1.274). El error afecta al poder de autoorganización de los propios intereses, que en este tipo de negocios, por su carácter gratuito, tiene un valor prioritario. Podemos afirmar que la figura del error conserva aquí más su sentido psicológico, porque el centro de gravedad de este tipo de negocios se mantiene en mayor medida en la voluntad del disponente que en la organización de intereses que entre las partes se establece.

Esta apreciación, sin embargo, no puede extenderse al contrato oneroso, porque a diferencia del gratuito, su causa se desplaza de la voluntad del sujeto a la organización de intereses que se ha establecido. Por ello en este caso el error afecta a esa organización de intereses, provocando la lesión de un interés fundado en el negocio (46), la insatisfacción del interés contractual del contratante que lo ha padecido. De ahí que, aunque el Código no lo diga (y quizá no lo diga porque es algo que no suele acontecer), no podrá invocar el error el contratante que, aun habiéndolo compartido, no ha experimentado lesión (por ej., el vendedor de un cuadro, atribuido a un famoso autor, que resulta

(46) Esa conexión entre el error y la lesión ha sido percibida en Francia, a través de un análisis de la jurisprudencia. Sobre ello véase: J. GHESLIN, *Le contrat*, en *Traité de Droit Civil* (1980), págs. 308-309; FLOUR-AUBERT, *Les obligations I* (1975), pág. 145.

ser una burda imitación). Este no necesita protección. La figura del error es así la justificación de la protección de un tipo de lesión.

Una vez destacada la diversidad de intereses en juego que se entrelazan en la figura del error, cabe preguntarse si es posible que la autonomía de la voluntad altere el sistema de protección que la figura del error significa. Parece claro que el problema tiene un significado diferente y merece un tratamiento distinto, según cual sea el interés protegido a través del error. No se presenta del mismo modo en un negocio gratuito que en un negocio oneroso: hay una diferencia de planteamiento que aquí no podemos extensamente abordar. Por ello, vamos a limitarnos a unas consideraciones, forzosamente breves, en torno a la cuestión, dentro del negocio oneroso, y en relación con el error que recae sobre las cualidades de la cosa.

En la organización de intereses que implica el negocio oneroso proteger a la parte que ha padecido error supone desplazar a la otra un riesgo. Al menos, el riesgo de tener que soportar que se altere la situación creada por el negocio, perdiendo la ventaja de la operación realizada. Si el error se refiere a las cualidades de la cosa transmitida, también, tener que estar a las consecuencias de que después del contrato el objeto se haya desvelado defectuoso o menos valioso, lo cual supone que el contrato (ni siquiera la transmisión de la cosa) no le ha liberado de ese riesgo.

El sistema legal de distribución de riesgo que implica la protección por error, no puede ser tomado como una exigencia jurídica absoluta, sustraída a cualquier otra posible organización de los intereses en juego. Por ello existe la posibilidad de que la regla negocial establezca, con razón suficiente, una organización diversa del reparto de ese riesgo (47). Esta organización puede hacerla la autonomía de la voluntad, pero han de tenerse en cuenta sus limitaciones intrínsecas, a las que anteriormente aludíamos en estas breves notas (48).

(47) Nos lo pone de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1981, en la que no se protege al comerciante comprador de un cuadro erróneamente atribuido a Sorolla. Sobre esta sentencia puede verse, R. F. *Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1981. Error en el consentimiento. Cumplimiento del contrato. Normal diligencia*, ADC (1982), págs. 510-519.

“Aproximación metodológica a la obra de Federico de Castro” (*)

Por JOSE LUIS DE LOS MOZOS
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: I. Significado de la obra de Federico de Castro.—II. La ubicación de Federico de Castro en el panorama científico español.—III. Algunas de las ideas fundamentales del pensamiento jurídico de Federico de Castro: 1. La concepción principal del Derecho. 2. La unidad del orden moral y su trascendencia en el plano jurídico. 3. Por un Derecho civil de España.

I. SIGNIFICADO DE LA OBRA DE FEDERICO DE CASTRO

Si la obra de Federico de Castro nos sobrecoge y, por otra parte, nos encanta (1) lo es, sin duda, por su rigor intelectual, por su autenticidad, su conocimiento profundo y exhaustivo, en todas sus dimensiones, de los temas que aborda. Pues bien, desde la perspectiva adoptada en este modesto trabajo, esto es debido a que el maestro se atiene, en todo momento y en cualquier ocasión, sin bajar nunca la guardia, a un método exquisitamente riguroso. En esta observación inicial se puede contener, y de suyo se contiene, toda la grandeza de su obra y, con ello, bastaría para rendir a

(*) Muchas de las referencias que se contienen en el texto del presente artículo carecen de la correspondiente nota, bien por considerar que aquéllas son de todos conocidas, bien porque el que quiera encontrarlas las hallará, sin duda, en mi *Derecho civil español*, I, *Parte General*, 1. *Introducción al Derecho civil*, Salamanca, 1977, escrito siguiendo, paso a paso, las huellas del maestro.

(1) Para mí el encantamiento tuvo lugar en el curso 1942-1943, estudiando por primera vez *Parte General* en mi Universidad de Valladolid, cuando el catedrático, el inolvidable profesor don Vicente Guilarte González, nos insistía sobre la bondad del *Derecho civil de España*, I, *Parte General*, 1, recientemente publicado, precisamente en Valladolid (Imprenta Martín), 1942. El problema era que, al comienzo de curso, mi padre me había comprado el Castán (J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, I-IV (Notarías), 5.ª ed., Madrid, 1941-1942) y el Valverde (C. VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, 5 vols., 4.ª ed., Valladolid, 1935-1939) y no fue fácil convencerle de la conveniencia de adquirir un nuevo libro. La verdad es que no me sirvió mucho para preparar el programa, pero me encantaba su lectura y a ella recurriría, a menudo, en los años posteriores.

la memoria del hombre que la ha llevado a cabo un justo y merecido homenaje. Sin embargo, resulta obligado desarrollar, aunque sea brevemente, por las exigencias del espacio de que dispongo, esta afirmación.

¿En qué consiste el rigor metodológico? Para contestar a esta pregunta aunque podrían escribirse varios volúmenes, lo que no se halla en nuestra intención ni en nuestras posibilidades, basta con recapacitar un poco en qué consiste el *estilo* del pensar especulativo o teórico, tan poco difundido entre nosotros, por desgracia, entre los juristas (2). Así, por ejemplo, si se afirma que el Derecho es una ciencia histórica, o que se manifiesta especulativamente como un saber prudencial, esta afirmación hay que mantenerla en todo momento, coherentemente. En general, entre los juristas, esto suele ser excepcional y ocasional, no siempre es uno congruente. Bien es verdad que los juristas se limitan a conocer lo que podemos llamar el «sistema jurídico», sin profundizar en los presupuestos del mismo, cualquiera que fuere su índole (histórica, filosófica, sociológica, etc.). La consecuencia más generalizada es la incongruencia con que, a menudo, se recurre a estos presupuestos. A veces, se siente una penosa sensación, frente al silencio de los discretos, cuando los que no lo son tanto se pierden en el bosque, apenas explorado, de esos presupuestos. No faltando quienes pretenden adornarse, con vanidad casi femenina, con el uso y el abuso de tales presupuestos, como si fueran joyas, pieles u otros adornos que tan bien sientan en el bello sexo. Pero sin que ello tenga nada, o muy poco, que ver con la coherencia interna de su pensamiento como juristas, de ahí las contradicciones que uno advierte, sin cesar, aunque no propenda a buscarlas malévolamente, al aparecer bien claramente de manifiesto. Nada más contrario al rigor intelectual, a la pureza metodológica, al «*divinarum atque humanarum rerum notitia*» (3). Sin embargo, si el Derecho es llamado a regular la vida humana en sociedad, su «conocimiento» no puede desentenderse de una visión profunda de todos los hechos sociales. No se trata, como parecen creer algunos, de añadir, a un buen conocimiento del ordenamiento jurídico positivo, algunos datos eruditos de la índole que fueren. Añadido que, en muchas ocasiones, resulta «gratuito», innecesario, cuando no absolutamente incongruente. Si *Federico de Castro* ha sido el jurista más grande de nuestro siglo es, precisamente, por todo lo contrario, porque su saber jurídico vastísimo está inserto en otros saberes también amplísimos, constantemente actualizados, existiendo, entre unos y otros, una concatenación evidente y, además, profunda. Por eso, su obra es una obra importante: la de un científico especializado que desborda el propio campo del mundo

(2) El fenómeno está bastante extendido entre los prácticos, acusándose entre las generaciones más recientes, pero empieza a ser inquietante su aparición entre los profesores de Derecho.

(3) ULPIANO (D. 1,1,10).

del Derecho, y donde otros especialistas pueden aprender cosas fundamentales, no digo que, en un país como el nuestro, vayan a hacerlo, aunque sí debieran hacerlo. Una obra, en suma, que se inserta, saliendo del campo exclusivo del Derecho civil, en nuestra cultura jurídica fundamental.

Pero junto al rigor metodológico, no debemos olvidar la autenticidad de la obra. ¿Por qué es auténtica la obra de un intelectual? Muy sencillo, porque entre las convicciones personales y los demás saberes que integran su mundo espiritual, no existe contradicción alguna. Así dicho parece que ello es el resultado de la utilización de un método científico riguroso, pero yo diría que es algo más. Incluso el método riguroso deriva de la autenticidad del científico que lo utiliza. Entonces, en este sentido, la autenticidad de la obra, aunque venga a ser un *posterius* de la utilización por su autor de un método riguroso, es también un *prius*, porque entraña una actitud personal diferente, lo que trasciende después al método y al *estilo* del pensamiento que denota la obra realizada, perspectiva que nunca se debe olvidar, teniendo que distinguir entre ambos términos (4). Por otra parte, el intelectual se diferencia del que no lo es porque adopta siempre una actitud especulativa frente al mundo que le rodea (5), a ello añade el científico, otra pretensión interesante: tratar de reducir a «unidad» su saber, o si se prefiere «reducirlo a sistema», aunque esto tenga lugar, o mejor dicho, muestre una encrucijada metodológica a la que seguidamente vamos a aludir. Bien es verdad que a *Federico de Castro* le horrorizaba hablar de «sistema jurídico» (6), pero esto tiene una connotación que guarda relación con esa encrucijada y que forma parte, también, de un presupuesto de verdadera antropología del conocimiento, referido en concreto a nuestro autor, como más adelante vamos a poner de relieve. La autenticidad, por lo demás, consiste en que no existe una ruptura entre el hombre y la obra. Muchos juristas, por desgracia, son operadores mecánicos de su conocimiento, a veces espléndido y lúcido, del ordenamiento jurídico positivo, lo mismo que si manejaran una máquina muy complicada o muy sencilla, pero siempre ajena a ellos mismos, lo que resulta inadmisibles en el mundo de las «ciencias prudenciales». Tales juristas se comportan, la mayoría sin saberlo, como si cultivaran una ciencia de la naturaleza, conforme al modelo metodo-

(4) Los alemanes distinguen entre «*Stil*» (estilo) y «*Methoden*» (método), es de recordar aquí también un luminoso libro de E. D'ORS, *Estilos del pensar*, Madrid, 1945, referido a diversos autores de la literatura española, pero con interesantes sugerencias.

(5) De los albores de mi etapa formativa recuerdo también la diferencia entre el intelectual y el «*homo faber*» en un ensayo extraordinariamente sugerente, *Ensimismamiento y alteración* (1939), en *Obras Completas*, V, 3.ª ed., Madrid, 1955, págs. 291 y ss.

(6) A ello volveremos a referirnos más adelante, por lo demás a la apreciación del texto me he referido en otra ocasión al hablar de los principios generales del Derecho, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, II, Madrid, 1976, págs. 321 y ss.

lógico insuperablemente definido por I. Kant (7). Bien es verdad, y por eso aludía antes a la encrucijada metodológica, que este es el método propio del positivismo jurídico, según H. Kelsen (8), o del culturalismo neokantiano de los años treinta (9), por más que se quiera paliar con la «jurisprudencia de intereses» como contra-punto añadido por Ph. Heck (10), herederos, todos ellos, del racionalismo cartesiano y a los que critica y combate, denodadamente, *Federico de Castro* (11), como en otro tiempo lo hiciera J. B. Vico (12), aunque sin el mismo éxito (13), puesto que uno

(7) Efectivamente, I. KANT introdujo la ruptura entre la persona sujeto del conocimiento y el método que utiliza, lo que sea o piense la persona no interesa, lo único que importa es el rigor con el que utiliza el método, pero para ello tiene que prescindir o despojarse de su mundo personal. Cuando por primera vez oí explicar esto en clase de *Introducción a la Filosofía*, me imaginé al instante a los químicos, nuestros vecinos, que parecían todos iguales con su bata blanca ante la mesa del laboratorio. Es por esto que A. DEMPFF califica al método kantiano (y que él llama «noológico») como expresión de la crisis en la estructura del funcionamiento vital-intelectual del hombre (*La unidad de la ciencia*, trad. esp., Madrid, 1958, págs. 14-17. En una palabra, conforme al método de la «crítica de la razón pura» se lleva a cabo en el conocimiento una absoluta abstracción del sujeto, rompiéndose, de este modo, la conexión cartesiana del «*cogito ergo sum*», lo que explica muy bien M. GARCÍA MORENTE, *Introducción a la Filosofía* (en colaboración con J. ZARAGÜETA), Madrid, 1943, págs. 292 y ss.

(8) Como dice el propio F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, *Parte General*, 1, 3.ª ed., Madrid, 1955, pág. 20 —criticando al formalismo lógico que es la expresión más depurada del positivismo—, «Kelsen y su escuela se precian de su lógica, pero, a pesar de ello, su mayor falla es lógica, al identificar la esencia del objeto con una de sus características».

(9) Aunque tome su punto de partida en el neokantismo, a esto me he referido en otro lugar, vid. *Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno*, Madrid, 1977, págs. 36-37, 51 y 73-74.

(10) La «jurisprudencia de intereses», como es sabido, y a lo que más adelante volveremos a referirnos, tiene un antecedente más remoto, pero en sentido estricto se inicia (o reanuda) por Ph. HECK, a principios de siglo, permaneciendo como dominante en la llamada escuela de Tubinga, el punto de partida es la obra de su fundador, reelaborada después, varias veces, a lo largo de los años: *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1914.

(11) *Derecho civil*, cit., I, págs. 15 y ss.; 23-24; 488 y ss., sin embargo, al culturalismo que ha estado tan de moda le combate con el silencio o indirectamente, pues como todo idealismo no aporta al acervo cultural de una ciencia práctica, como lo es el Derecho más que un montón de palabras, animadas —eso sí— de muy buenos deseos. Fuera de España, después de la Segunda Guerra Mundial, no se vuelve a hablar del culturalismo, y algunos de sus representantes tardíos, como G. RADBRUCH o como el joven K. LARENZ, toman un nuevo rumbo.

(12) Precisamente serán dos ilustres discípulos, muy directos, de F. DE CASTRO, los que divulgarán en España el pensamiento de G. B. VICO, a través de la obra de T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, 1966, y que constituye un curso de conferencias pronunciado por su autor en la Universidad de Gotinga, en 1952. Por lo demás, me refiero a los profesores E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. Díez-PICAZO.

(13) De ello se lamenta, posiblemente demasiado, el propio G. B. VICO, en su *Vita di Giambatista Vico scritta da se mesmo* (1729) y que, por lo demás, no puede ser más interesante. La figura y la obra de G. B. VICO creo que es poco conocida en España, como otras muchas cosas, la obra que

de los premios, si se puede hablar de este modo, de la autenticidad de una obra, es el poder de anticipación, de tal manera que, *Federico de Castro*, combatiendo al positivismo jurídico, se adelanta a los grandes juristas europeos, especialmente alemanes (14) que han inspirado el pensamiento jurídico de nuestra actual generación. Por lo demás, el resultado de la autenticidad se materializa en la permanencia de la obra. El maestro no sólo vive en la memoria de todos aquellos que nos consideramos, unos directa, otros indirectamente, sus discípulos (discípulos de la persona y discípulos de la obra), sino que una obra auténtica es capaz de permanecer porque no lleva, en sí misma, por ser una obra del espíritu, ese elemento de contradicción que lleva en sí misma la persona humana, por muy auténtica que sea, dada su finitud, lo que no deja de ser una contradicción, desde una perspectiva exclusivamente biográfica o histórica. Por ello, en cambio, lo que es fruto de la autenticidad intelectual o científica, permanece para siempre en la memoria de

interesa especialmente a los juristas es la referida por Th. VIEHWEG, *De nostri temporis studiorum ratione* (1709), aunque pronunciada como lección inaugural en la apertura de curso de la Real Universidad de Nápoles, en 1708, celebrada por primera vez bajo la presidencia del legado del emperador de Austria. Esta lección o discurso inaugural era un privilegio del titular de la Cátedra de Retórica, pero esta Cátedra estaba peor dotada que otras de la Facultad de Derecho, a las que aspiró sin fortuna el autor citado, como la de «*prima de iure civile*» que le fue negada en 1723, a pesar de una brillante exposición sobre un texto de PAPIMIANO, en el título «*De praescriptis verbis*». Cátedra de mañana que, aunque no estaba tan bien pagada como las de la tarde, suponía una retribución seis veces mayor que la de Retórica que, además, quedaba relegada a los estudios de lo que, en mis tiempos, todavía se llamaba el preparatorio, hasta la reforma de Ibáñez Martín. Con ello, Vico no podía desarrollar su vocación y sus capacidades en relación con el Derecho romano, cuyos estudios son, probablemente, desde un punto de vista científico los más importantes que ha dejado, lo que explica que derivara hacia otros campos, como muestra su *Scienza nuova* que comienza en 1725 y reelabora y amplía en 1730, siendo conocidas como la *prima* y la *seconda*, editada en 1744. Vid. *Opere di G. B. Vico*, 8 vols. (ed. de F. Nicolini), Bari, 1911-1941. Existen otras ediciones posteriores, sin embargo, y una reimpresión de las notas de F. Nicolini en la colección «*La Letteratura italiana, storia e testi*», vol. 43, Milano-Napoli, 1953.

(14) Sólo citaré algunos de los más significativos, y por sus obras más importantes en el sentido del texto, así, K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1956 (Trad. esp. de 1967); H. COING, *Die juristische Auslegungsmethoden und die Lehre der allgemeinen Hermeneutik*, Köln, 1959; H. WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1951 (trad. esp. de esta 1.ª ed. de 1957); J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung der Privatrechts*, Tübingen, 1956 (trad. esp. 1961); F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.ª ed., Göttingen, 1967 (trad. esp. de la 1.ª ed. de 1952, de 1957); E. WOLF, *Das Problem der Naturrecht*, 3.ª ed., Karlsruhe, 1964 (trad. esp. de la 1.ª ed., de 1960), aunque he preferido hacerlo en relación con las obras traducidas, en las que el lector puede encontrar otras referencias, por ello es justo, también, citar de H. COING, su *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1950 (trad. esp. de 1961), remitiéndome a lo dicho en la nota preliminar, pero tampoco hay que olvidar la atención del maestro sobre determinados autores (M. BURCKHARDT, G. RADBRUCH, W. FRIEDMANN, prestando atención a los primeros trabajos de J. ESSER y K. ENGISCH, entre otros).

los hombres, como le sucede a toda obra bien hecha, sobre todo como ocurre en este caso, cuando encaja en lo que ha sido siempre, esencialmente, la forma del pensar jurídico, viva en una tradición secular, aunque transitoriamente oscurecida, en cada época, como ha sucedido, en la moderna, con los excesos del humanismo (15), con el absurdo enfrentamiento entre el Derecho romano y el Derecho real (16), consecuencia del absolutismo de los reyes en los comienzos del siglo XVIII, o con el excesivo predominio del positivismo legal, en nuestros días, en los sistemas de Derecho codificado, contra lo que combatió nuestro autor, como ya hemos anticipado y volveremos a decir, segudamente.

Por lo que se refiere al conocimiento profundo y exhaustivo de los temas, aparte de ser una consecuencia de la utilización de un método riguroso y de una gran autenticidad intelectual, no hay que insistir más, pues, sus obras, una a una, pueden hablar de ello, mucho mejor, y de modo más elocuente.

II. LA UBICACION DE FEDERICO DE CASTRO EN EL PANORAMA CIENTIFICO ESPAÑOL

Dejo con gusto al cuidado de los discípulos personales y más directos de *Federico de Castro*, el estudio de su concreta filiación a una escuela determinada, a mi me interesa únicamente, en este momento, situarle en el panorama cultural y científico de su etapa formativa, con referencia fundamentalmente a la cultura jurídica y al ámbito más concreto del Derecho civil.

En relación con esto, un hecho fundamental, en España, como en todas partes, marca la orientación científica de nuestros civilistas. Este hecho, como habrán advertido mis lectores, es la codificación. Proceso que comienza, casi románticamente, en la Constitución de 1812 y que culmina con la promulgación del Código civil en 1889. Nuestra codificación es una codificación *tardía*, largo

(15) De este tema me he ocupado en «Humanismo y *mos gallicus* en la Escuela de Salamanca» (Conferencia en la Academia Matritense del Notariado, en 1973), ahora incluido en *Metodología y ciencia*, cit., págs. 283 y ss.

(16) El enfrentamiento no es un simple enfrentamiento entre dos ordenamientos distintos, entre el *Derecho común* y el *Derecho real*, sino fundamentalmente entre dos maneras de concebir el Derecho; por eso, este enfrentamiento cobra, a partir del XVIII, en toda Europa, un significado especial, de la mano del «despotismo ilustrado» de las monarquías absolutas y viene a ser una preparación de los ideales de la codificación. Lo que se enfrentan son dos maneras de concebir el Derecho, el ordenancismo de las pragmáticas reales que acabará en considerar como una meta del progreso jurídico a la codificación, tal y como la pensaba, por ejemplo, Federico II de Prusia, y una concepción jurisprudencial y que, insisto, no hay que confundir con lo que esto puede llegar a ser en un sistema judicial, que se hallaba asentada en la tradición del Derecho común. De ello nos habla también el maestro de forma elocuente y documentada, vid. *Derecho civil*, cit., I, páginas 186 y ss., en relación con el Derecho civil español y con ocasión del cambio de dinastía, con lo que coincide la aparición en España de este fenómeno.

tiempo deseada y, después, mal recibida por la doctrina, y aquí no me refiero a los antagonistas de la codificación y al sempiterno problema foral, cuestiones ambas —codificación y problema foral— que han sido estudiadas, por primera vez, de modo riguroso y exahustivo, por nuestro autor, aunque algunos, especialmente en relación con el segundo tema, no acepten sus conclusiones, pero esto es una cuestión distinta (17) de la que no voy a ocuparme. El hecho es que, autores de tanto prestigio, como F. Sánchez Román, o C. Valverde, reciben muy mal al Código, el primero, porque al estar pendiente en sus *Estudios*, de analizar lo que éste ha reformado, como traduce la propia sistemática de su monumental obra, se le escapa el profundizar en el significado del mismo y, muchas veces, en la comprensión adecuada de las regulaciones que establece; el segundo, porque sigue, en todo, al primero y, además, porque, ambos, se hallan formados e inspirados en la Escuela de Exégesis, lo que no deja de ser una curiosa contradicción, por lo demás muy española. A estos testimonios podríamos añadir otros muchos (18), pero no creemos que sea necesario. En la generación siguiente, la ciencia jurídica española del Derecho civil, toma una orientación distinta y que señala certeramente Federico de Castro (19), debido a la obra y a la influencia personal de F. Clemente de Diego que, se corresponde, en otras partes, con lo que se llama la «escuela científica», que tiene a su máximo representante en Italia, con F. Ferrara y, en Francia, con M. Planiol y sus discípulos. Pues bien, Federico de Castro, como civilista en formación hay que situarle en este círculo, como discípulo directo, por otra parte, que fue de F. Clemente de Diego, si no me engaño, aparte de la influencia de D. De Buen que debe señalarse.

En otro sentido, más amplio y general, puede decirse que Federico de Castro, como intelectual español, en su etapa todavía formativa encaja en lo que después se ha llamado la «generación de 1927», año en el que, por otra parte, obtiene la Cátedra. Pero naturalmente que la formación de un científico no se completa en la primera juventud, sino que va madurando lentamente en la mayor parte de los casos, hasta que aquélla termina o está a punto de hacerlo. Tal es, según parece, el caso de nuestro autor, cuya madurez llega con la publicación de su *Derecho civil de España, Parte General, 1* (1942). Con otras palabras, podemos decir que la formación del maestro tiene lugar durante los años veinte y los

(17) Vid. F. DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., I, págs. 232 y ss.

(18) En la tradición oral de la Facultad vallisoletana, conservada en el recuerdo de las tertulias improvisadas en la Sala de Profesores, entre clase y clase, y que, por desgracia, actualmente han desaparecido por causa de un reiterado desuso, contaba el profesor don Emilio GÓMEZ ORBANEJA que cuando se promulgó el Código civil, el profesor BURÓN, autor de una de las primeras exposiciones del Derecho civil *après* el Código civil (*Derecho civil español*, 3 vols. Valladolid, 1898-1900), seguía explicando fundamentalmente las *Partidas*, lo que «*se non è vero —por mi parte yo prefiero creérmelo al pie de la letra— è ben trovato*».

(19) *Derecho civil*, cit., I, págs. 323-324.

años treinta. Fue aquélla, sin duda, una época culturalmente brillante en el panorama general de las letras españolas, también lo fue en el campo del Derecho, y, más concretamente, para el Derecho civil. Por aquella época se publican en España muchas traducciones de obras jurídicas extranjeras, aunque para nuestro autor no fuera algo imprescindible por sus amplios conocimientos lingüísticos, lo que suele ser poco frecuente entre los juristas; la *Revista de Derecho Privado* conoce, por entonces, uno de los períodos de mayor esplendor, desde su fundación en 1913, por F. Clemente de Diego y J. Navarro de Palencia; nace al tiempo, también, una nueva revista (la *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1925), cuyo fundador, J. González, es un divulgador de la «jurisprudencia de intereses», de Ph. Heck; por aquellas fechas comienza a publicarse el *Derecho civil español, común y foral*, de J. Castán Tobeñas, el manual de Derecho civil que ha ganado mayor difusión y autoridad en el presente siglo; todo ello, por no destacar más que algunos hechos, entre otros importantes, y sin ánimo de pretender excluir o preterir a ningún otro. Entre tanto, se produce también un renacimiento de los estudios históricos del Derecho, propiciados desde una revista que, también, acaba de nacer, el *Anuario de Historia del Derecho español* (1924), estudios que vienen, además, impulsados desde el exterior en torno a una de las últimas escuelas de germanistas (20). Paralelamente, varias Universidades españolas prestan una atención, anteriormente desconocida, a los estudios americanistas (21), lo que, con el tiempo, dará lugar al nacimiento de la *Historia del Derecho indiano* (1935). Otro tanto sucede en el campo de la Filosofía del Derecho, animada desde la Filosofía general y, en particular, a través de la *Revista de Occidente*, fundada por J. Ortega y Gasset, apareciendo nuevos nombres en el panorama estelar de la filosofía española (J. Zarragüeta, M. G. Morente, J. Zubiri). Por lo que atañe a la filosofía y a la metodología del Derecho, predomina entonces el culturalismo

(20) Expresa esto, con bastante vivacidad, el trabajo de J. VINCKE, «Die Universität Freiburg im Breisgau in ihrem spanischen Beziehungen», que constituye un cuaderno de la colección: *Beiträge zur Freiburger Wissenschafts- und Universitätsgeschichte*, 33 (1966), y del que yo hice una reseña en la *Revista de Derecho privado*, 1967, págs. 269 y ss. Este último renuevo de la germanística supone una renovación de los estudios históricos del Derecho, pues paralelamente también se abrirá para la romanística una nueva vía, a partir del famoso Congreso de Oslo de 1928, donde se consagra, referido al Derecho romano postclásico, el concepto de «Derecho vulgar» que procedía del germanista H. BRUNNER y, sobre todo, por obra de E. LEVY, «Westen und Osten in der nachklassischer Entwicklung des römischen Rechts», en *Zeitschrift der Savignys Stiftung, rom. abt.*, 49 (1929), págs. 230 y ss. Teniendo lugar antes de que éstos tomaran, en Alemania, una nueva orientación, a partir de la reforma de los estudios de 1935, con la nueva disciplina histórica de la *Neueren Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, que viene magistralmente definida por F. WIEACKER, «Der gegenwärtige Stand der Disziplin der neueren Privatrechtsgeschichte», en *Erantion Maridakis*, I, Athen, 1963, págs. 339 y ss.

(21) La colección aparecida de estos estudios en las publicaciones de la Universidad de Valladolid, impulsada especialmente durante el rectorado de C. VALVERDE (1916-1929), es realmente importante.

neo-kantiano (R. Stammler, E. Mayer), lo mismo que, más tarde, aparecerá, tardíamente, por lo que se refiere a la traducción de sus obras en lengua española, el neo-hegelianismo (de J. Binder y el joven K. Larenz). En todo ello, tienen un papel importante L. Recasens y L. Legaz, traductor de H. Kelsen (1934), sin olvidar que, el primero, difunde el manual de G. del Vecchio, muy afecto a las corrientes filosóficas citadas.

Este es el panorama cultural, expuesto a grandes rasgos, en el que se forma Federico de Castro, mientras tanto, en el de la ciencia del Derecho privado, por influencia de la *escuela científica* (F. Clemente de Diego, D. de Buen, etc.), se acaba por imponer el «método dogmático» que viene impulsado, también, por un mejor conocimiento y una más intensa utilización del Derecho comparado y de la doctrina científica extranjera. Siendo aquí, precisamente, donde hay que conectar el «despegue» metodológico de Federico de Castro.

Es curioso observar que, autores posteriores, cronológicamente hablando, quedan, por siempre, metodológicamente vinculados al culturalismo jurídico. Los más, hablan de «realismo jurídico», entendiendo esto, lo mismo que la «jurisprudencia de intereses», cuando por primera vez aparece esta perspectiva, con R. von Jhering, en pleno apogeo del «pandectismo científico», y que será, después, la base fundamental de la llamada *escuela científica*, como una recurrencia a los principios, por donde, en el sistema jurídico cerrado sobre sí mismo, penetra la luz exterior del mundo de la realidad como a través de una celosía, metáfora que ya he utilizado en otra ocasión (22), este es el caso de grandes juristas, entre nosotros, como J. Castán Tobeñas. Aunque en la obra extensa de este autor, hay también otras connotaciones, como la influencia creciente del Derecho natural, o del punto de vista moral, como en la obra de G. Ripert. No en vano, en Francia, ha tenido lugar un «primer renacimiento del Derecho natural», de la mano del «institucionalismo», que procede de un sector de la Escuela del Derecho público alemán (Laband, Jellinek), a través de G. Hauriou, y que alcanzará, en Italia, también, un ulterior desarrollo, en Santi Romano. Pero en el plano metodológico no logra romper el predominio del positivismo legal, por establecer su planteamiento en un plano *axiológico*, sin descender al plano marginal *ontológico*, lo que ensaya, por primera vez, F. Geny. Con lo que, el Derecho natural no pasa de quedar relegado a un plano *ideal*, superior, pero extraño al ordenamiento jurídico, no integrado en el mismo a través de los principios generales del Derecho, como define Federico de Castro (23). En otro caso, es explicable, hasta cierto punto, como hacen otros autores, vincularse a un «sincretismo metó-

(22) *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965, págs. 7 y ss., pero sobre todo, en «Principio, norma y sistema en la integración del ordenamiento jurídico», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, cit., II, págs. 326-327, ahora en *Metodología y ciencia*, cit., pág. 93.

(23) *Derecho civil*, cit., I, págs. 38 y ss., y 453 y ss.

dico», pero llevado esto hasta sus últimas consecuencias, supone desconocer el problema del método, o llegar a trivializarle, dando lugar a un vacío metodológico en la formación del jurista y que presupone una dosis, muy elevada, de relativismo. Por ello, este sincretismo le horroriza, también, a Federico de Castro (24).

Este, en vez de elegir cualquiera de estos caminos, elige el propio, se aparta de las construcciones metodológicas en su época imperantes, y construye, probablemente sin proponérselo, su propio método, tomando una orientación distinta, tal y como aparece en la primera edición del volumen primero de su *Derecho civil de España*, método que se mantiene durante cuarenta años, no digo que absolutamente invariable, porque el hombre es distinto y cambia con el tiempo, pero sí fiel a sí mismo hasta el último momento, como aparece en el trabajo publicado dos meses antes de morir (25). Esto es una consecuencia de lo que decíamos antes, si un científico utiliza el método de su ciencia rigurosamente, o se adscribe a un método ya existente, o lo hace *ex novo* desde su propia autenticidad; lo que entraña, por una parte, honestidad y humildad y, por otra, audacia, la humilde audacia que sólo se alcanza desde la sencillez y la honestidad de un trabajo artesanal, como lo es el trabajo científico, y desde el espíritu libre que confiere una noble vocación, ejercida con la exquisita ejemplaridad con que él supo hacerlo. Pero mejor que mis palabras, hablarían por mí, las suyas, que aquí no voy a transcribir, sino simplemente a recordar, palabras anónimas que muchos de nosotros, los civilistas españoles —casi todos, de alguna manera, discípulos, tributarios o deudores de su obra— todavía no hemos olvidado, me refiero a los *propósitos* del ANUARIO DE DERECHO CIVIL, que él dirigió, efectiva y eficazmente, durante casi treinta y seis años (26). Pero lo más significativo de todo ello, es cómo Federico de Castro se anticipó, a los grandes juristas de nuestra época, como ya he dicho, consciente de que las teorías dominantes, no sólo eran extrañas al estilo de los juristas, sino también, a sus necesidades y a sus exigencias, en un mundo en el que es problemática la paz social, realmente difícil es que prevalezca la justicia y el que se desarrollen los restantes valores amparados en el imperio del Derecho.

(24) «Sobre el pluralismo del profesor De Castro. Comentario a un comentario», en *Anuario de Derecho civil*, 26 (1973), págs. 1013 y ss. Por mi parte, yo mismo había escrito hace casi veinte años que es la realidad social con la que tropieza el Derecho la que es pluralista, y es con ese pluralismo con el que se encuentra la norma jurídica, pero por ello: «El Derecho no puede perder su específica esencia normativa independiente, distinta de otras esferas de normas, porque lo que debe ser plural no es la concepción del Derecho, sino la realidad, que condiciona la aplicación de las normas, necesariamente conforme a la naturaleza de las cosas» (*El principio de la buena fe*, cit., pág. 9).

(25) «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *Anuario de Derecho civil*, 35 (1982), págs. 987 y ss.

(26) Vol. I-1 (1948), págs. 5 ss.

III. ALGUNAS DE LAS IDEAS FUNDAMENTALES DEL PENSAMIENTO JURIDICO DE FEDERICO DE CASTRO:

1. LA CONCEPCION PRINCIPIAL DEL DERECHO

No voy aquí a hablar, de nuevo, de los principios generales del Derecho (27), ni siquiera de su función para servir de cauce, dentro del ordenamiento jurídico, al Derecho natural, a lo que anteriormente me he referido, aunque de pasada, sino que quiero poner de relieve otra cosa que tiene aún mayor importancia, desde mi punto de vista, en la gestación del método utilizado por el maestro.

En primer lugar, quiero destacar que a esta construcción se llega, en su pensamiento, como una superación del positivismo jurídico, y al constatar que no podían servir de contrapeso, dentro del sistema de Derecho codificado, ni la recurrencia a la «jurisprudencia de intereses» (28), que acaba en Alemania en una aburrida polémica, hace casi cuarenta años (29), ni el escapismo a un Derecho natural ideal que no resuelve ningún problema práctico. Para llegar a la superación del positivismo, hay que partir de la conciencia de la crisis, como lo hace nuestro autor, de una manera críptica, pero bien elocuente, desde las primeras páginas de su obra fundamental (30). Con ello, Federico de Castro, no es una *rara avis* en su época, comienza haciendo un análisis que, en otros terrenos, han hecho también los más eximios pensadores de nuestro tiempo, baste recordar aquí a J. Ortega y Gasset, en la generación intelectual inmediatamente anterior. No importa que, para ello, haya que ponerse frente a todas las corrientes que parecen dominantes, ello no es nuevo, por lo demás, en el mundo del Derecho, la crítica humanista en lo que tuvo de positivo, o de constructivo para el progreso del Derecho, denunciando los abusos del «*mos italicus*», en pleno Renacimiento (31), no tenía inconveniente en afirmar constantemente su «*erravit moderns*», después la historia ha demostrado que buena parte de los «*consilia*» del «*mos italicus*» tardío estaban animados por intereses bastardos, o por una innoble sumisión del jurista, a las fuerzas sociales, que

(27) *Metodología y ciencia*, cit., págs. 85 y ss., y *Derecho civil*, cit. I-1, págs. 479 y ss.

(28) *Derecho civil*, cit., I, págs. 503 y ss.

(29) Así, M. KASER, *En torno al método de los juristas romanos*, trad. esp., Valladolid, 1964, págs. 33-34, en nota. Para una valoración de la jurisprudencia de intereses, K. LARENZ, «Tendencias metodológicas de la ciencia iusprivatista alemana actual», en *Revista de Derecho privado*, 1959, págs. 367 y ss.; y del mismo, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2.ª ed., Berlín-Heidelberg, 1969, págs. 44 y ss.; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., págs. 574 y ss.

(30) *Derecho civil*, cit., I, págs. 12 y ss.

(31) De lo que me he ocupado en «Humanismo y *mos gallicus* en la Escuela de Salamanca», ahora en *Metodología y ciencia*, cit., págs. 281 y ss.

pondrá en solfa W. Goethe, en pleno clasicismo de Weimar, al zaherir algunos aspectos de la «*Frührezeption*» en Alemania (32), como refiere H. Thieme donosamente (33). El enfrentarse con lo que sea, caracteriza al sabio y le diferencia de aquel que pretende pasar por serlo, porque el primero no está dispuesto a padecer o a sufrir una cultura, sino que la elige (34). Por último, como recuerda y señala, agudamente, F. Wieacker, durante los últimos decenios —me refiero al final de los años cuarenta, a los años cincuenta, y durante toda la década de los sesenta— consecuencia de las catástrofes materiales y morales de la guerra, se ha iniciado una nueva reflexión sobre los fundamentos del Derecho, lo que también se halla presente, con toda claridad, en nuestro autor. Esto encierra, para nosotros, una gran enseñanza, puesto que el análisis de la crisis —en esta era que ha comenzado a llamarse *postmoderna*— tiene pleno vigor en la sociedad actual, necesitada de ir al encuentro de soluciones para resolver los graves problemas que tiene planteados, soluciones que han de llevar, necesariamente, a un nuevo «renacimiento», ya que el futuro nos ha sido vedado y permanece ignoto a nuestro conocimiento posible.

Por otra parte, esta desautorización del positivismo se basa en una crítica de los presupuestos filosóficos que le han visto nacer, desde el voluntarismo formalista del nominalismo de la baja Escolástica hasta el moderno hegelianismo, o desde el regalismo decisionista de las monarquías absolutas, hasta los modernos totalitarismos, consecuencia del fracaso del liberalismo, lo que llega a preocupar, en sus últimos años, al propio H. Kelsen (35); pero lo más interesante es que, esta crítica, no se acoge a un planteamiento ultramontano, ni siquiera a un facilón neo-iusnaturalismo, como anteriormente hemos puesto de relieve, rechazando el institucionalismo, y proclamando el *normativismo* (36). No cayendo, por ello, en la fácil tentación, por propugnar una concepción principal del Derecho (37), ni en el Derecho libre (38), ni en el judicia-

(32) Así, en su *Goetz von Berlichingen, el de la mano de hierro* (*Obras Completas*, trad. esp., ed. Aguilar, III, Madrid, 1958, págs. 1363 y ss.).

(33) Conferencia pronunciada en la «Société J. Bodin», París, 1967, sobre: «Le rôle des *doctores legum* dans la société allemande du XV^a siècle» (repetida en la Universidad de Oviedo en 1969).

(34) Dicho en francés, sufrir, soportar o, más exactamente, padecer («*subir*»), frente a elegir o escoger («*choisir*»), resulta más expresivo.

(35) «Was ist juristischer Positivismus?», en *Juristenzeitung*, 20 (1965), págs. 465 y ss.

(36) *Derecho civil*, cit., I, págs. 383-384, pero también págs. 30 y ss., 377 y ss., 495 y ss., 541 y ss., etc.

(37) La definió su discípulo E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en un brillante estudio «Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo», en *Revista de Administración Pública*, 40 (1963), págs. 191 y siguientes, y atribuida al maestro, como una de sus más precoces y elaboradas manifestaciones (págs. 199-200).

(38) «La ciencia libre del Derecho, ¿es fuente primaria del Derecho?», en *Anuario de Derecho civil*, 6 (1953), págs. 565 y ss.

lismo (39), aunque comprenda que, la tarea del jurista, será siempre más ardua y difícil, de este modo.

Con ello, por último, y en tercer lugar, esta concepción se anticipa a lo que han pensado, años después, los más eximios juristas de nuestro tiempo, yendo al encuentro de la *tópica*, como modelo del pensar jurídico (40), lo que en otra época intentara, sin éxito, J. B. Vico (41), al poner de relieve que el método cartesiano, que en sus continuadores llega a definirse como «*mos geometricus*», no se adapta a la ciencia del Derecho, donde no se puede partir de un «*primun verum*» de donde derivar por medio de sucesivas operaciones lógicas, las reglas de Derecho, ni establecer con su sistematización una serie de principios *axiomáticos*, puesto que el saber jurídico que se apoya en la *experiencia* —especialmente en el ámbito del Derecho privado— es decir, en lo que los juristas han dicho y han pensado para solucionar situaciones análogas y que ha quedado, a través de la tradición jurídica, como enseñanza para siempre (42), no puede apoyarse más que en unos principios *aporéticos*, constituyendo, por ello, el «sistema» una

(39) Como les ha ocurrido a otros, así a uno de nuestros grandes romanistas contemporáneos, A. D'ORS, «De la *prudencia iuris* a la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Información Jurídica*, 55 (1947), págs. 64 y ss. Haciendo, en cambio, una ponderada valoración de este sistema con motivo de una extensa nota bibliográfica: «En torno a una traducción. La *Common Law*. Roscoe Pound», en *Anuario de Derecho civil*, 3 (1950), págs. 749 y ss.

(40) Me refiero a la divulgación de la obra de T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953 (2.^a ed. 1963), divulgada por sus discípulos (vid. *supra* nota 12).

(41) PASCAL había calificado a DESCARTES de inútil e incierto; BOILEAU le acusaba de que, por su influencia, había decaído el estudio de las humanidades; VICO sigue la misma línea, calificando al autor del *Discours de la Méthode* de peligroso, pues en nombre de su método desacredita «todas las demás formas del saber», la historia, la elocuencia, la poesía, a las que rechaza desde el comienzo de su obra, así como la retórica o el conocimiento de las lenguas antiguas, que quedan devaluadas frente al razonamiento cartesiano, lo que lamenta diciendo en *De ratione*: «Cuando he llegado al país de la Letras todavía estaban florecientes y muchos grandes personajes propiciaban su gloria. Ahora, en cambio, les he visto declinar y caer en una decadencia casi total, pues apenas conozco a nadie, actualmente, que pueda llamarse sabio», añadiendo en otra parte que: «todo lo que conforma los espíritus brillantes, a los que ha sido dado como un privilegio el don de la inteligencia, es decir, la abundancia, la variedad, la libertad, la prontitud, la vivacidad, todo esto es lo más opuesto a las operaciones geométricas que son simples, lentas, secas, forzadas y necesarias».

(42) K. ENGISCH no dice enseñanza, sino que habla de «positivo beneficio para siempre», *Introducción*, cit., págs. 15 y ss. Ahora bien, esto no puede obtenerse por sucesivas operaciones lógicas, derivadas de la norma legal o del sistema normativo, sino de una apreciación sobre la justicia concreta, en lo que lo racional o lo legal no son más que uno de tantos componentes (según decía E. FECHNER, *Rechtsphilosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechts*, Tübingen, 1958, págs. 78 y ss.). De igual suerte esta experiencia jurídica reviste en la tradición común europea la forma de dogmática como traducción teórica de esa experiencia, lo que tiene lugar en la recepción del Derecho romano sobre la base de su cientificación y, modernamente, transformando los criterios éticos y políticos sociales en verdades jurídicas (el mismo K. ENGISCH, «Sinn und Tragweite juristischer

«conexión de problemas», apoyados, de una parte, en la experiencia jurídica y, de otra, en la *ratio* de la norma que haya que aplicar e interpretar, lo que no puede hacerse sin acudir a la luz de los principios, es decir, sin integrarla en el «*corpus*» al que pertenece.

2. LA UNIDAD DEL ORDEN MORAL Y SU TRASCENDENCIA EN EL PLANO JURÍDICO

Constituye este otro de los motivos metodológicos de Federico de Castro. Unidad del orden moral, cuya ruptura, según explica con toda claridad y sencillez el maestro, se apoya en el subjetivismo protestante, ayudado por el racionalismo, consumándose a través de la Escuela racionalista del Derecho natural, y llegando a su máxima expresión en la especulación kantiana que fundamenta el Derecho en una *Ética formal* de deberes, puesto que también se apoya en la libertad humana y en el decisionismo de su voluntad. Por otra parte, esto se traduce en la realidad histórica mediante el influjo de los ideales ilustrados en la codificación, que tratan de imponer, como ha dicho F. Wieacker, elocuentemente, «el Derecho natural de la razón, como Derecho positivo de los pueblos» (43).

Por eso, no tiene nada de extraño que los «propósitos» del ANUARIO DE DERECHO CIVIL, exhorten al «retorno» a la Escuela jurídica española, no por «*chauvinisme*», sino porque en ella —lo mismo que en otros iusnaturalistas protestantes (44), y en el inicio, en Alemania, a través de la Escuela de Sajonia (45), del «*usus hodiernus Pandectarum*»— se conservan vivos los ideales de la Escolástica tardía, los valores cristianos del Derecho y lo mejor del humanismo jurídico. Con ello, se pretende hacer valer un modelo de pensar jurídico que no se halla contaminado, ni por el racionalismo, ni por la nueva *Ética formal*. En nuestros días, esto

Systematik», en *Studium Generale*, 1957, págs. 187 y ss.). Por ello, toda valoración jurídica, como sucede en la interpretación, es un enfrentamiento con la justicia y de ahí que, por contraste, las normas interpretativas no tienen más que un valor meramente orientador. Sobre esto mismo, F. DE CASTRO, «Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley», en *Anuario de Derecho civil*, 30 (1977), págs. 809 y ss.

(43) *Privatrechtsgeschichte*, cit., págs. 322 y ss.

(44) Sobre esto me he ocupado en «El Derecho natural en la formación del Derecho civil moderno», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, VI, Pamplona, 1969, págs. 581 y ss., ahora en *Metodología y ciencia*, cit., págs. 215 y ss.

(45) De esto me he ocupado en distintas ocasiones, siguiendo las huellas del maestro, para pretender explicarme un tránsito entre Humanismo, Derecho natural y «*usus modernus Pandectarum*» y por aquello de que, en ninguna parte, hallaba una contestación satisfactoria, hasta que el estudio casi exhaustivo, en estas materias, de la doctrina de la *Neuere Privatrechtsgeschichte*, han venido a confirmar algunas intuiciones, surgidas en el estudio histórico de figuras dogmáticas concretas, llegando a una explicación provisional, me imagino, y, por supuesto modesta, en mi *Derecho civil*, cit., I-1, págs. 77 y ss. y 81 y ss.

constituye un buen «aviso para navegantes», en esta época de trivialización y de confusiónismo (46). Sin que, por ello, haya que negar otros valores históricos al protestantismo y a la Reforma (47) y que dieron lugar al desarrollo de un modelo de sociedad civil que, con el tiempo, se identificará con los valores de la burguesía, por obra de la Revolución francesa y de la Independencia americana, hoy periclitados y, en crisis, en todas partes (48).

Pero sin salirnos del plano del Derecho civil, el abandono de la interconexión entre Moral y Derecho ha producido muchas y constantes injusticias, que son las que va a denunciar el maestro infatigablemente. Por no tener un planteamiento adecuado del problema, otras denuncias de este hecho que ha corrompido por dentro el Derecho civil patrimonial y el Derecho mercantil, obligando, en ocasiones, a una casi siempre desafortunada intervención legislativa, en todas partes, se ha definido: como la «invasión del Derecho público en el ámbito del Derecho privado» (R. Savatier), o como la «*révolte des faits vers le droit*» (F. Morin), etc., pero por este camino no se ha llegado muy lejos. Tampoco por el que emprendieron otros eximios juristas, como G. Ripert y J. Dabin, que tratan de introducir en el Derecho una valoración moral, valoración que no puede llegar a aceptarse por ser Moral y Derecho esferas normativas diferentes, por lo que, estas y otras críticas, a pesar del prestigio de sus autores no tuvieron aceptación alguna,

(46) En la que surgen no sólo «dulcinianos» y toda suerte de «*fraticelli*», sino también *falsos* teólogos, o cuando menos «*égarés*», y hasta obispos que, Dios me perdone, no se hallan a la altura de su ministerio y cuya actitud no tiene otra explicación piadosa que su falta de aptitud por causa de una evidente y defectuosa ignorancia.

(47) Pudiendo afirmarse que, durante algún tiempo, por fortuna, el ideal kantiano-burgués, aunque dependiente de un planteamiento erróneo, aceptaba implícitamente, debido a su puritanismo una amplia gama de deberes, aunque se basara en una Ética formal, mediante el recurso a la «conciencia moral», en que se basa la *crítica de la razón práctica*. Pero este sistema llevaba en sí mismo su propia destrucción, pues, como dice J. A. MARAVALL, «KANT nos hizo abandonar la realidad como inasequible al conocimiento. Y los que han tratado de aplicar su idealismo trascendente al Derecho, nos han dado de éste una visión fantasmal... cayendo en una confesada tautología: el Derecho en la norma jurídica» (*Los fundamentos del Derecho y del Estado*, Madrid, 1947, pág. 19). Pero con referencia al protestantismo, lo dicho en el texto ha de tomarse haciendo salvedad de las guerras de religión que asolan Europa durante un siglo, sin olvidar, por otra parte, que por encima de los valores críticos de LUTHER sobre el hecho religioso de su tiempo, no sobre los dogmas y sobre la disciplina, en lo que se equivocó, se hallan sus valores políticos, pues él supo atraer a los Príncipes Electores alemanes a su causa y, más que eso, contribuyó más que nadie, hasta entonces, a despertar la *conciencia* de la gran nación alemana, haciéndolo, no sólo como un hombre de acción, sino también como un hombre de pensamiento y vivió, en su conciencia, el terrible drama histórico de su época que no sólo los hombres pueden juzgar.

(48) No hay probablemente, en el pensamiento contemporáneo, una denuncia tan exacta y certera como la que hace J. ORTEGA Y GASSET de esta situación, en *La rebelión de las masas* (1930), anticipándose a otros análisis posteriores y cuyo planteamiento sobre la «etiología» del fenómeno, y muchas de sus agudas y brillantes observaciones, aún no ha perdido vigencia.

ni alcanzaron una efectividad práctica que es, a la postre, lo que interesa en el mundo del Derecho.

Sólo desde un planteamiento metodológico adecuado, como el seguido por el maestro, se pueden entender las relaciones entre Moral y Derecho y se puede establecer un criterio, como punto de partida, para plantear las cuestiones singulares que claman por la justicia. Efectivamente, según *Federico de Castro*, Moral y Derecho son dos cosas distintas, pero ellas se relacionan, se intercomunican, entre sí, mediante los principios generales del Derecho natural, decantados por la *esperienza jurídica* (como el de «*causa obligandi*», ilicitud, buena fe, culpa, etc.) (49). Una vez sentado esto, bien construido el fundamento metodológico, puede uno lanzarse, como él lo hizo, magistralmente, a la reconstrucción dogmática, por vía de su revisión crítica, de numerosos conceptos o categorías jurídicas, necesitadas de esa crítica en profundidad.

Pero ni siquiera vamos aquí a citar, al pie de la letra, estando en la memoria de todos, las obras de nuestro autor que se refieren o vienen presididas por esta preocupación fundamental, aunque sí nos parece oportuno clasificarlas en tres grupos.

Las comprendidas dentro del estudio de la *teoría general* del negocio jurídico, incluidas en su espléndida monografía sobre este tema, respecto de cuya oportunidad, no deja de expresar sus reparos, en la introducción, en cuanto categoría dogmática construida por la sólida arquitectura del pandectismo alemán del siglo XIX, monografía publicada en 1967 y que nada tiene que envidiar a las tres o cuatro más importantes producidas por la literatura jurídica europea del presente siglo. Allí encontraremos su magistral análisis del concepto de *causa*, de lo que ya me he ocupado indirectamente en otro lugar (50), o su valoración sobre el papel de la *autonomía privada*, que antecede y rebasa del propio tema, conforme a una exposición sistemática del mismo, como diremos más adelante, o el rechazo del negocio abstracto, y de la sustantividad del negocio fiduciario, en contra de las opiniones sustentadas por otros ilustres juristas, cuya doctrina, como otras muchas, ha sido acogida recientemente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (51), y así en otras materias que sería interminable enumerar.

El segundo grupo, se integra en relación con los estudios en torno a la persona jurídica, denunciando el *abuso* de la forma de la persona jurídica, sobre todo, en relación con la sociedad anónima, y estudiando los tipos y el nuevo concepto de persona jurídica, lo que ha tenido el acierto de ser recogido en un bello volumen, editado en 1981, y que va precedido de una brillante presentación de uno de sus más directos discípulos. Cuestión en la que no me

(49) *Derecho civil*, cit., I, págs. 27 y 466 y ss.

(50) «La renovación dogmática del concepto de *causa* del negocio en Emilio Betti y su recepción en la doctrina española», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 7 (1978), págs. 421 y ss.

(51) A partir de la S. de 7 de marzo de 1972, confirmada entre otras por la S. de 13 de mayo de 1983.

voy a entretener, pues hace poco he dedicado mi atención a la reconstrucción del concepto de persona jurídica, siguiendo fielmente las huellas del maestro (52).

El tercer grupo, se halla relacionado con el tema de la autonomía privada, en trabajos anteriores y posteriores a su negocio jurídico, destacan en él: su brillante estudio sobre las *condiciones generales* del contrato, y, sin duda, que también podríamos aquí comprender su estudio sobre el *precontrato*, aunque se halle animado, también, de otras preocupaciones y ya, entre los posteriores a la publicación de *El negocio jurídico*, prescindiendo de los comprendidos en el volumen, *Temas de Derecho civil* (1972), hemos de destacar los dos siguientes: *El Arbitraje y la nueva «lex mercatoria»* (1979) y el último de los publicados en vida: *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad* (La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor), 1983, pues, ambos son modélicos en su género, por lo acertado de su orientación al denunciar, en los dos, la deformación producida por el materialismo jurídico, y por la perfección de su desarrollo. A estos habría que añadir otros artículos dispersos, incluso de su primera época, como su estudio de la acción pauliana (1932), o tantas notas críticas, o comentarios de jurisprudencia, con las que nos ilustraba desde su fecundo e incansable magisterio.

3. POR UN DERECHO CIVIL DE ESPAÑA

En relación con el tema foral, todo es espinoso y difícil, aunque no se trata aquí de volver sobre el sempiterno problema foral. Se trata de otra cosa, aunque también digamos algo de la cuestión de los Derechos forales.

Habría que volver a los «propósitos» del ANUARIO DE DERECHO CIVIL, para ponderar esta cuestión, como punto de partida. Pero tampoco vamos a hacerlo. En lo que me voy a fijar es en su defensa del Código civil, cuestión a la que he aludido anteriormente, pero que se halla íntimamente relacionada con este tema. El Código civil español, como obra política y como obra jurídica, es importante, y es a lo más a que se podía haber llegado en una época como la que le vio nacer, viene a decirnos el maestro, frente a la crítica generalizada a la que anteriormente me he referido. En otras partes, también se criticó, abiertamente, la codificación civil, como en Italia respecto del Código de 1865. Pero allí había una gran ciencia jurídica, como lo muestra poco después, lo que yo mismo he calificado como el «pandectismo tardío italiano». En España, en cambio, durante la larga etapa codifi-

(52) «La evolución del concepto de persona jurídica en el Derecho español», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 11-12 (1982-1983), págs. 833 y ss.

cadora no existió nada parecido, aunque el tema, en su conjunto, salvo la magistral aportación de Federico de Castro, se halla muy mal estudiado y es poco conocido, salvo honrosas excepciones. Por ello, el maestro, quería una gran ciencia jurídica española, como se traduce claramente de la lectura de los «propósitos» del ANUARIO y uno de los motivos que legitiman esta postura se halla en que el Código civil tiene tras de sí una larga e ilustre *tradición jurídica nacional*, ocupando a partir de su promulgación el lugar —dice— que anteriormente correspondía a los viejos y venerables cuerpos de Derecho, como las *Partidas* o las *Recopilaciones*, cuyo prestigio era aceptado en todos los territorios españoles, no *ratione regis sed imperio rationis*, podemos añadir nosotros.

Desde este ángulo *metodológico* aborda el maestro, creo yo, el estudio del problema foral que, por otra parte, es el único que corresponde con la realidad histórica española. Por ello, las acusaciones de antiforalismo, de incomprensión del problema foral, efectuadas por tantos y cuantos foralistas, a las claras o *«sotto voce»*, son absolutamente infundadas. Lo que el Derecho foral haya devenido después, o pueda ser en este momento, con la Constitución y con los Estatutos de Autonomía es otro problema, al que no pretendo referirme, porque sale de la ponderación de la obra del maestro.

Centrados, pues, en aquel punto, no hay que olvidar que España es un país culturalmente muy pequeño, tampoco hay que olvidar que la llamada «cultura popular» no existe como tal, o si existe, se confunde a menudo con la etnología o con el folklore, es decir, con la *«Volkskunde»* y que nada tiene que ver con la *«Volksgeist»*, salvo en muy particulares instituciones de algunas regiones o «países» (término por el que hay que traducir o entender la voz «naciones» de que habla la Constitución, según me parece). Lo que supone, no negar los Derechos forales, sino dejarles en el lugar, por otra parte eminente que les corresponde. Todo ello porque la historia se puede interpretar de diversas maneras, ciertamente, pero lo que no se puede es escribirla de nuevo, tergiversando la realidad y haciendo con ello un mal servicio a la convivencia de los españoles (53). Por encima, además, de lo que

(53) Por eso, cuando se reacciona contra las exageraciones de los foralistas, hay que proclamar, primero, que como españoles —lo que por mi parte he hecho en reiteradas ocasiones— nos sentimos muy orgullosos de los Derechos forales, ya que, entre otras cosas, la variedad de soluciones jurídicas que ello comporta, desarrolla extraordinariamente las capacidades del jurista, lo cual no está reñido con recordar que «Castilla» perdió en el proceso de modernización del Derecho español, iniciado a comienzos del siglo XIX, sus peculiaridades jurídicas más importantes, en relación con los territorios que las han conservado, acaso porque, entre nosotros, aparte de cultivar trigo e industrias, se siguen cultivando los «universales» (!), ni tampoco con señalar que, en ese proceso de modernización, las diferencias entre los distintos Derechos españoles, se acentuaron por culpa del sistema del Derecho codificado y porque, el mantenimiento desigual, o de una serie de desigualdades en una convivencia nacional, rompió con la unidad fundamen-

pueda separar a los distintos territorios españoles, existe una tradición jurídica común, que no hay que referir a los antiguos cuerpos legales del llamado Derecho castellano, sino al *Derecho común* y, en cuanto, el más prestigioso de aquéllos, constituye una de las fuentes más preclaras de la «recepción del Derecho romano» en Europa, refiriéndome, como habrán advertido mis lectores, al *Código de las Siete Partidas*. Es en esa tradición jurídica común, aunque los textos o los autores sean castellanos o catalanes, en la que estaba pensando el maestro cuando exhortaba a reanudar la tradición de la escuela jurídica española (54). Por otra parte, los más modernos estudios sobre la historia del Derecho privado de la Edad Moderna, dan la razón al maestro, al haberse cuantificado por la más rigurosa investigación científica la reducida importancia que tuvieron, en toda Europa, los Derechos territoriales particulares frente al Derecho común, cualquiera que fuera la fórmula concreta de su introducción, remitiéndome en este sentido a los trabajos realizados, durante los últimos años, por el *Institut für Privatrechtsgeschichte* del *Max Planks* de Frankfurt am Main. Lo que no deja de ser lógico, metodológicamente hablando, si se tiene en cuenta que, antes de la codificación, el sistema jurídico correspondía al modelo de un verdadero «Derecho jurisprudencial» que es algo que, no hay que confundir, con un sistema jurídico de «Derecho judicial» (55). Con independencia de lo que, en la realidad, pueda pasar en la evolución futura de este problema, pues, la ciencia del Derecho no es una «*zukunswissenschaft*» (ciencia del futuro).

Por lo demás, el «*encouragement*» por un Derecho civil de España, excede de este tema y a ello sirvió el maestro con denodada ejemplaridad. Dice el salmista que el premio del justo son los hijos, pues bien, el premio del científico son los discípulos. Nadie tendrá tantos discípulos como Federico de Castro en el mundo del Derecho, discípulos de su persona y de su obra, no sólo en la Universidad, sino también en el Notariado, en la Magistratura, o en la Abogacía. Seguramente, porque nadie ha hecho tanto como él, durante los últimos cuarenta años, por el Derecho civil de España, como muestran sus trabajos, su docencia, la dirección del ANUARIO, los seminarios de los miércoles, y tantos y cuantos consejos, orientaciones y alientos, cuando era necesario, como él

tal de la «*communis opinio*» que se asentaba, por igual, en la misma tradición: la del Derecho común, apoyada por el Derecho natural. El hablar de «fueros sí, pero para todos», no tiene nada que ver con el tema de los Derechos forales, sino con la forma de Estado, cuestión que es bien diferente.

(54) Por eso, recordará F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, la conocida afirmación de CASAREGIS, según la cual: «*vulgariter loquendo per ius commune semper intelligitur quoque omnis doctorum interpretatio*» (págs. 64-74).

(55) Sobre esto he insistido, nuevamente, en «El sistema del *Common Law* desde la perspectiva jurídica española», en *Revista de Derecho Privado*, 1983, págs. 323 y ss.

supo dar, ya que no basta predicar con la palabra, hay que predicar con el ejemplo, con las obras, con una dedicación constante y sincera, sin tratar de crear apariencias que puedan confundir o engañar, cuando menos a los poco avisados (56), como tantos falsos maestros que este país, por desgracia, ha producido y que seguirá, en el futuro, produciendo, aunque se hallen situados «*in partibus infidelibus*».

También habría que hablar de la atención prestada por Federico de Castro al Derecho de la persona, primer tratado institucional del Derecho civil y comprendido en la Parte General en el plan de estudios vigente, puesto que él ha sido uno de los renovadores de la importancia del derecho de la persona, en nuestros días, pero no voy a hacerlo por falta de tiempo, con la esperanza de que, alguno de sus discípulos más directos, se ocupe del tema y, también, porque ya he determinado, previamente que sólo me iba a ocupar de algunas de las ideas fundamentales de su pensamiento, no de todas.

(56) Por ello, en el frontispicio de mi *Derecho civil*, cit. I-1, si es que los libros tienen frontispicio, recuerdo la frase evangélica: «*Nolite iudicare secundum facies, sed iustum iudicium iudicare*» (S. Juan, 7,24).

Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte (*)

Por A. FERNANDO PANTALEON PRIETO

Departamento de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid

La estructura que daremos a las reflexiones que siguen es, a lo que se nos alcanza, desconocida en los trabajos jurídicos españoles. Se adopta una estructura de diálogo entre dos juristas imaginarios (PRIMUS y SECUNDUS) que discutirán entre sí sobre un caso sencillo, tam-

(*) *Bibliografía. España:* Por un lado, DE CASTRO, *La indemnización por causa de muerte (Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, A. D. C. 1956, págs. 449 ss., y *Temas de Derecho Civil*, Madrid 1972, págs. 10 ss.; Díez PICAZO, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, I, Madrid 1973, págs. 299 s.; GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid 1966, págs. 498 ss.; Díez PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid 1981, pág. 366, y II, Madrid 1983, páginas 624 s.; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II, Barcelona 1977, págs. 216 s.; LACRUZ y SANCHEO, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona 1971, páginas 47 s.; SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Madrid 1981, págs. 310 ss. (Pero, del mismo autor, véase también *La reforma del Seguro del Automóvil: repercusión en la reforma de la Ley 5/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro*, R. D. Pr., 1983, pág. 998). Por otro lado: ALONSO PRIETO, *Estudios de Derecho Judicial de la Circulación*, Gijón 1972, págs. 137 ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho de la persona*, Madrid 1976, págs. 202 s.; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, II, Barcelona 1972, págs. 591 ss.; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español*, Pamplona 1972, págs. 352 ss.; GÓMEZ ORBANEJA, *La acción civil de delito*, R. D. Pr., 1949, págs. 196 s.; RAJOY SOBREDO, *Doctrina del Tribunal Supremo sobre la titularidad del derecho de resarcimiento por la muerte de una persona*, R. D. Jud. 1973, págs. 36 s.; ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid 1976, págs. 117 ss.; SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *Derechos y acciones del perjudicado en los casos de responsabilidad civil por accidente mortal*, R. D. Circ., 1973, págs. 1 ss., 107 ss. y 215 ss.; SOTO NIETO, *La responsabilidad civil en el accidente automovilístico. Responsabilidad objetiva*, Madrid 1972, págs. 423 ss. Además: ALBALADEJO, *Derecho Civil*, V. I, Barcelona 1979, pág. 31; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, II, 3, Barcelona 1983, págs. 194 ss. y V. 1, Barcelona 1975, págs. 55 ss.; DE ANGEL YAGÜEZ, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Deusto 1978, págs. 123 s., y BORRELL MACÍA, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, Barcelona 1958, págs. 329 ss.

— *Francia:* Por un lado, H., L. y J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, II, París 1970, págs. 1119 ss. Por otro lado: SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en Droit français*, II,

bién imaginario, de indemnización por causa de muerte. Considero esta forma de exposición muy apropiada al tema que nos ocupa por las siguientes razones: a) Se trata de una cuestión —como puede compro-

París 1951, págs. 107 ss. y *L'appartenance des actions en responsabilité civile nées d'un préjudice mortel au temps des accidents industriels et routiers*, en «*Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts*», Fettsgabe für Karl Oftinger, Zürich 1969, págs. 237 ss.; ESMEIN, *Planiol-Ripert/Traité pratique de Droit civil français*, VI, París 1956, págs. 756 ss., y 923 ss.; L. E. ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, París 1977, págs. 121 ss. Además: CARBONNIER, *Droit civil*, IV, París 1976, páginas 328 ss. y LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, París 1976, págs. 72 ss.

— Italia: Por un lado: CARNELUTTI, *Natura del diritto dei superstiti nella legge sugli infortuni*, Riv. dir. comm. 1914, págs. 404 ss. e *Infortuni sul lavoro*, II, Roma 1914, págs. 126 ss.; PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, II-4, Padova 1940, págs. 125 ss.; MONTEL, *Problemi della responsabilità e del danno*, Torino 1952, págs. 1 ss.; *Ancora a proposito di danni da uccisione*, Riv. dir. comm. 1956, II, págs. 301 ss. y *Ancora una volta a proposito di danni da uccisione (su una pretesa retroattività... della morte)*, Giust. civ. 1960, I, pág. 1861; CARIOTTA FERRARA, *Il momento della morte è fuori della vita?*, Riv. dir. civ. 1961, I, páginas 134 ss. y *Le successioni per causa di morte*, Napoli 1977, págs. 364 ss.; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano 1979, páginas 94 ss. y 123 ss. Por otro lado: SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, Riv. dir. civ. 1957, I, págs. 321 ss.; RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano 1962, págs. 193 ss.; GENTILE, *Danno alla persona*, en «*Enc. del diritto*», XI, Milano 1962, págs. 669 ss.; BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano 1964, págs. 96 ss.; LAGOSTENA BASSI y L. RUBINI, *La liquidazione del danno*, II, Milano 1977, págs. 297 ss.; BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano 1983, págs. 457 ss. Además: VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padova 1967, págs. 200 s. y 691 ss.; PERLINGERI, *Codice Civile anotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, Torino 1980, págs. 1598 s. y 1750, y VITA DE GIORGI, *Danno alla persona*, Riv. dir. civ. 1982, II, págs. 463 s.

— Alemania: Por un lado: WEIMAR, *Die Bemessung des Schmerzensgeldes beim Ableben des Verkehrspfers*, MDR 1960, págs. 816 s. y *Der Schmerzensgeldanspruch des nach Unfall verstorbenen Verkehrspfer*, MDR 1966, págs. 297 s.; MERTENS, *Münchener Kommentar zum BGB*, III-2.º, München 1980, págs. 1611 y 1617. Por otro lado: EYLMANN, *Die Bemessung des Schmerzensgeldes bei nachträglichen Tod des Verletzten*, MDR 1961, págs. 727 ss.; WUSSOW, *Das Unfallhaftpflichtrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München 1969, pág. 530; THOMAS, *Palandt BGB Kurzkomentar*, München 1983, pág. 934. Poco claro: LANGE, *Schadensersatz*, Tübingen 1979, pág. 209. Además: DREES, *Erman BGB Handkommentar*, I, Bielefeld 1975, págs. 2126 s. y 2282 ss.; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, Berlín-New York 1976, págs. 630 y 694 s.; LANGE, *op. cit.*, págs. 207 s.; WEYERS, *Esser/Schuldrecht*, II-2.º, Heidelberg 1980, págs. 205 ss.; MERTENS, *op. cit.*, págs. 1588 ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, München 1981, págs. 678 ss. y THOMAS, *op. cit.*, págs. 928 ss.

— Inglaterra y países de la Commonwealth: MELLOWS, *The Law of Succession*, London 1973, págs. 346 ss.; ROGERS, *Winfield & Jolowicz on Tort*, London 1979, págs. 530 ss. y 601 ss.; ATIYAH, *Accidents, Compensation and the Law*, London 1982, págs. 83 ss. y 91 s. 181 ss.; FLEMING, *The Law of Torts*, Sidney 1983, págs. 624 ss.

— Estados Unidos: HARPER & James, *The Law of Torts*, II, Boston-Toronto 1956, págs. 1284 ss. y 1328 ss.; FLEMING, *The Lost Years. A Problem in the Computation and Distribution of Damages*, California L. Rev. 1962, págs. 598 ss.; SPEISER, *Recovery for Wrongful Death*, Rochester N. Y. 1966; PROSSER, *Law of Torts*, St. Paul Minn. 1971, págs. 898 ss.

— Suiza: BECKER, *Berner Kommentar*, VI-1.º, Bern 1941, págs. 248 ss. y 256 ss.; OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, I, Zürich 1958, págs. 201 ss.; DESCHENAUX y TERCIER, *La responsabilité civile*, Berne 1975, págs. 228 ss.

— Austria: KAPFER, *Kapfer ABGB*, Wien 1972, págs. 1347 ss.; KOZIOL y WESLER, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Wien 1983, pág. 335.

barse con una simple lectura de la bibliografía al respecto— esencialmente polémica, con posiciones radicalmente enfrentadas entre sí; lo que la hace singularmente apta para ser expuesta con claridad en forma dialogada. b) La discusión doctrinal sobre la misma es extraordinariamente complicada y, en bastantes ocasiones, confusa; se suceden argumentos y contraargumentos que los retuercen, en una línea muy susceptible de caer en logomaquias. c) Finalmente, y sobre todo, porque quien escribe estas líneas, tras reflexionar detenidamente sobre los problemas implicados, no se atreve a afirmar que una u otra de las soluciones posibles, le parece, sin duda, más acertada.

El caso sobre el que discutirán nuestros imaginarios juristas es el siguiente: A causa de un accidente de que un tercero es responsable, José resulta gravemente herido, falleciendo un mes después, a consecuencia de las lesiones sufridas, tras frustrados intentos de curación. José, que trabajaba como profesional libre, estaba casado en régimen de separación de bienes, y vivía en buenos términos afectivos con su mujer, María, quien se dedicaba exclusivamente a las tareas domésticas. José murió sin haber hecho testamento. José y María no tenían hijos y aquél carecía de otros parientes próximos.

Hemos elegido, como se ve, un caso muy simple, para evitar oscurecer el núcleo esencial de la polémica con otras cuestiones colaterales: Por ejemplo, caso de estar sometidos los cónyuges al régimen de

— *Portugal*: Por un lado: VAZ SERRA, *Notas jurisprudenciales*, en *Rev. Leg. Jurisp.*, núm. 103, págs. 172 ss., núm. 105, págs. 63 s., núm. 107, págs. 140 ss. y núm. 109, págs. 44 s.; PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Coimbra 1974, págs. 61 ss.; LEITE CAMPOS, *A indemnização do dano da morte*, Bol. Fac. Dir. Univ. Coimbra 1974, págs. 247 ss.; GALVAO TELLES, *Direito das Sucessões (Noções fundamentais)*, Lisboa 1980, págs. 73 ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, Lisboa 1980, págs. 289 ss. Por otro lado: ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, Coimbra 1978, págs. 489 ss.; ASCENSAO *Direito Civil, Sucessões*, Coimbra 1981, págs. 45 ss. Además: ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Coimbra 1979, pág. 397, nota 1; PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, I, Coimbra 1982, págs. 473 s.

En fin, una buena exposición general del Derecho comparado, aunque necesitada de puesta al día, en MCGREGOR, *Personal Injury and Death*, en «*International Encyclopedia of Comparative Law*», XI-9.º, Tübingen-The Hague-Paris-New York 1972, págs. 80 ss.

Jurisprudencia de la Sala de lo Civil: SS. de 19 febrero 1902, 13 noviembre y 20 diciembre 1930, 8 abril 1936, 8 enero 1946, 17 febrero 1956, 25 febrero 1963, 7 diciembre 1968, 9 junio y 25 noviembre 1969, 20 enero y 24 noviembre 1970, 29 noviembre 1976, 1 julio 1981 y 4 de mayo 1983.

Jurisprudencia de la Sala de lo Penal: SS. de 30 noviembre 1932, 4 marzo 1944, 15 diciembre 1947, 23 enero 1948, 18 enero y 5 y 23 junio 1952, 27 noviembre 1954, 15 marzo 1955, 23 junio 1956, 12 noviembre 1957, 24 mayo 1960, 29 septiembre 1961, 18 marzo y 30 junio 1965, 6 julio 1967, 28 febrero 1968, 19 mayo y 19 diciembre 1969, 12 junio 1970, 16 marzo y 17 diciembre 1971, 10 febrero, 31 mayo y 5, 9 y 16 junio 1972, 1 febrero 1974, 16 enero, 23 septiembre y 22 octubre 1975, 31 enero 1976, 29 enero 1977, 13 marzo y 12 mayo 1978, 22 junio y 2 julio 1979, 18 y 23 enero 1980, 13 junio, 20 octubre y 12 noviembre 1981, 20 abril y 20 diciembre 1982.

Jurisprudencia de las Sala de lo Contencioso-Administrativo: SS. de 28 enero 1972, 16 noviembre 1974, 12 marzo 1975, 9 junio 1976, 21 abril y 26 septiembre 1977, 18 marzo y 4 y 31 octubre 1978, 15 noviembre y 13 diciembre 1979, 18 febrero 1980 y 18 enero, 30 marzo y 3 diciembre 1982.

gananciales, la indemnización por los ingresos netos que José podría haber obtenido con el ejercicio de su profesión en el período de un mes mediante entre la lesión mortal y el fallecimiento ¿sería un bien privativo —arg. art. 1.346.3 C. c.— o un bien ganancial —arg. art. 1.347.1 C. c.—?. Dicho esto, pasemos al diálogo.

PRIMUS: Resumiré ante todo, para centrar el debate, los puntos en que creo que podemos estar de acuerdo:

(I) María, como persona económicamente dependiente de José, y ligada a él por sólidos vínculos afectivos, puede reclamar *iure proprio* indemnización por los daños y perjuicios patrimoniales y morales que la muerte de aquél le haya causado personalmente.

(II) Puede reclamar también indemnización por los gastos de entierro y funeral que, como cargas hereditarias que son, María normalmente habrá sufragado como heredera abintestato de José. Pero observa —porque es fácil confundirse— que si María está legitimada para reclamar indemnización por dichos gastos es en razón de que los ha satisfecho efectivamente (esto es, *iure proprio*), y no por el hecho en sí de ser heredera de José (esto es, no *iure hereditatis*: evidentemente dichos gastos surgen con posterioridad a la muerte). Es el efectivo pago de los mismos, y no su condición de heredera de José, lo que María tiene que probar al efecto.

(III) Ahora sí, en y por su condición de heredera abintestato de José (esto es, *iure hereditatis* y probando tal condición), puede reclamar María indemnización por los gastos de ambulancia, médico-farmacéuticos, de hospital, etc., derivados del frustrado intento de curación de aquél; así como los ingresos netos que José podría haber obtenido en el ejercicio de su profesión *en el período de un mes mediante entre la lesión mortal y su fallecimiento*.

(IV) Si admitimos que los créditos de resarcimiento de los daños no patrimoniales son transmisibles *mortis causa*, María podrá reclamar también, *iure hereditatis*, indemnización por los perjuicios morales (dolor psicofísico producido por las heridas, intervenciones quirúrgicas, etc.; angustia de ver su muerte próxima, privación de alegrías y felicidad...), que José sufrió *en el período de un mes mediante entre la lesión mortal y su fallecimiento*.

(V) Creo, en fin, que podemos estar de acuerdo en que, si la muerte de José hubiese sido instantánea, no existirían las indemnizaciones descritas en los apartados III y IV, ya que, por hipótesis, no existirían los daños en ellos relacionados.

SECUNDUS: Estoy plenamente de acuerdo con lo que has dicho en los apartados I y III. El apartado II, sin embargo, me plantea serias dudas. Porque, dado que José tenía que morir tarde o temprano, los gastos de su entierro y funeral tendrían igualmente que haber sido afrontados tarde o temprano. Lo lógico parece, por tanto, como regla general, que se indemnicen exclusivamente los intereses de dichas sumas por el tiempo previsible en que han sido anticipadas. Regla general que tendría dos excepciones: habría que indemnizar los gastos y no los intereses a) cuando éstos, por ser la víctima muy joven, superasen a

aquéllos en cuantía, y b) cuando el heredero que reclama indemnización por este concepto, por ser de mayor edad que la víctima o por cualquier otra razón, no era previsible que la hubiese sobrevivido de no haber ocurrido el accidente mortal; pues entonces los citados gastos de entierro y funeral, que tarde o temprano hubieran tenido que ser afrontados, no hubiesen estado a su cargo, como lo han estado efectivamente a consecuencia de la muerte anticipada de aquélla.

Por lo que respecta al apartado III, dices: «Si admitimos que los créditos de resarcimiento de los daños no patrimoniales son transmisibles *mortis causa...*». A mí tal transmisibilidad me parece evidente por tres razones: a) Según el artículo 1.112 C. c.: «Todos los derechos adquiridos en virtud de obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario». Por tanto, no habiendo disposición legal alguna que prohíba la transmisibilidad activa que nos ocupa, la misma debe ser afirmada. b) Según el artículo 105 Código penal: «La acción para repetir... la indemnización... se transmite a los herederos del perjudicado». Y dicho precepto no hace distinción alguna entre perjuicios materiales y morales, contemplados ambos en el artículo 104 del mismo Código penal. c) La indemnización por daños no patrimoniales tiene, junto a la compensatoria, una función punitiva; de castigo al civilmente responsable. Y no tendría sentido que precisamente el hecho de que la lesión que ha causado haya conducido a la muerte de su víctima sirviese para eximirse de tal pena.

Por lo que se refiere, en fin, al apartado V, estoy en lo sustancial de acuerdo con lo que dices; pero conviene precisar un poco la terminología porque en esta materia —la discusión doctrinal así lo prueba— es muy fácil caer en logomaquias. La expresión «muerte instantánea», por ejemplo, puede generar confusión. Por hipótesis toda muerte es instantánea: la muerte es precisamente el instante en que un sujeto deja de estar vivo. Como es lógicamente imposible estar vivo y muerto a la vez, la muerte es obviamente un instante, ciertamente situado en el tiempo, pero no un intervalo de tiempo (cosa completamente diferente es que dicho instante sea o no determinable con exactitud; hace falta para ello, ante todo, que la ciencia médica se ponga de acuerdo sobre los datos definitorios de la muerte). Naturalmente, entiendo lo que quieres decir con «muerte instantánea». Te refieres —como el hombre medio que utiliza esa expresión— al caso en que no existe un intervalo de tiempo entre la lesión mortal y la muerte. Pero, así planteada la cuestión, yo creo que debe afirmarse que no hay muertes absolutamente instantáneas; que siempre hay un intervalo de tiempo, por pequeño que éste sea, entre la lesión mortal y la muerte. Sé que hay casos —aunque ciertamente no son los normales— en que ello puede parecer discutible (muerte de un sujeto al caerle en la cabeza una piedra de gran peso; por una violenta explosión que la destroza por completo; en la guillotina, etc.); pero, en la duda (y duda existirá prácticamente siempre), parece que hay que inclinarse por lo más probable, esto es, porque aquel intervalo existe.

Nada de esto, sin embargo, me impide, repito, estar de acuerdo

contigo. Porque en los casos de muerte (prácticamente) instantánea dicho intervalo de tiempo, por lo que respecta a las indemnizaciones contempladas en los apartados III y IV, puede despreciarse, ya que no pueden madurar en él daños patrimoniales o morales cuantitativamente significativos (especialmente si durante sus breves instantes de vida la víctima permanece inconsciente). Y si me he extendido en todo lo anterior es sólo porque, como bien sabes, algunos juristas —no es tu caso— habrían enunciado el apartado V de la siguiente forma: Si la muerte de José hubiese sido instantánea no existiría la indemnización prevista en los apartados III y IV, ya que, *por coincidir evento lesivo y extinción de la personalidad jurídica de la víctima, no habrían podido nacer en el patrimonio de ésta créditos resarcitorios* que pudiesen transmitirse *mortis causa* a sus herederos. Argumentación que, pese a la coincidencia de resultados en este punto, me parece claramente errónea.

Pero donde reside el núcleo esencial de mi desacuerdo contigo es...

PRIMUS: Permíteme, antes de expresarlo, que conteste brevemente a lo que llevas dicho hasta aquí. Tus posiciones sobre la indemnización por los gastos de entierro y funeral son, en el terreno de los principios y prescindiendo de algunos detalles de gusto macabro (en caso de muerte de un niño, ¿habría que descontar de la indemnización el ahorro que ha supuesto el menor tamaño del ataúd y el nicho?), bastante lógica. Pero creo que es éste uno de esos casos en que la solución lógica en el terreno de los principios es claramente poco operativa en la práctica. Las complicaciones que la misma conlleva no quedan compensadas, seguramente, por las pequeñas diferencias en el *quantum* del resarcimiento global que a la postre resultarían en los casos normales.

Y en tema de transmisibilidad *mortis causa* de los créditos de resarcimiento de los daños no patrimoniales opino lo siguiente: La tercera de las razones que das a favor de dicha transmisibilidad no me parece en absoluto convincente, ya que: a) Aun admitiendo, en pura línea de hipótesis, que la indemnización por daños morales tuviese una finalidad punitiva, se trataría de una pena privada; y, si no me equivoco, tal tipo de pena se diferencia de la pena pública en que, mientras la función primaria de ésta es la prevención de las conductas antisociales, en aquélla pasa a primer plano la función «satisfactiva» o de «aplacamiento del sentimiento de venganza del dañado». Sentimiento de venganza y deseo de vindicación que, parece sensato, han de morir con la víctima. A no ser, claro está, que quiera llevarse a extremos poco razonables la ficción de continuidad por el heredero de la personalidad del difunto (como lo hace —así lo ha puesto de manifiesto la doctrina penal dominante— el artículo 466 del Código penal: «Podrán ejercitar la acción de calumnia o injuria los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos del agraviado difunto, siempre que la calumnia o injuria transcendiere a ellos, y *en todo caso el heredero*»). Precepto éste que, dicho sea de paso, me parece principalmente contradictorio con el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, Intimidación Personal y Propia Imagen: «Cuando el titular del derecho lesionado *fallezca sin haber podido*

ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo 4»).

Me viene a la mente, en esta línea, el artículo 653.1 del Código civil («No se transmitirá esta acción —la de revocación de donaciones por ingratitud— a los herederos del donante, si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado») y el comentario de García Goyena a su antecedente (el artículo 969) en el Proyecto isabelino: «La revocación por ingratitud encierra en pura plata una venganza de la injuria; *ad vindictam tendit, non damnum aliquod persequitur*, y la acción de injurias no se da a los herederos del injuriado...».

SECUNDUS: Sí, pero también es cierto que un poco más abajo García Goyena, comentando la expresión «Si éste, pudiendo, etc.», escribió: «Tal vez el donador haya muerto ignorando la injuria o, *herido mortalmente por el donatario, haya muerto de la herida*. En ambos casos no pudo ejercitar la acción, y de consiguiente podrán hacerlo sus herederos». La excepción subrayada es plenamente trasladable analógicamente al caso que nos ocupa.

PRIMUS: Acepto lo que dices, aunque observa que, con base en ello, tu argumento no vale para defender la general transmisibilidad *mortis causa* de los créditos de indemnización por daños no patrimoniales, sino, a lo más, para defenderla exclusivamente en los casos en que el dañado no pudo ejercitarlos antes de su muerte.

Pero es que, a mi juicio, todo lo anterior no es relevante aquí porque —y retomo con ello el hilo de mi exposición: b) Creo firmemente que la indemnización por daños morales, al igual que la indemnización por daños patrimoniales, no tiene función punitiva alguna. Si la tuviera serían inexplicables, tanto su *asegurabilidad* (¿acaso iba a permitir el ordenamiento que se torpedease de forma tan flagrante la pretendida función punitiva de sus instituciones?), como su *transmisibilidad pasiva* (¿acaso hay que castigar a los herederos del dañante? Ve el artículo 653.2), como su *no proporcionalidad al grado de culpa del dañante*. (Sé muy bien que algunos autores y alguna sentencia de nuestro Tribunal Supremo han afirmado lo contrario; pero el criterio del legislador al respecto parece claro tras la promulgación de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 antes citada: «La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida...» (art. 9.3). Observa que el precepto habla de la gravedad de la lesión y no de la gravedad de la conducta del autor de la misma, ni de su mayor o menor grado de culpa —aunque sea cierto, y ello podría justificar la jurisprudencia a que me he referido, que una lesión intencional, p. e., es tendencialmente más grave que una no intencional en cuanto revela el absoluto desprecio de su autor para los bienes personales del lesionado. Y no creo, en fin, que haya sido voluntad del legislador —que se ha referido expresamente a la gravedad de la lesión— permitir la entrada de la proporcionalidad al grado de culpa por la referencia genérica a las «circunstancias del caso»). Además, si se aceptase la citada función

punitiva, ¿no se estaría violando el principio del *non bis in idem* en los casos de responsabilidad civil derivada de delito?; o, aún más, ¿no sería inconstitucional (art. 24 C. E.: presunción de inocencia) la presunción de culpa del causante del daño establecida legalmente, p. e., en el artículo 1.903 y extendida jurisprudencialmente a todos los supuestos de responsabilidad civil extracontractual?

La anterior, por lo que se refiere —como dije— a la tercera de las razones que diste en favor de la transmisibilidad activa *mortis causa* de la obligación de resarcimiento de los daños no patrimoniales. Mucho más sólidos desde luego, aunque a mi juicio no totalmente decisivos, son los argumentos normativos que ofreces: el basado en el artículo 105 del Código penal se asienta únicamente en el silencio del texto legal; y el derivado del artículo 1.112 Código civil podría contestarse indicando que dicho precepto se aplica únicamente a las obligaciones derivadas de contrato, como lo prueba su inciso final: «si no se hubiese pactado lo contrario». (Recuerda la interpretación jurisprudencial del artículo 1.137 Código civil). Así, pues, sin discrepar abiertamente de tus posturas, me limitaré a explicarte el por qué de mis dudas. Parece evidente que lo decisivo a la hora de juzgar la transmisibilidad o intransmisibilidad activa *mortis causa* de una determinada obligación es si la necesidad económica o social que la prestación objeto de la misma está destinada a satisfacer se puede considerar o no exclusivamente ligada a la persona de un determinado acreedor. Si la respuesta es que no, la transmisibilidad debe afirmarse (otra cosa violaría, a mi juicio, el artículo 33 C. E. en cuanto reconoce el derecho a la herencia). Pero, ¿no se ha dicho siempre —prescindiendo de la idea de castigo antes rechazada— que lo que se trata de lograr con la indemnización de los daños morales es dotar al lesionado de medios económicos suficientes con los que proporcionarse alegrías y satisfacciones suplementarias que le compensen de algún modo los dolores y sufrimientos que el dañante le ha causado? ¿No se trata, por tanto, de una necesidad claramente inherente a la persona del dañado/acreedor? Es esto, a mi entender, lo que se haya en el trasfondo de las opiniones de un amplio sector doctrinal que, no con mucha corrección técnica, afirma que la transmisibilidad activa *mortis causa* del crédito de resarcimiento de los daños no patrimoniales supondría un «enriquecimiento injustificado» para los herederos del lesionado; «enriquecimiento injustificado» que, por razones obvias, no se visualiza por lo que respecta a los daños patrimoniales: Si no hubiera que haber pagado los gastos médico-farmacéuticos, o si José hubiera podido trabajar durante el mes mediante entre la lesión mortal y el fallecimiento, cantidades equivalentes de dinero seguirían existiendo en el caudal relicto a disposición de los herederos.

Pero creo que conviene entrar ya en nuestro punto fundamental de desacuerdo.

SECUNDUS: Permíteme primero hacer una reflexión muy breve sobre el tema que acabas de tratar. ¿No te parece injusto que el hecho de que el dañante (que normalmente estará asegurado) tenga o no

(¿«enriqueciéndose injustamente» él o su aseguradora?) que pagar la indemnización por los daños no patrimoniales, y el hecho de que los herederos de la víctima reciban o no el montante de esa indemnización (al fin y al cabo, sea cuál sea la función normativa de dicho resarcimiento, lo cierto es que, una vez recibido el dinero, el dañado puede hacer con él lo que le plazca, incluso ahorrarlo) se hagan depender de la circunstancia de que el lesionado haya tardado más o menos en hacer efectivo su crédito y haya muerto en el entretanto (sobre todo si ha muerto precisamente a consecuencia de la lesión)?.

PRIMUS: Hombre, te podría contestar que también me parece injusto que un día antes de transcurrir un determinado plazo de prescripción extintiva o de caducidad un derecho, acción o facultad sigan vivos y que un día después mueran. El tiempo juega en el Derecho malas (y buenas) pasadas... Pero, yendo al fondo del problema, lo más que yo vería claramente injusto es que la extinción por muerte del crédito resarcitorio por daño no patrimonial ocurriera cuando la víctima, queriendo hacerlo, no han podido razonablemente ejercitarlo entre el momento de la lesión y el del fallecimiento. Razonable me parecería incluso, admitir la transmisibilidad activa *mortis causa* si el dañado ha manifestado de forma fehaciente antes de morir su voluntad de reclamar la correspondiente indemnización (legando, por ejemplo, el crédito en su testamento). Pero todo ello puede configurarse como excepción a una regla general de intransmisibilidad activa. Una regla general de transmisibilidad me sigue pareciendo dudosa, tanto en razón de la función del resarcimiento de los daños no patrimoniales, como en base a la siguiente reflexión de política del Derecho: Creo sinceramente que, conforme se consolida el proceso de «socialización del riesgo», el resarcimiento de los daños morales se convierte en un lujo que difícilmente podemos permitirnos por motivos «presupuestarios». Y ello, tanto si concebimos un sistema ideal —como el vigente en Nueva Zelanda— en que el Estado se hace cargo de la indemnización de todos los daños a las personas, como en un sistema de seguros privados: las primas —y por tanto las indemnizaciones— las pagan todos los asegurados, no sólo el causante del daño. Como ha escrito un autor francés, partidario de un sistema de seguro obligatorio en materia de accidentes de circulación: «Cuando alguien resulta herido en un accidente, dos cosas son esenciales para él y su familia: que sean cubiertos de inmediato los costes médicos, farmacéuticos, hospitalarios y de reeducación personal y profesional, así como los gastos accesorios que el accidente haya podido causarle, y que se le mantenga su nivel de salario o de ingresos profesionales... Darle además una cantidad por el hecho de que ha sufrido o porque quedará con una cicatriz, es muy amable por nuestra parte, es posible si a los automovilistas les apetece pagar primas bastante altas, pero no es lo esencial». Yo dudo mucho que, si las indemnizaciones que a nuestros Tribunales concediesen no fueran tan exiguas, los automovilistas o los consumidores en general (que pagan, al adquirir los productos, las primas del seguro de responsabilidad de las empresas que integran el ciclo productivo) fuesen muy favorables a la

indemnización de los daños no patrimoniales. Y si esto es así respecto a la indemnización misma de dichos daños a la propia víctima, ¿qué decir cuando quien la reclama son los herederos de aquélla?

Pero todo lo anterior nos aleja demasiado de nuestro tema central de polémica. ¿Pasamos por fin a él?

SECUNDUS: Muy bien. Yo sostengo que José, por el hecho mismo de su muerte, ha sufrido un daño en virtud del cual ha nacido en su patrimonio un crédito resarcitorio que se ha transmitido *mortis causa* a su heredera María. María podrá por tanto, reclamar además *iure hereditatis* indemnización por el citado daño.

PRIMUS: Vamos por partes. Cuando dices que por el hecho mismo de su muerte José ha sufrido un daño, ¿a qué daño te refieres?: ¿A la privación en sí del bien jurídico *vida* o a la privación tanto de las futuras alegrías y felicidad, como de los futuros incrementos de patrimonio que el tiempo probable que aún le quedaba por vivir hubiese deparado al difunto?

Porque si te refieres a esto segundo (así se ha planteado la cuestión en la jurisprudencia inglesa) la refutación parece sencilla. Supongo que estarás de acuerdo conmigo —contra una corriente doctrinal que hoy parece superada— que el supuesto de hecho de las normas de responsabilidad civil extracontractual no está completo (y no surge por tanto el crédito resarcitorio) hasta que el daño a indemnizar se ha producido. Pues bien, creo que es muy claro que *el daño/lucro cesante no se produce ya en el momento en que se destruye uno de los presupuestos fácticos de la actividad generadora del lucro, haciendo ésta imposible, sino cuando —y sólo cuando— dicha actividad, de no haber destruido el hecho lesivo aquel presupuesto, se hubiese efectivamente realizado*. Para probarlo, basta recurrir a un ejemplo sencillo. Sea Luis un famoso bailarín que tiene concertada una importante y lucrativa actuación el día 6 de febrero. El día 3, por un accidente del que Pedro es responsable, resulta rota una pierna de Luis, quien es claro que ya no podrá actuar el día 6. Pero el día 4, y sin que ello tenga ninguna relación con la herida de la pierna, Luis contrae una grave enfermedad que le hubiese impedido igualmente actuar aunque su pierna estuviese bien. A mí me parece evidente que Pedro no tiene que indemnizar a Luis el lucro cesante que le ha supuesto no poder actuar. Y, sin embargo, si se mantuviese la tesis de que el crédito de resarcimiento del lucro cesante nació a favor de Luis el día 3 de febrero esa sensata solución sería muy difícilmente justificable. Por la misma razón que en ningún ordenamiento comparado (aunque sí algunos autores que llevan el concepto del daño de la *Differenztheorie* a sus últimas consecuencias) se admite que un sujeto que es responsable de la ruptura de un cristal de otro pueda exonerarse demostrando que, de no haberlo roto él, lo hubiera hecho con toda seguridad una violenta explosión fortuita ocurrida poco tiempo después que destruyó todos los cristales de la manzana: El crédito de resarcimiento ha nacido ya en el patrimonio del dañado y no puede verse afectado por acontecimientos posteriores que hubiesen hipotéticamente lesionado el mismo interés; de

otra forma el dañado soportaría injustificadamente, tras el hecho dañoso y hasta el momento del pago de la indemnización, un doble riesgo: el riesgo del crédito resarcitorio (posible insolvencia del dañante) y, por paradójico que parezca, el riesgo de la cosa (todos los acontecimientos fortuitos posteriores que habrían roto el cristal de no estarlo ya, estarían a su cargo en cuanto exonerarían la dañante de su obligación de indemnizar). En resumen: la solución que parece justa en el ejemplo del bailarín antes propuesto sólo es técnicamente defendible si se mantiene que el crédito resarcitorio no nació a favor de Luis el día 3 de febrero, sino que hubiese nacido el día 6 de no haber mediado la enfermedad de aquél. En efecto, así las cosas, nos encontraríamos ante un caso de causalidad concurrente que, por ser fortuita —o imputable al dañado— una de las causas que por sí sola hubiera producido el daño de que se trata, debe conducir a la absolución. (Si, por el contrario, la enfermedad de Luis hubiese sido imputable a un tercero, Pedro hubiera tenido que responder; pues con su conducta habría impedido que naciese un crédito resarcitorio por el lucro cesante de que trata en favor de Luis y contra el citado tercero).

Ahora bien, si lo anterior es cierto, si es cierto que el daño/lucro cesante no se produce cuando se destruye uno de los presupuestos fácticos de la actividad generadora del lucro, sino sólo cuando dicha actividad, de no haberse destruido aquel presupuesto por el hecho lesivo, se hubiese efectivamente realizado, es evidente que, volviendo al tema que nos ocupa, no pueden haber nacido en el patrimonio de José (ni consiguientemente haberse transmitido *mortis causa* a sus herederos) créditos resarcitorios por la pérdida de los futuros incrementos patrimoniales que el tiempo probable que aún le quedaba por vivir le hubiese permitido realizar. Porque es claro que, cuando dichos daños se producen (quedando completo el supuesto de hecho de la norma de responsabilidad civil), aquél estaba ya muerto, su personalidad jurídica se había extinguido y no podía, por tanto, adquirir derecho alguno. (Es incluso impropio decir que «dichos daños se producen» en cuanto falta un sujeto titular del interés lesionado).

Una argumentación semejante, en fin, podría hacerse respecto a las futuras alegrías y felicidad que el tiempo que le restaba por vivir hubiese deparado a la víctima, prescindiendo de salvíficas reflexiones sobre «este valle de lágrimas». Por no hacer referencia de nuevo al problema, siempre latente en el transfondo, de la transmisibilidad activa *mortis causa* de la indemnización por los daños no patrimoniales.

SECUNDUS: Cuando yo digo que José ha sufrido un daño por el hecho mismo de su muerte, me refiero al daño consistente en la pérdida en sí del bien jurídico *vida*. En estos términos, si no me equivoco, es como se ha planteado generalmente el debate en nuestra doctrina y jurisprudencia.

PRIMUS: Es cierto. Como también lo es que los autores y sentencias contrarias a tu tesis ofrecen por abrumadora mayoría un argumento contra ella muy similar al que empleé para combatir la versión de la misma antes contemplada. El daño consistente en la privación del bien

jurídico *vida* —dicen— no se produce hasta que el fatal desenlace acontece; pero, en ese momento, la víctima no puede adquirir ya derecho alguno, ni en consecuencia transmitirlo *mortis causa* a sus herederos, por la sencilla razón de que ha dejado de existir.

SECUNDUS: Sí. Pero ese argumento es ahora, en la versión que nos ocupa, completamente incorrecto. Intentaré explicarme con un ejemplo. Roberto, que es propietario de una valiosa yegua de carreras, tiene dos enemigos, Angel y Fernando. Angel se introduce en las cuadras de Roberto y hace ingerir a la yegua un veneno mortal para el que no se conoce antídoto. Poco antes de que el veneno haga efecto, Fernando, ignorante de todo lo anterior, se introduce también en las cuadras y dispara su pistola a la cabeza del animal envenenado, que muere en el acto a consecuencia de la bala. A mí me parece evidente que es Angel y no Fernando quien tiene que indemnizar a Roberto el valor del caballo. Por la sencilla pero contundente razón de que, cuando Fernando disparó, el caballo, que iba a morir con toda certeza instantes después a consecuencia del veneno, no valía prácticamente nada: el daño —la destrucción del caballo, *desde la perspectiva que al Derecho de la responsabilidad civil le interesa*— lo había producido ya Angel.

¿Captas ahora la idea? De forma semejante a cómo Roberto era propietario de su caballo, lo era José de su vida. Y, en forma igualmente paralela, la destrucción de su bien jurídica *vida, desde la perspectiva que al Derecho de daños le interesa*, no se produce en el momento en que José deja de existir sino, por hipótesis, en un momento anterior: *cuando puede asegurarse ya, con una probabilidad rayana en la certeza, que José va a morir a consecuencia de la lesión causada por el civilmente responsable*. Siempre hay, por tanto, un intervalo de tiempo en el que el crédito resarcitorio que nos ocupa puede nacer en el patrimonio de la víctima y, consecuentemente, transmitirse *mortis causa* a sus herederos. (Naturalmente, decir —como afirma una sentencia francesa— que nunca tendremos la certeza de que una persona va a morir, *les sursauts de la nature étant imprévisibles*, no es de recibo: aunque el juez crea en los milagros no puede decidir sobre la base de que en cualquier momento pueden producirse). Así creo que deben entenderse las palabras, quizá no muy claras, de un maestro: «No es la muerte (consecuencia), sino el acto que la produce (herida, envenenamiento, empujón al abismo) el que origina la responsabilidad del culpable. El hecho causante se produce viviendo la víctima, la muerte sobrevinida manifiesta su carácter y alcance (ser mortal). En este sentido se ha dicho que entre el acto origen del daño indemnizable y la muerte media —racionalmente— un instante suficiente para la adquisición y transmisión del derecho».

A mi juicio —y con esto termino— la argumentación de los autores y jurisprudencia que ahora combato resulta de trasvasar incorrectamente al campo de la responsabilidad civil ideas propias del Derecho penal. Evidentemente, *desde la perspectiva que al Derecho penal le interesa* (existencia o no de un delito consumado de homicidio, asesinato... : (existencia o no de un delito de imprudencia con resultado de muerte),

la destrucción del bien jurídico *vida* sólo se produce cuando el sujeto pasivo ha fallecido. Si Angel envenena a Roberto y, antes de que éste muera a consecuencia del veneno, Fernando le pega un tiro en la cabeza a consecuencia del cual Roberto fallece instantáneamente, es claro que Angel es sólo autor de un homicidio frustrado, mientras Fernando lo es de uno consumado. Pero en el campo de la responsabilidad civil extracontractual las cosas son radicalmente diferentes: la obligación de indemnizar recaerá total, o esencialmente al menos, sobre Angel.

PRIMUS: Lo que dices resulta convincente y creo que refuta bastante bien el argumento dominante en contra de tu tesis —argumento que sólo es válido por tanto frente a la versión de la misma que antes combatí y que tú rechazaste. Pero el ejemplo que has manejado al comienzo de tu anterior intervención me ha hecho ver con claridad cuál es, a lo que creo, el verdadero talón de Aquiles de tu postura: A mi juicio, la privación del bien jurídico *vida* (aunque tanto los partidarios, como la mayoría de los contradictores de tus posiciones parezcan admitirlo sin problemas) *no supone, en sí misma considerada, daño alguno para la víctima*. Como ha escrito un autor alemán: «Quien mata a otro de forma inmediata, no queda obligado respecto a él a la indemnización de daños, *porque quien fue muerto no sufrió daño alguno* (!)...». ¿Te suena esto paradójico? Veamos. Me parece evidente que no hay daño patrimonial ya que, a diferencia de lo que ocurre con el caballo de tu ejemplo, no existe, afortunadamente, un mercado sádico-mefistofélico donde puedan comprarse unos años suplementarios de vida o donde sujetos de instintos poco recomendables puedan adquirir mediante precio el derecho a matar a aquellos de sus semejantes que se encuentren en condiciones económicas precarias y estén dispuestos a sacrificarse por el bien de sus familias. (Este sería hoy el sentido de la máxima romana: *liberum corpus aestimationem non recipit*). Los únicos daños patrimoniales que son predicables respecto de José son, por un lado, los gastos médico-farmacéuticos y de hospital y la pérdida de los ingresos netos que podría haber obtenido en el intervalo de un mes mediante entre la lesión mortal y su fallecimiento —contemplados en el apartado III de mi primera intervención— y, por otro lado, la privación de los futuros incrementos patrimoniales que José podría haber obtenido en el tiempo previsible que aún le quedaba por vivir —sobre lo que dije ya bastante en su momento.

Tampoco puede vislumbrarse, en mi opinión, daño moral alguno. Entre los dolores, sufrimientos y angustias que José sufrió durante el tiempo mediante entre la lesión y su muerte —contemplados en el apartado IV de mi primera intervención— y que terminan con aquélla (José, finalmente, «descansó en paz»), y la pérdida de las futuras alegrías y felicidad que el tiempo que aún le quedaba por vivir le hubiese podido deparar —de las que también me he ocupado con anterioridad— no hay, por hipótesis, absolutamente nada. La muerte, tú lo dijiste, es siempre instantánea.

En resumen: Me parece que la idea de que José, por el hecho mismo de haber sido privado del bien jurídico *vida*, ha sufrido un daño

en virtud del cual ha nacido en su patrimonio un crédito resarcitorio que se ha transmitido *mortis causa* a su heredera María no es correcta. Pero no en base al argumento de que, al coincidir el daño en cuestión (que en principio se acepta que existe) con el fallecimiento de la víctima, carezca ésta ya de personalidad jurídica y no pueda por tanto adquirir ni transmitir derechos (no se trata —como piensa la jurisprudencia y un importante sector doctrinal— de una imposibilidad «lógica»), sino, cabalmente, porque la privación del bien jurídico vida, en sí misma considerada, no supone daño patrimonial ni no patrimonial para la víctima. (Sin olvidar que, aunque pudiese hipotéticamente vislumbrarse un daño moral en tal circunstancia, nos encontraríamos siempre con el problema de la transmisibilidad o intransmisibilidad *mortis causa* de los créditos de resarcimiento de tal tipo de daño).

SECUNDUS: Yo también me doy cuenta ahora con claridad de cuál es la base errónea de tus posiciones, aunque la venía intuyendo ya desde la segunda de tus intervenciones. Concibes el daño moral exclusivamente desde una óptica que podríamos llamar «utilitarista» o de «psicología vulgar». Dicha clase de daño consiste únicamente para ti en dolores, sufrimientos, molestias, angustias, alegrías perdidas..., que hay que compensar, a fin de equilibrar la balanza personal de felicidad/infelicidad, con toda una serie de experiencias agradables y placenteras, para financiar las cuales serviría la indemnización. Pero tal concepción del daño no patrimonial es, a mi juicio, si no incorrecta, sí evidentemente sólo parcial. Daño moral es también cualquier atentado, en sí mismo considerado, a un bien de la personalidad. Atentado ante el que el ordenamiento reacciona con una indemnización, demostrando su elevada estima por dichos bienes. El resarcimiento de los daños morales tiene así también una importante función «simbólica»: ser la manifestación del aprecio e interés del Derecho por los bienes de la personalidad de los sujetos, protegiendo tales bienes eficazmente frente a cualquier atentado que los mismos puedan sufrir. En fin, la existencia de dicha función —que no debe confundirse con una posible función punitiva, sobre la que ya hemos discutido— sería un importante dato con que refutar tu más poderoso argumento en contra de la transmisibilidad por causa de muerte de los créditos resarcitorios de los daños no patrimoniales: la función que he llamado «simbólica» no es, claro está, inherente a la persona del dañado/acreedor.

Desde esta perspectiva creo que no puede negarse que José, por el hecho de haber sido privado de su bien jurídico *vida* —el más precioso de los bienes de la personalidad en cuanto presupuesto de todos los demás—, ha sufrido (en el momento en que pudo afirmarse con una posibilidad rayana a la certeza que iba a fallecer a consecuencia de la lesión) un importante daño moral en virtud del cual nació en su patrimonio un crédito resarcitorio que, atendida su función —puramente «simbólica» en este caso: manifestación de la estima e interés del ordenamiento por el citado bien de la personalidad protegiéndolo frente a los atentados que sufra—, no hay razón alguna para negar que se ha transmitido *mortis causa* a María.

PRIMUS: Podría contestarte que a una función puramente «simbólica» (que no pretenda castigar al dañante) le corresponde también, lógicamente, una indemnización puramente simbólica, digamos una peseta. Y ciertamente, si el nudo de nuestro desacuerdo consiste en una peseta, estoy perfectamente dispuesto a darte la razón.

SECUNDUS: Estás sencillamente jugando con las palabras.

PRIMUS: No estoy muy seguro de eso; pero aceptaré tu crítica respondiéndote que, en el punto en que se encuentra nuestra discusión (como ocurre casi siempre que una discusión entra de lleno en el campo puramente dogmático-conceptual) todo es un «juego de palabras». Me explico: yo digo que daño moral es A y que por tanto la función del resarcimiento del mismo es A'; tu dices que daño moral es B y que por tanto la función del resarcimiento del mismo es B'. Pero el daño moral no está definido legalmente en ninguna parte y, consiguientemente, si no queremos caer en el método de inversión, el concepto del mismo sólo puede extraerse a partir de las diferentes consecuencias prácticas que resulten de adoptar uno u otro concepto. Ahora bien, la consecuencia práctica que aquí nos interesa es la relativa a la indemnización por causa de muerte que venimos discutiendo; y ha sido precisamente en esa discusión donde hemos desembocado en el problema del concepto del daño moral. Concepto que, sin embargo, deberíamos precisamente haber extraído, entre otras cosas, de la solución a la cuestión discutida. El círculo es deliciosamente vicioso, ¿no crees? Aunque nos queda al menos el consuelo de que tanto tu posición como la mía, pese a ser contrarias, son ambas perfectamente defendibles desde el punto de vista conceptual-dogmático. Lo que, entre otras cosas, nos prueba la utilidad de dicho punto de vista.

SECUNDUS: Preferiría que dejaras tu sarcasmo metodológico para mejor ocasión, pero coincido contigo en que mantener la discusión en el terreno puramente conceptual conduce a un callejón sin salida. Pero, ¿me negarás que, en el común sentir de la gente, quien priva a otro de la vida le causa efectivamente un daño?

PRIMUS: Le causa indudablemente un «mal» (mal que es el resultado en el delito de homicidio); lo que yo dudo es que ese mal sea un «daño». Y no parece adecuado pretender resolver esa cuestión, que es exquisitamente jurídica, apelando al común sentir de la gente. Recuerda tu anterior ejemplo en el que Angel y Fernando eliminaban a Roberto. Posiblemente, según el común sentir de la gente, es Fernando (autor del disparo causante de la muerte instantánea de Roberto) el causante del daño; pero jurídicamente, como tú mismo acertadamente señalaste, es Angel.

Por lo demás, aceptando el papel de oráculo sin estadísticas del sentimiento popular de lo justo, imagina por un momento que, en nuestro caso, María no existiese. ¿Tú crees que se adecuaría a ese sentimiento que el Estado, como heredero abintestato de José, estuviese legitimado para exigir indemnización por el daño moral que aquél pudiera haber sufrido?

SECUNDUS: En primer lugar, el caso que propones es un tanto cap-

cioso, ya que su fuerza dialéctica no se deriva de la cuestión aquí debatida, sino, cabalmente, del carácter especialísimo del Estado como último heredero abintestato. Además...

PRIMUS: Un momento. Niego radicalmente la acusación que me haces. Estoy perfectamente dispuesto a sustituir al Estado por un sobrino, hijo de un hermano premuerto, que viva en América y que no tenga por tanto vinculación alguna afectiva o financiera con José. Y, si pongo estos casos un tanto extremos, no creo que pueda imputárseme el ser capcioso. Porque trato sencillamente de evitar que el sentimiento popular de lo justo, del que nos hemos erigido en oráculos, venga a encontrar razonables tus posiciones, no en base a su propia fuerza, sino, precisamente, por no tener la suficiente finura jurídica como para distinguir con claridad las acciones de responsabilidad civil *iure hereditatis* de las *iure proprio*.

SECUNDUS: Además —iba a decir cuando me interrumpiste— el argumento que se deduce del caso que propones puede retorcerse fácilmente: ¿Es que se compadece con el sentimiento popular de lo justo que aquel que dolosa o negligentemente mata de forma instantánea a un semejante del que nadie depende ni económica ni afectivamente, no tenga que resarcir daño alguno, mientras que si simplemente le hubiese herido tendría que pagar una indemnización normalmente elevada? ¿No te das cuenta que con ello estás dando una prima a los imprudentes y homicidas para que peguen más fuerte?

PRIMUS: ¿Y me acusabas a mí de capcioso? Me parece claro que tu argumentación no es de recibo, ya que: a) Presupone, contra la normal realidad de las cosas, que el dañante conoce bien la situación personal del dañado. Porque, si éste tiene varias personas que dependen económica o afectivamente de él (cosa que normalmente el dañante no puede descartar *ex ante*, salvo que se dedique exclusivamente a la caza de ancianos vagabundos) es sin duda posible que la indemnización por causa de muerte, tal como yo la concibo, sea más elevada que la derivada de una simple herida. b) Olvida que existe el Derecho penal: supongo que nadie en su sano juicio se verá tentado a pagar más fuerte para librarse de una indemnización de daños y perjuicios (que frecuentemente pagará su aseguradora) y encontrarse luego con una pena de veinte años de cárcel por homicidio. c) Supone, implícitamente, reconocer para la responsabilidad civil una función preventivo-punitiva; y ello, como antes expliqué, me parece claramente erróneo, incluso en los casos de responsabilidad por dolo o culpa. De tenerla no se explicarían, ni la segurabilidad de la responsabilidad civil culposa, ni la transmisibilidad pasiva de la obligación resarcitoria, ni, en fin, la no proporcionalidad del *quantum* indemnizatorio al mayor o menor grado de culpa y/o a las condiciones económicas del causante del daño. d) En fin, y ligado con todo lo anterior, olvida que, por así decirlo, y para bien o para mal, el reino de la responsabilidad civil extracontractual es «el reino de la buena o mala suerte». Es absolutamente indudable que si un sujeto, a consecuencia de su negligencia, amputa una pierna a un famoso futbolista, tendrá que pagar una indemnización muy ele-

vada (ha tenido mala suerte); mientras que si, con el mismo hecho, hubiese amputado una pierna a un famoso jugador de ajedrez, la indemnización sería mucho más corta (habría tenido buena suerte). Porque se trata de resarcir, no de castigar. Como ha escrito un autor anglosajón: «En Inglaterra, en los tiempos anteriores al momento en que la *Lord Campbell's Act* concedió acción a los dependientes de las personas muertas por conductas negligentes de terceros, era una obsesión corriente el hecho de que matar resultase más barato que lisiar. Pero hoy en día es aún —y lo seguirá siendo mientras la responsabilidad civil tenga como objetivo el resarcimiento— más barato matar a alguien que lisiarlo, y no sólo en Inglaterra, sino en todo el mundo. Y así debe ser; porque cualquier sentimiento de que un civilmente responsable debería pagar tanto, si no más, por causar una muerte que por infligir una lesión grave no se basa en una teoría sobre la indemnización sino en una teoría sobre la pena».

En resumen: Es posible que tengas razón en que el sentido popular de lo justo se sintiese herido ante un caso como el que propones; pero ello demostraría simplemente que la gente sabe poco Derecho y confunde normalmente la responsabilidad penal con la civil. Me temo, en conclusión, que nuestra condición de oráculos del sentimiento popular de lo justo no nos hará avanzar demasiado en la polémica que nos ocupa.

SECUNDUS: Bien, cambiemos una vez más de tercio. Creo que mis posiciones se encuentran claramente apoyadas sin más que aplicar al caso de muerte los textos legales siguientes: El artículo 4 del Decreto 632/1968, de 21 de mayo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, dice así: «Para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar, el perjudicado o *sus herederos* tendrán acción directa contra el asegurador del vehículo que ha producido el daño...». Del «perjudicado o *sus herederos*» habla también el artículo 5 de la citada Ley, y el artículo 9, más claramente, de «la víctima o *sus herederos*». El artículo 56.2 del Decreto 506/1971, de 25 de marzo, que aprobó el Reglamento ejecutivo de la Ley de Caza, reza como sigue: «La víctima o *sus derechohabientes* tendrán acción directa contra el asegurador...», y expresiones idénticas a la subraya se encuentran en los artículos 13 y 15 y siguientes de la Orden de 20 de julio de 1971 que aprobó el Reglamento Provisional del Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador. Del «perjudicado o *sus causabientes*» hablan los artículos 29 y 40 del Reglamento sobre Cobertura de Daños Nucleares de 22 de julio de 1967. En fin, el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre el Contrato de Seguro, establece con carácter general para todos los seguros de responsabilidad civil que: «El perjudicado o *sus herederos* tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar...». Disposiciones legales que, por lo demás, no hacen sino reiterar lo que se deducía ya, a mi juicio claramente, del artículo 105.2 del Código penal.

PRIMUS: O mucho me equivoco, o el argumento es más bien débil.

Sólo tiene fuerza para apoyar tus tesis si, en el caso sobre el que discutimos, identificas «víctima/perjudicado» exclusivamente con José, y «herederos» exclusivamente con María. Pero, ¿qué inconveniente hay en entender que María —quien indudablemente ha sufrido daños patrimoniales y morales personalmente— es también, o sólo ella en caso de muerte instantánea, «víctima/perjudicada» y que, consecuentemente, los «herederos» son también, o sólo ellos en caso de muerte instantánea, los herederos de María (los que, caso de morir ésta, la sucederían indudablemente en todas sus posiciones acreedoras transmisibles *mortis causa*)?

Yo por mi parte creo que no sólo no hay inconveniente alguno, sino que ello es lo único acertado si no se quiere llegar a soluciones absurdas. Piensa en el siguiente ejemplo: Pedro atropella a Antonio causándole la muerte. Antonio estaba casado y vivía con Julia. Vivía también Luis, padre de Antonio, pero las relaciones entre padre e hijo estaban absolutamente deterioradas y no existía entre ellos, desde hacía mucho tiempo, relación alguna ni económica, ni afectiva (se odiaban, si quieres). Antonio murió sin haber hecho testamento. Imagina, en fin, por razones de sencillez, que Pedro es insolvente y que Antonio no tenía al morir bien alguno. ¿Crees que sería sensato y justo repartir el millón de pesetas del seguro obligatorio de la siguiente forma: 500.000 pesetas en plena propiedad para Luis y otras 500.000 en nuda propiedad; y para Julia exclusivamente 500.000 pesetas en usufructo? Sin embargo, esa sería la solución a la que habría que llegar si los textos legales citados se interpretasen en la forma que apoyaría tus posiciones. A una solución más absurda todavía llegaríamos en el caso de que Julia no fuese la mujer de Antonio, sino solamente la persona que con él convivía «more uxorio»: de seguirse tu interpretación el millón de pesetas del seguro obligatorio iría completo a parar a manos de Luis.

SECUNDUS: Bien, creo que la discusión se agota en este punto sin que podamos llegar a un acuerdo. Me parece, con todo, que la polémica ha sido fructífera en cuanto ha puesto de manifiesto que la solución al punto central de la misma no debe centrarse —como lo han hecho la doctrina y jurisprudencia mayoritarias— en la existencia o no de un «segundo jurídico» que permita el nacimiento del crédito resarcitorio en cabeza de José, sino en los tres temas siguientes: a) La cuestión de si la privación del bien jurídico *vida*, en sí misma considerada, supone o no un daño para la víctima; cuestión esta íntimamente ligada al concepto mismo del daño moral. b) El problema de la transmisibilidad o intransmisibilidad activa *mortis causa* de los créditos de indemnización de los daños no patrimoniales, y c) El problema más general de la función de las normas de responsabilidad civil y, más en concreto, si las mismas tienen o no una función preventivo-punitiva. Temas todos ellos que, como la discusión ha probado, se encuentran muy relacionados entre sí.

Y, dicho esto, ¿te parece que dejemos la discusión en tablas? Por-

que a mí no me convencerás jamás de que el Derecho civil no protege la vida de los individuos.

PRIMUS: Por mí, de acuerdo. Pues supongo que eres consciente que el resultado de empate me favorece, ya que la jurisprudencia está hoy rotundamente en contra de tus posiciones. Y, dicho sea de paso, ¿no son los tribunales de justicia los mejores oráculos del sentimiento popular de lo justo?

SECUNDUS: No empecemos de nuevo...

Sobre la infracapitalización de las sociedades

Por CANDIDO PAZ-ARES

Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: 1. *Preliminar*. 2. *Delimitación del supuesto*. 3. *El control de la práctica*. 4. *Las clases de infracapitalización*. — II. LA INFRACAPITALIZACION MATERIAL: 5. *Capital social, responsabilidad y publicidad*. 6. *Crítica de los postulados tradicionales*. 7. *La medición de la infracapitalización*. 8. *El fundamento de la responsabilidad*. 9. *Régimen jurídico de la responsabilidad*.—III. LA INFRACAPITALIZACION NOMINAL: 10. *Planteamiento del problema*. 11. *La solución del problema*. 12. *El fundamento jurídico de la responsabilidad*. 13. *Los presupuestos de la responsabilidad*: (a) *El carácter societario de la operación*. 14. (b) *La función de capitalización de la operación*. 15. *Supuestos funcionalmente análogos*. 16. *Consideración final*.

«El Derecho está ahí para realizarse.»

(R. von Ihering)

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. *Preliminar*. Si un pensamiento recorre insistentemente las reflexiones que don Federico de Castro ha vertido sobre las sociedades de capitales, éste es, sin duda alguna, el relativo al *carácter privilegiado de la limitación de la responsabilidad de los socios* (1). Creo, por tanto, que, desde mi condición de estudioso del Derecho Mercantil, el mejor tributo que puedo rendir a la memoria del maestro consiste en explorar y desenvolver ese pensamiento con la vista puesta en uno de los problemas más graves que el derecho de sociedades aún tiene por resolver: la *infracapitalización*.

El objetivo de las páginas que siguen radica pues en traer a la luz la disciplina un tanto escondida a que deben quedar sujetos los supuestos de infracapitalización de sociedades y en desarrollar hasta donde sea posible el derecho que en esta materia sólo apa-

(1) Todas las contribuciones del profesor De Castro que revisten interés sobre este punto han sido compiladas recientemente en un *reading* editado por M. Amorós: F. DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, Madrid, 1981, 25, 29, 34, 42, 70-71, 134, 214-215, 233, etc.

rece apuntado en la ley. Las directrices a las que queremos permanecer fieles en todo momento no son otras que las que nos ha suministrado el mismo profesor De Castro:

a) La necesidad de someter a interpretación restrictiva el privilegio de la limitación de responsabilidad (2); y

b) La necesidad de verificar que en cada caso subsiste realmente el «mínimo de justificación» que el legislador ha presupuesto para la concesión del privilegio (3).

2. *Delimitación del problema.* Por «infracapitalización» entendemos cualquier desproporción *commensurable* —o, si se prefiere, inequívocamente constatable— entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente (arts. 11, 3, f LSA y 7, 6 LSRL) y el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se programe para llevar a efecto el objeto social (4). En esta definición —repárese en ello ya desde ahora— el acento queda puesto en la *commensurabilidad o constatabilidad de la desproporción*. Los casos de la vida societaria que se ajustan a esta descripción los encontramos básicamente —por no decir exclusivamente— en el tráfico de las «sociedades cerradas» (sociedades de capitales con estructura personalista) y de los «grupos de sociedades». Esos dos frentes nos ofrecen así el habitat natural en el que nacen y se desenvuelven las sociedades infracapitalizadas o «sociedades ténues» (*thin corporations*, según reza la expresiva calificación anglosajona). La razón no es difícil de comprender:

a) En las *sociedades cerradas*, porque la función económica básica que desempeña la limitación de la responsabilidad en tales hipótesis es la de *reducir los riesgos empresariales* que los socios tendrían que soportar alternativamente; es decir: en régimen de sociedad colectiva (art. 127 C. de C.) o de ejercicio individual del comercio (art. 1.911 C. c.). Función que ya no juega respecto de las «sociedades abiertas». En estos últimos tipos sociales la misión que está llamada a desplegar la limitación de responsabilidad es

(2) *Ibid* 25, 42, 71.

(3) *Ibid* 71.

(4) Una síntesis de las definiciones más usuales del supuesto de hecho en G. WINTER, *Die Haftung der Gesellschafter im Konkurs der unterkapitalisierten GmbH*, Frankfurt a.M. 1973, 25. Una puntualización: conviene no mezclar los conceptos de infracapitalización con los de insolvencia, balance negativo y descapitalización. La *insolvencia* se produce cuando el pasivo de una sociedad —descontado el capital social y las reservas— es superior al activo. El *balance negativo*, por el contrario, hace referencia a aquellas situaciones en que el activo es inferior al pasivo, pero incluyendo en este último la cifra del capital y de las reservas. *Descapitalización*, finalmente, es un concepto económico que designa una situación de gran empobrecimiento de la sociedad. No tiene nada que ver con la infracapitalización; es más: pueden darse casos de sociedades infracapitalizadas que no están descapitalizadas (de ellos nos ocupamos en la sec. III del estudio).

la de *facilitar economías de escala en la formación del capital*. En el modelo legal de la S. A. —que, como de todos es bien sabido, es un modelo de «sociedad abierta»— la limitación de responsabilidad no persigue la limitación del riesgo empresarial de los socios, por la sencilla razón de que éstos, alternativamente, no lo tendrían que soportar (ya que no serían comerciantes) (5). La tentación de infracapitalizar la sociedad mientras es obvia en las sociedades cerradas (pues pueden financiarse con fondos personales de los socios inyectados al margen de la severa disciplina del capital) no subsiste en las sociedades abiertas, cuya fundación aspira precisamente a acumular un capital suficiente para llevar a efecto una determinada empresa.

b) En los *grupos de sociedades*, porque la función que en estos casos viene a servir la limitación de la responsabilidad no es una función financiera (captar recursos), sino una *función de diversificación de riesgos*. Las sociedades filiales se constituyen en la mayor parte de las ocasiones para desarrollar una empresa arriesgada y evitar que su eventual fracaso golpee el patrimonio de la sociedad-matriz (6). De este fenómeno ya se han hecho eco algunos de nuestros más avezados magistrados:

«... frente al procedimiento tradicional de fusión de sociedades cuando varias [empresas] unificaban sus fines, patrimonios y responsabilidad, creándose una nueva o absorbiendo una a otra u otras y resultando, en su caso, una personalidad jurídica única, tal como prevén los artículos 142 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas con relación a aquellos supuestos de fusión que tienen por objeto la integración de las sociedades fusionadas en una sociedad anónima, fenómeno denominado concentración en la «unidad», *existe una clara tendencia, finalísticamente encaminada a limitar el riesgo empresarial, consistente en intentar lograr alcanzar el interés común de las empresas, mediante formación de grupos de sociedades*, lógicamente interrelacionadas y dependientes, que se quiere conserven con independencia su personalidad, patrimonio y responsabilidad —*concentración en la «pluralidad»*—, aunque la unidad económica que, junto con la pluralidad de empresas jurídicamente independientes, caracteriza típicamente al grupo se traduce, en el nivel organizativo y de gestión en el poder de dirección que configura al grupo con un interés propio y diferente al de las sociedades integradas en él (sentencia de la Magistratura de Trabajo número 15 de Barcelona, de 23-VII-1980) (7).

La tentación de infracapitalizar a la sociedad subsidiaria es aquí también evidente. La empresa se puede financiar con medios de la sociedad-matriz suministrados al margen de rígida normativa del capital.

(5) K. MACHARZINA, «Corporate Forms and Limited Liability in German Company Law» en T. ORHNIAL (ed.), *Limited Liability and the Corporation*, London-Canberra, 1982, 58.

(6) A. FONT RIBAS, «Algunes reflexions a l'entorn dels grups d'empreses», *RJCa* 71 (1982), 864-867 e *ibi* más indicaciones.

(7) *RJCa* 69 (1980), 1013-1014.

3. *El control de la práctica.* A la vista quedan cuáles son las graves consecuencias que engendra el fenómeno de la infracapitalización: *la externalización o desplazamiento del riesgo empresarial sobre los acreedores*, fundamentalmente sobre los pequeños acreedores debido a los ingentes costes de información y de inspección en que deben incurrir para prevenir los efectos externos. Esta simple consideración nos pone ya en guardia de los peligros que reservan este tipo de prácticas y nos sitúa a todos, jueces y juristas, en la tesitura de un desarrollo del derecho *secundum legem*, que tenga por cometido someterlas a control y censura (8). La escásima —por no decir nula— atención que nuestra judicatura y nuestros profesores han dedicado a esta fenomenología de la praxis societaria nos fuerza, sin embargo, a construir la disciplina de la *responsabilidad por infracapitalización* de la mano de la experiencia —riquísima en algunos casos— acumulada por el derecho comparado; fundamentalmente por el derecho alemán y por el derecho norteamericano, que se revelan en este punto como los exponentes más avanzados y dignos de emulación (9).

(8) La necesidad de control en esta materia no se justifica sólo por razones de tutela *individual* de los acreedores, sino también por razones de tutela *institucional* del mercado —que es el corazón de la constitución económica formalizada en el texto constitucional de 1978—: v. U. IMMENGA, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, Bad Homburg, 1970, 115-117 y 418-420. Por otra parte, la urgencia que se siente en la introducción de este control queda patente con sólo tener en cuenta el alarmante número de quiebras que tienen su raíz en la infracapitalización: WINTER, *Haftung der Gesellschafter* (n. 4), 30-33 ofrece datos empíricos respecto de la vida económica alemana. No dispongo de información semejante respecto de nuestro país, aunque todas las sospechas apuntan hacia el mismo diagnóstico (téngase en cuenta que las empresas que registran el índice más alto de concursabilidad son aquellas gestionadas bajo la forma de pequeñas sociedades de capitales): así, v. gr., en el periodo enero-septiembre de 1975 quebraron 21 SA y 6 SRL y suspendieron pagos 114 SA y 28 SRL. De estos datos —que tomamos de A. ROJO, «Notas para la reforma de la legislación concursal» RDM 138 (1975) 518— se deduce que es muy alto el número de SRL que concursaron en relación a número de SA que tuvieron la misma suerte; y es muy alto porque hay que tener en cuenta que en el tráfico económico de nuestro país la SRL es un tipo muy poco utilizado.

Para los problemas metodológicos del desarrollo del derecho *intra legem* remito a las exposiciones tradicionales de K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp., Barcelona² 1979, 358-436; y K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz⁷, 1977, 138-181.

(9) La problemática fundamental —así como la bibliografía más seleccionada— se encuentra ya en los manuales: v. F. KÜBLER, *Gesellschaftsrecht*, Karlsruhe 1981, 236-240; H. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, München, I, 1980, 565-572; R. RETNHARDT-D. SCHULTZ, *Gesellschaftsrecht*, Tübingen², 1981, 307-308; y Th. RAISER, *Recht der Kapitalgesellschaften*, München, 1983, 207-208 y 271-275. El tema constituye en América un lugar común de los libros de texto: v. N. D. LATTIN, *The Law of Corporations*, Mincole (New York)², 1971, 73-79; H. W. BALLANTINE, *On Corporations*, Chicago², 1946, 302-303. Una magnífica síntesis sobre el estado de la jurisprudencia estadounidense en esta materia nos la suministra H. G. GROSSMANN, «Unterkapitalisierung und Gesellschafterdarlehen. Amerikanische Erfahrungen». *GmbH-Rdsch* 69 (1978), 77-82.

Si contemplamos el *modus operandi* de los jueces de esos ordenamientos observaremos dos grandes tendencias a la hora de instrumentar el control de la infracapitalización:

a) Por un lado, la tendencia (claramente dominante en la praxis judicial americana y en la vieja doctrina alemana) a tratar la responsabilidad por infracapitalización como un problema de la persona jurídica y, por consiguiente, a exigirla a través de los célebres expedientes de la *desestimación o del levantamiento del velo de la personalidad*. Así se patentiza en estas palabras escritas ya en 1946 en las que se resumía el *status quaestionis* en los Estados Unidos:

«It is coming to be recognized as the policy of the law that shareholders should in good faith put at the risk of the business unincumbered capital reasonably adequate for its prospective liabilities. If the capital is illusory or trifling compared with the business to be done and the risk of loss, this is a ground for denying the separate entity privilege» (10).

b) Por otro, se observa una tendencia creciente (y hoy absolutamente dominante en la literatura y jurisprudencia alemanas) a canalizar el control de la infracapitalización a través de la elaboración de *fundamentos autónomos de responsabilidad totalmente al margen de la personalidad jurídica*. Escribe Wiedemann:

«La fórmula convencional del desconocimiento de la persona jurídica constituye en este contexto una mera *façon de parler* y además induce a error porque es víctima de un malentendido fundamental. La persona jurídica representa simplemente un sujeto de coordinación [...] y no está ligada a la limitación de responsabilidad con ningún tipo de vínculo lógico, sistemático o político jurídico [...]; si un juez decreta la responsabilidad directa de un socio por obligaciones sociales (en supuestos de infracapitalización), está respetando absolutamente la persona jurídica, cuya autonomía [...] no se pone en duda. Lo único que sucede es que los socios pierden el privilegio de la limitación de responsabilidad» (11).

(10) BALLANTINE, *On Corporations* (n. 9), 303. Por la vía del «levantamiento del velo» también —y paradigmáticamente— en el derecho alemán R. SERICK, *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles*, trad. esp. Barcelona, 1958, 73-74. En nuestra literatura —y precisamente respecto de este supuesto de infracapitalización— parecen inclinarse (aunque sólo sea de pasada) por la exigencia de responsabilidad a través de la vía propuesta por Serick (el abuso de la forma de la persona jurídica): F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid⁹, 1982, 139; J. PUIG BRUTAU, *Comentario* (a la traducción de la citada obra de Serick, incluido a modo de apéndice en el mismo volumen), 322; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en el derecho de sociedades*, Zaragoza, 1977, 464.

(11) H. WIEDEMANN, «Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH», en H. WIEDEMANN, R. BAR y L. DABIN, *Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH*, Frankfurt a.M.-Berlin, 1968, 16. En el mismo sentido, IMMENGA, *Personalistische Kapitalgesellschaften* (n. 8), 404 y muchos otros autores que iremos citando en el curso de la exposición.

A mi juicio es esta segunda vía la que es preciso explorar. Una única precisión al respecto: que este procedimiento —la mera interpretación y aplicación finalista de las normas de referencia— no sólo es el aconsejable en esta constelación de casos, como presupone Wiedemann, sino en todos los grupos de hipótesis que suelen catalogarse como supuestos de «levantamiento del velo de personalidad».

De esta problemática espero poder ocuparme en un futuro trabajo, actualmente en gestación. No estará de más, sin embargo, que dejemos constancia aquí de algunas ideas fundamentales al respecto. A mi modo de ver, el recurso al «levantamiento del velo» es un simple artificio para ocultar un misterio irresuelto: el de la persona jurídica. Se recurre al artificio porque se piensa que la persona jurídica constituye una *verdadera realidad subjetiva*, un verdadero sujeto de derecho, distinto de los hombres de carne y hueso que están detrás (y poco importa ahora el tipo de realidad que se postule: realidad artificial debido a una ficción del legislador; realidad orgánica verificable en la vida social; realidad de un patrimonio autónomo; realidad normativo-instrumental, etc., etc.). Todas las teorías clásicas, desde esta perspectiva, son homogéneas, pues parten de un mismo presupuesto —la persona jurídica es un «centro final de imputación», esto es, un sujeto del derecho— del que ofrecen explicaciones variables. El problema, pues, está en la raíz de la discusión. Los juristas clásicos se preguntaron— he ahí el error— qué es o qué naturaleza tiene la persona jurídica. *Presuponian, pues, que la expresión «persona jurídica» tenía un denotado, una correspondencia en el mundo real que era menester averiguar.* Por ello elaboraron «definiciones reales» de la persona jurídica. Desde mi punto de vista, tal planteamiento, metodológicamente hablando, es radicalmente incorrecto; es menester, por ello, volver a los orígenes: a las doctrinas de los canonistas medievales y de los juristas del *ius commune*. Para ellos la expresión persona jurídica no tenía una función descriptiva de una realidad subjetiva, sino —diríamos hoy— una mera *función de presentación* de un grupo de reglas. El cometido de semejante término no sería más que el de simplificar y facilitar la representación de un complejo entramado de normas; el cometido sería, pues, el propio de cualquier condensación simbólica. Desde este punto de mira, se comprende que la persona jurídica solamente hace referencia a un *mecanismo* y no a un *centro de imputación*, que irá a desembocar en todo caso a los únicos y verdaderos sujetos de derecho que pueden existir: los hombres, puntos finales de imputación. De hecho, si estamos de acuerdo con la vieja máxima de que *omne ius hominum causa constitutum est* damos el primer paso de un largo razonamiento —no es ahora el momento de detallarlo— que indefectiblemente nos conduce a esta conclusión.

¿Dónde está, pues, la génesis del problema? Quizá ésta pueda ser la explicación: los juristas medievales habrían hecho única y exclusivamente una *definición nominal* del concepto de persona jurídica y, por lo tanto, sin significado. Ellos eran conscientes de que la expresión «persona jurídica» era un simple *nomen*, una *flatus vocis* sin contenido semántico, con una mera función sintáctica. Los juristas posteriores —fundamentalmente los pandectistas— con la finalidad de explicar unitariamente el concepto de derecho subjetivo, como ha demostrado Uwe Jhon recientemente, habrían tomado aquel *nomen* y habrían intentado ofrecer una definición real del mismo: habrían de *reificarlo*, sin reparar en el hecho de que la estructura del lenguaje no se corresponde siempre y exactamente con la estructura de la realidad. El hecho de que utilicemos la expresión «persona jurídica» como sujeto gramatical de una frase (v. g., «la persona jurídica x arrendó este local de negocios») no implica necesariamente que deba ser también el sujeto real —en este caso, sujeto de derecho— de la proposición.

Al haber reificado el *nomen* «persona jurídica» y consiguientemente haber

entendido que se trataba de un verdadero sujeto de derecho (un punto *final* de imputación), la ciencia jurídica y la praxis judicial daban un paso en falso, innecesario en cualquier caso, del que más tarde habrían de «arrepentirse». Decimos que daban un «paso en falso», porque en multitud de ocasiones la aplicación directa de tal punto de vista —el de la entera autonomía del sujeto «persona jurídica» frente al sujeto socio— conducía a soluciones de los conflictos manifiestamente inconvenientes e irracionales, de las que quizá es exponente paradigmático la alcanzada en el célebre caso de la jurisprudencia inglesa *Salomon and Salomon and Co.* Y decimos también que habrían de «arrepentirse», porque para hacer frente a tales situaciones hubieron de levantar un nuevo edificio conceptual de papel-cartón: la ambigua y poco sólida doctrina del levantamiento del velo (*lifting the veil*), o superación (*superamento*) o penetración (*Durchgriff*) o desconocimiento de la personalidad jurídica (*disregard of the legal entity*). Si nos fijamos bien, advertimos enseguida que el viaje realizado no sólo ha sido innecesario, sino que además, por el camino, ha dejado muy debilitados el rigor constructivo de la jurisprudencia y la calculabilidad y precisión del derecho. He aquí reproducido tan desdichado itinerario doctrinal: (i) lo que *ab initio* constituye una mera ficción doctrinal («*universitas* [...] *proprie non est persona, tamen hoc es fictum positum pro vero, sicut ponimus nos juristae*», enseñaba Bartolo), (ii) se convierte por obra y gracia de la pandectística del XIX (que quiso construir una ciencia jurídica a imagen y semejanza de las ciencias naturales) en una realidad subjetiva, (iii) lo que finalmente habrá de obligar a inventar otra ficción que nos permita —en determinados casos límite— prescindir de ella: hay realmente persona jurídica, pero en ocasiones operamos como si no la hubiese: levantamos el velo, la penetramos, la desconocemos. *Universitas distat a singulis*, pero a veces operamos como si *universitas nihil aliud est nisi singuli homines qui ibi sunt*. Todos los supuestos que se resuelven de este modo constituyen la base sobre la que se han edificado las distintas doctrinas del «levantamiento del velo» o del «desconocimiento de la persona jurídica», desde las más simples (las teorías sociológicas) hasta las más elaboradas desde el punto de vista dogmático (las teorías del abuso).

Si en cambio partimos de una concepción nominalista de la persona jurídica, de un concepto lógico y no ontológico de la misma, se podrán resolver todos los casos tradicionales de levantamiento de velo a través de simples procesos de interpretación adecuada y aplicación finalista de las normas (*Normanwendungstheorie*). Pero como ya hemos dicho al principio, estas cuestiones deberán de ser objeto de un próximo trabajo. De cara al problema que ahora examinamos esta breve digresión debe bastar para justificar el tratamiento que damos al problema y nuestro punto de partida en él: la responsabilidad patrimonial de la persona jurídica no es —como suele decirse— responsabilidad ilimitada de la misma y exclusión de la responsabilidad de los socios, sino, más llanamente, responsabilidad limitada de los socios (12).

(12) Este pequeño *excursus*, aunque aparece sin notas en este lugar, es tributario de un gran número de aportaciones cuya comunidad proviene de la perspectiva «analítica» adoptada para afrontar los problemas de la persona jurídica. La información necesaria puede encontrarse en la magnífica síntesis de J. WRÓBLESKI, «Legal Person: Legal Language and Reality», *Quaderni Fiorentini* 11-12 (1982-83), II, 1035-1052; y en la detallada revisión bibliográfica de A. PINTORE, «Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analitico», en *Quaderni Fiorentini* 11-12 (1982-83), II, 721-776. En castellano, en la ajustada exposición de C. S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, 1983, 224-235. Respecto de la *Normanwendungstheorie* que paulatinamente ha ido reemplazando a la *Durchgriffstheorie* bastará con reenviar al agudísimo trabajo —la recensión de la obra de Serick— de W. MÜLLER-FREIENFELS, «Zur Lehre vom sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen im Privatrecht» AcP 156 (1957), 522-547. El *status quaestionis* mejor dosificado lo ofrece

4. *Las clases de infracapitalización.* Volviendo al objeto inmediato de nuestro estudio es preciso indicar que la elaboración de reglas de responsabilidad debe conducirse atendiendo separadamente a los dos grandes tipos de infracapitalización que nos ofrece el tráfico societario: la *infracapitalización material* y la *infracapitalización nominal* a las que, respectivamente, dedicamos las secciones II y III de la exposición. La distinción de ambos supuestos es muy fácil de establecer: en el caso de la «infracapitalización nominal» la sociedad resulta dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social. La particularidad no reside por tanto en la falta de un capital adecuado o suficiente, sino en su tratamiento jurídico como capital de crédito, sustraído, consiguientemente, a la severa reglamentación del capital propio o de responsabilidad. La «infracapitalización material», por el contrario, responde a situaciones en las que los socios no suministran fondos suficientes para el ejercicio de la empresa proyectada. De modo que se observa una escasez absoluta no sólo de capital de responsabilidad sino también de capital crediticio suministrado por los socios.

Una cabal inteligencia de las diferencias que median entre ambos tipos o grupos de supuestos puede ilustrarse con algunos ejemplos paradigmáticos que, levemente retocados, tomamos de la jurisprudencia. El primero, recogido de la jurisprudencia norteamericana, corresponde a la constelación de casos de la «infracapitalización material»; los dos últimos, extraídos, respectivamente, de la jurisprudencia alemana y española, constituyen claros exponentes de cada una de las versiones típicas de la «infracapitalización nominal»:

a) Una empresa dispone de cincuenta taxis, pero constituye con cada dos una S. A. filial al objeto de diversificar y reducir los riesgos de ejercicio de la empresa en su conjunto. Se registran todas ellas —un total de veinticinco *corporations*— con el capital mínimo exigido, que en América puede ser de 1.000 dólares. Un buen día, cuando un cliente se encontraba introduciendo en el maletero de un taxi los regalos de Navidad, el conductor, creyendo que ya se había retirado, da marcha atrás, produciendo así la ruptura de las dos piernas del viajero y causándole, consecuentemente, innumerables y cuantiosos daños. La víctima cobra la indemnización del seguro obligatorio y se dirige por el resto del crédito extracontractual no satisfecho contra la S. A. titular del taxi que le lesionó. Allí, sin embargo, no encuentra bienes suficientes con los que resarcirse, pues todo su patrimonio lo constituyen dos automóviles usados, suficientes en todo caso para cubrir la cifra del capital y de las reservas legales: el juez hace pagar a la sociedad madre por no haber dotado a sus filiales de un capital adecuado a los riesgos típicos de la empresa (*Walkovsky vr. Carlton*, 223 North Eastern Reporter 2d. 6 [1966]) (13).

b) Una persona había fundado una SRL con el capital mínimo requerido por la ley (20.000 marcos) y había retenido para sí el 90 por 100 de las participaciones. El objeto social lo constituía el desarrollo de una empresa de servicios aéreos (aerotaxi, publicidad, etc.). Pocos días después de puesta

H. J. MERTENS en HACHENBURG (ed.), *GmbHG-Grosskommentar*, Anh. I al § 13, 2. Lieferung, Berlin-New York, 1975, págs. 2-38 de la edición separada, Rdn 38-69. La referencia a Uwe Jhon debe contrastarse en su escrito de habilitación: v. U. JHON, *Die organisierte Rechtsperson*, Berlin, 1977, 26-52.

(13) Así habría fallado el «juez» LATTIN, *Law of Corporations* (n. 9), 78.

en marcha la sociedad, el capital social ya estaba consumido, lo que habría de obligar al socio a hacerle un ingente préstamo por valor de 20.000.000 de marcos, del que en el transcurso del tiempo habría de recuperar la mitad. Declarada la quiebra de la compañía y a petición del síndico, el juez ordena al socio que devuelva a la masa de la quiebra la parte del crédito que le fue devuelto por la sociedad y asimismo decide que su crédito frente a la sociedad no figure en el pasivo de la quiebra (sentencia del *Bundesgerichtshof* de 14-XII-1959 [BGHZ 31, 258 ss.]) (14).

c) Una sociedad matriz vende a su filial constituida con un capital simbólico la maquinaria que necesita para el desarrollo de su objeto social, reservándose la propiedad de la misma hasta tanto no le sea satisfecho el precio íntegramente. Un acreedor de la filial pretende ejecutar la maquinaria —su único patrimonio disponible— con el fin de cobrar un crédito que aquélla le adeuda. El juez decreta el embargo. La sociedad madre interpone una tercería de dominio alegando que sobre el bien embargado tiene ella una reserva de propiedad. El Tribunal Supremo deniega la tercería y, consecuentemente, autoriza la ejecución de la maquinaria en favor del acreedor (STS/20-VI-1983 [Rep. Ar. 3635/1983]).

En todos los supuestos de infracapitalización —material o nominal— se produce una desproporción entre capital escriturado y objeto social. En todos ellos también —como veremos más adelante— el fundamento de la responsabilidad de los socios es el mismo. *Sin embargo la medida de la responsabilidad es distinta*: en los casos de infracapitalización material, el socio responde ilimitadamente de las deudas sociales (caso *a*); en los supuestos de infracapitalización nominal, el socio responde más allá de la tasa de su aportación, pero limitadamente al valor de los fondos y bienes con que financió la sociedad *ab initio* infracapitalizada (casos *b* y *c*). La razón de esta distinta articulación de la responsabilidad yace en el hecho de que en este segundo supuesto el socio materialmente capitalizó a la sociedad, aunque nominalmente no lo hizo, sustrayendo así a las normas que gobiernan el capital social, el capital económico (15).

A continuación examinamos la *infracapitalización material*, al hilo de la cual expondremos la «parte general» también válida para la infracapitalización nominal. Esta será objeto de análisis, en sus puntos específicos, en la última división del estudio.

II. INFRACAPITALIZACION MATERIAL

5. *Capital social, responsabilidad y publicidad*. Es llano que si la problemática de la infracapitalización no tiene su *sedes materiae* en el capítulo de la personalidad jurídica de las sociedades,

(14) *Apud* WINTER, *Haftung der Gesellschafter* (n. 4), 68.

(15) La distinción entre los dos grandes tipos de infracapitalización queda magníficamente trazada en P. ULMER, «Gesellschafterdarlehen und Unterkapitalisierung bei GmbH und GmbH & Co. KG», *Festschrift für K. DUDEN*, München, 1977, 669-671. De interés son también las precisiones al respecto de WINTER, *Haftung der Gesellschafter* (n. 4), 42-43.

la localización de su estudio y discusión debe fijarse en el capítulo relativo al capital social. Situados aquí y teniendo en cuenta la disciplina general que al respecto establecen la LSA y la LSRL podemos partir, a los efectos que aquí interesan, de dos ideas muy sencillas y generalizadas:

a) Que la disciplina —severa— del capital social tiene, al margen de otras funciones que consideraremos más tarde, *una función primordial de garantía de los acreedores*.

En este sentido nos encontramos con multitud de normas encaminadas a que la cifra del capital esté bien *determinada* (arts. 11, 3 f LSA; 7, 6 LSRL; 6 LSA y 5 LSRL en relación, respectivamente, a los arts. 100, 2 y 4 y 102 f y 120, 6 RRM). Determinación que no excluye que puede ser alterada y, consiguientemente, redeterminada (arts. 84, 2, 87, 96 LSA; 17 LSRL y —en concordancia con ellos— los artículos 114, 115, 116 RRM). Todos los preceptos mencionados obedecen a la exigencia de que los acreedores sepan o conozcan cuál es el capital de una sociedad. Todas esas normas, sin embargo, de poco servirían si el legislador no hubiese asimismo dispuesto otro conjunto de preceptos que tuviesen por finalidad hacer efectiva la realidad garantizadora de esa cifra del capital. Este amplísimo grupo de normas se encamina: *primero*, a que el capital se forme exacta y realmente (arts. 8, 12, 13, 17, 19-2, 30, 32, 36, 89 LSA; 3, 8, 9, 10 LSRL); y, *segundo*, a que el capital —o mejor dicho, el patrimonio correspondiente a la cifra del capital— se conserve íntegra y efectivamente en el curso de la vida empresarial de la sociedad (arts. 47, 95, 11, 98, 102 y ss. (esp. 104), 106, 107, 150, 3, 162, 1 LSA; 26, 28, 30-3 LSRL; 167, 235, 236 C. de c.) (16). Es pues —repárese en ello— *altísimo* el número de preceptos destinados por el legislador a la tutela del capital.

b) Que el capital social como cifra de retención del patrimonio de la sociedad reservado a los acreedores *constituye el equivalente o la contraprestación a la responsabilidad limitada de los socios* (17).

Ambas ideas, por lo demás, quedaban ya magníficamente delimitadas en la Exposición de Motivos de la LSA:

(16) Estas consideraciones constituyen moneda corriente de cualquier manual de derecho de sociedades: v., a título de ejemplo, J. GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, 51-55. En la exposición realizada, sin embargo, nos hemos separado en dos extremos de los tratamientos más acostumbrados: de un lado, hemos reconducido el principio de estabilidad del capital al de determinación (aceptando así las observaciones al respecto avanzadas por A. PÉREZ DE LA CRUZ, *La reducción de capital en sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada*, Bolonia, 1973, 51-53); de otro, hemos partido el principio de correspondencia en dos exigencias distintas: exacta formación y conservación (acogiendo de este modo algunas ideas de la exposición de J. RUBIO, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid³, 1974, 73-75. Inaceptables, desde nuestra perspectiva, son las consideraciones críticas aducidas por algunos autores sobre la institución del capital social: v. S. PELAYO HORE, «La protección de la cifra del capital en la sociedad anónima», en COLEGIO NOTARIAL DE BARCELONA (ed.), *Sociedades Anónimas*, Barcelona, 1953, 135-179, esp., 145-146 y 177-179.

(17) Así, por todos, J. GARRIGUES-(R. URÍA), *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid³, 1976, 112.

«La sociedad anónima no ofrece a sus acreedores más garantía que la de su propio patrimonio [...]; la defensa del capital de la sociedad anónima es, pues, un *postulado indeclinable*...».

Por consiguiente: *la ausencia de responsabilidad se sustituye con la presencia de capital*. Este me parece un principio indubitable, claramente inferible de la complejísima disciplina del capital dispuesto por la LSA y LSRL. Lo que nos corresponde analizar ahora es si de esa misma disciplina puede inferirse el carácter conmutativo del principio y la posibilidad, por ende, de proponerlo de modo simétricamente inverso: *la ausencia de capital se sustituye con la presencia de responsabilidad*. Es esta una operación interpretativa muy delicada que ahora hemos de someter a prueba. Vaya por delante, sin embargo, que tal es nuestra hipótesis de trabajo: a nuestro juicio, pues, *en el ordenamiento societario está implícitamente contenida una cláusula de responsabilidad de los socios por infracapitalización*.

Somos conscientes de que esta afirmación choca derecha y frontalmente con la doctrina más generalizada en esta materia, qué muy bien podría vestirse con estas palabras extraídas de un excelente estudio:

«Es cierto, desde luego, que en el momento fundacional la cifra del capital fijada estatutariamente da el límite de la responsabilidad por las deudas sociales contraídas; *pero la garantía debe buscarse sustancialmente en la publicación de la misma para su conocimiento por terceras personas* y en las disposiciones legales que tienden a asegurar el desembolso efectivo y la estabilidad de aquél. El conocimiento de la cifra y la «realidad» de la misma suponen garantía en cuanto que los terceros, que contratan con la sociedad, saben a qué atenerse en sus relaciones con ésta» (18).

«Los terceros saben a qué atenerse». Es obvio que si mantenemos este punto de vista no habrá lugar nunca a responsabilidad por infracapitalización, ya que *las condiciones de capitalización de la sociedad se hallan publicadas a través del Registro Mercantil* (cfr. arts. 6, 11, 3 f y g, 84, 2, LSA; 5, 7, 6, 17, II LSRL; 25 C. de C.; 86, 1, 2 y 8, 102 f y g, 114, 115, 116, 117, 120, 6.º RRM). Este mismo punto de vista ha sido sostenido también por algún economista desde la óptica de la racionalidad de la economía empresarial; y así se ha argumentado que entre las *exigencias de publicidad* y las *exigencias de capitalización* existe, desde la perspectiva de la responsabilidad, una *relación de sustitución*, de modo que si crece el volumen de publicidad (y su punto culminante se produce en el Registro en virtud del principio de publicidad formal que consa-

(18) R. GARCÍA VILLAVARDE, «Algunos temas en torno al régimen del capital social en el proyecto de Estatuto para la SA Europea», en J. GIRÓN TENA (ed.), *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*, Madrid, 1978, 131-132.

gra en nuestro ordenamiento el artículo 30 del C. de C. al establecer el libre acceso a las informaciones registradas) decrece el nivel de exigibilidad de un capital adecuado (19). Si así fuese no tendríamos más remedio que desembarcar en estas dos conclusiones:

a) *La responsabilidad se sustituye con capital; y*

b) *El capital se sustituye con publicidad* (y no —según proponemos—, inversamente, con responsabilidad).

De ser así, la infracapitalización no quebrantaría ningún tipo de intereses de los acreedores dignos de tutela. Estos deben soportar los riesgos típicos de sus transacciones, sobre todo si tenemos en cuenta que tienen abiertas las oficinas públicas del Registro y que, en todo caso, pueden exigir garantías suplementarias de sus *partners* (20). Estaríamos pues dentro del principio general del derecho común del *caveat creditor*, según el cual el riesgo de insolvencia del deudor corre a cargo del acreedor. Todo este planteamiento responde a la concepción, a mi juicio inexacta, de que la justificación de la responsabilidad limitada radica en la licitud de los pactos limitativos de responsabilidad (21): la sociedad anónima sería como un *contrato standard*: o se pacta con ella o no se pacta; y si se pacta hay que someterse a sus cláusulas dadas a conocer al público, entre las que —todo el mundo lo sabe— sobresale la de la limitación de la responsabilidad (22).

Semejante punto de vista, por otra parte, respondería a los postulados de la eficiencia y sería plenamente racional desde el punto de vista de una óptima distribución de los recursos. La responsabilidad por infracapitalización sería pues, *a fortiori*, ineficiente. A continuación exponemos de modo muy resumido el razonamiento que conduce a esta conclusión (reservándonos su contestación para el epígrafe siguiente). Se dice —y ello es muy cierto— que las normas jurídicas que distribuyen entre socios y acreedores la responsabilidad por pérdidas sociales, esto es, los riesgos de la quiebra, pueden ser contempladas, desde el punto de vista económico, como normas definidoras y atributivas de un *property right*; es decir: de un derecho a capturar ciertas rentas de determinados recursos (23). Y así, por ejemplo, simplificando mucho las cosas, cabe decir que mientras el artículo 1 LSA asigna dicho derecho a los socios, el art. 127 C. de c. lo asigna a los acreedores. Las normas del derecho de sociedades que disciplinan la responsabilidad de los socios de terminan, por consiguiente, la distribución «inicial» de riesgo entre socios y acreedores (24). Ahora bien, en aplicación del *Teorema de Coase*, hay que tener en cuenta que si no hay costes de transacción y los *property rights* son libremente transferibles y están bien definidos, la asignación inicial de tales riesgos, de tales *property rights*, no afecta para nada a la distribución eficiente de los recursos (25). Los efectos del derecho de sociedades en la dis-

(19) E. LUCKAN y K. SCHACHT, «Gläubigerschutz, Publizität und Haftung» DB (1970), 1451 *apud* BÜSCHGEN (n. 37).

(20) P. HOFFMANN, «Zum Durchgriffs-Problem bei der Unterkapitalisierten GmbH» NJW 19 (1966), 1944-1945.

(21) WINTER, *Haftung der Gesellschafter* (n. 4), 54.

(22) R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto², 1977, 292-296.

(23) C. PAZ-ARES, «La economía política como jurisprudencia racional» ADC 34 (1981), 640-653.

tribución de los recursos serían nulos en ausencia de costes de transacción; esto es, en ausencia de los costes asociados a la ordenación de la actividad económica a través del cambio voluntario; por la bien simple razón de que tales *property rights* se transferirían voluntariamente: a) Si el derecho de sociedades no prevé la responsabilidad limitada (como sucede en el artículo 127 C. de c. respecto del socio colectivo) entonces en situaciones en que las partes quisiesen limitar la responsabilidad a cambio de pagar una tasa de interés más alta, el contrato de préstamo contendría una cláusula en este sentido. b) Inversamente, si el derecho de sociedades prevé la responsabilidad limitada (tal como acontece en el artículo 1 LSA), el prestamista puede supeditar la concesión del préstamo a una garantía personal del socio que supondría, en última instancia, la transferencia del *property right* que le concede el artículo 1 LSA a manos del acreedor (26).

Desde este punto de vista, en un mundo en que no existiesen costes de transacción, lo mismo sería que una sociedad que ejercita una empresa maderera tuviese un capital social de veinte duros o de veinte millones de pesetas: los acreedores en cada caso compensarían los riesgos a través de provisiones contractuales suplementarias. En el mundo ideal de Coase la infracapitalización no constituiría un problema, pues la externalidad que en principio parece que se proyecta sobre los acreedores, quedaría internalizada a través del contrato. Hasta aquí nos mostramos plenamente de acuerdo. No en cambio en las afirmaciones sucesivas cuando se nos asevera que ese mundo ideal de Coase en el que se verifica la nulidad de los costes de transacción se produce en el mundo real, de manera que los costes de transacción son despreciables para los acreedores, incluso para los extracontractuales (27). Esta es una afirmación que no podemos compartir; y así lo ponen de manifiesto recientes y documentadas contribuciones de *financial-economists* totalmente fiables que más tarde tendremos ocasión de traer a colación. A lo más podríamos admitir que el Registro Mercantil cancela los *informations cost* (que lo admitimos sólo en parte). Pero qué decir respecto de los *monopoly costs* y de los *agency cost* (28).

(24) Muy útil el planteamiento de T. ORHNIAL, «Liability Laws and the Company Finance», en ORHNIAL (ed.), *Limited Liability* (n. 5), 180-181.

(25) PAZ-ARES, ADC 34 (1981), 632-639.

(26) POSNER, *Economic Analysis of Law* (n. 22), 295.

(27) Tal es la tesis que sin ningún tipo de evidencia empírica y con una argumentación en exceso formal —«ingenua» a mi modo de ver—, ha sido desarrollada en el, por lo demás, interesante análisis económico efectuado por R. E. MEINERS, J. S. MOFSKY y R. D. TOLLISON, «Piercing the Veil of Limited Liability», *Delaware Journal of Corporate Law* 4 (1979), 351-367, esp. 362-367.

(28) Este planteamiento —el mismo que combatimos— se ha querido utilizar incluso para impugnar la explicación tradicional sobre el origen de la SA y de la responsabilidad limitada, a tenor de la cual se halla en la *legislación estatal* que permitió la utilización de tipos sociales de responsabilidad limitada, con el fin de reducir los costes de formación de capital y los riesgos de la inversión: cfr. G. M. ANDERSON y R. D. TOLLISON, «The Myth of the Corporation as a Creation of the State», *In rev. Law & Economics* 3 (1983), 107-120. El argumento ya es conocido:

«The other major contention of the historians, that limited liability somehow lowered the cost of capital to early firms, is analytically misleading. *Credit markets are a Coasian world of face-to-face transactions*. Real interest rates negotiated by lenders and borrowers in this setting accurately reflect the underlying risk-return relationship posed by the firm. Firms cannot hide behind the veil of limited liability. If they choose limited liability and thereby offer less collateral to the lender, the borrowing rate will rise. It only takes a simple hypothesis about the efficiency of the capital market to see that limited liability would not have altered the real cost of capital to early joint-stock firms, incorporated or otherwise» (*ibid* 114-115).

6. *Crítica de los postulados tradicionales.* La doctrina tradicional, según la cual el capital (y por tanto la responsabilidad por infracapitalización) se sustituye con publicidad, atentamente examinada, parece reposar sobre pilares más bien frágiles: tales serían el *principio de actuación a propio riesgo* y el *principio de la confianza* (29). Conviene pues que los sometamos a prueba por un momento:

a) Abordamos, en primer lugar, *el principio de actuación a propio riesgo*. Se dice —según queda visto—: cualquier participante en el tráfico económico tiene que soportar su propio riesgo y cuando ese riesgo le parece muy grande debe procurarse garantías suplementarias, contratar un seguro de crédito o renunciar al negocio. *El ordenamiento jurídico no permite desplazar el riesgo que debe soportar el acreedor sobre socio* a través de la instrumentación de una responsabilidad por infracapitalización. Cada cual actúa por su propia cuenta y a su propio riesgo. Esta conclusión no es, sin embargo, correcta:

Primero: Al acreedor extracontractual no se le puede decir que actúa a su propio riesgo, por la simple razón de que él no busca su deudor. Este hecho reviste una capital importancia; y por pequeña que sea la cantidad de deuda extracontractual que figure en el pasivo de una empresa revela la *inconsistencia jurídica* de la tesis que postula la relación sustitutiva entre capital y publicidad. Además hemos de tener en cuenta que —como precisa Wiedemann— la responsabilidad aquiliana *ex* artículo 1.902 C. c. no es en modo alguno una *quantité négligeable* en la vida de una empresa y sobre todo en determinados sectores (piénsese en empresas químicas o de transportes o edilicias). El mismo Posner reconoce que en el contexto del derecho de daños la responsabilidad por infracapitalización es *eficiente* y, en consecuencia, propone la exigencia de un capital social igual a la estimación del riesgo probable más alto de responsabilidad extracontractual, lo que podría determinarse a través de cálculos actuariales (30). Otro tanto de lo mismo vale para la responsabilidad cuasicontractual, para la responsabilidad por competencia desleal; para la responsabilidad contractual de perfiles extracontractuales, como la que nos ofrece el siguiente caso: El dueño de una piscina cubierta funda una S. A. con el capital mínimo; a renglón seguido arrienda a la flamante corporación el local con la piscina para que pueda desarrollar su objeto social como casa de baños recreativa. Un cliente se ahoga y la familia reclama la correspondiente indemnización por causa de muerte, cuya cuantía rebasa en más de veinte veces el importe del capital social. Ni que decir tiene que el tribunal hace responsables a los socios por infracapitalización (*Minton vr Cavaney* 108 56 Cal. 2d. 26,7 364 p. 2d. 473 [1961]) (31).

(29) WIEDEMANN, *Haftungsbeschränkung* (n. 11), 7.

(30) POSNER, *Economic Analysis of Law* (n. 22), 296.

(31) *Apud* IMMENGA, *Personalistische* (n. 8), 375; v. además *ibi*, 417-418.

Segundo: Que ni siquiera para la responsabilidad contractual puede valer el principio de la sustitución del capital por la publicidad. Si esto fuese así, ¿por qué el legislador exige en determinadas ocasiones especialmente trascendentes —tráfico bancario y de seguros— tan altas cifras de capital social? ¿Por qué no permite que el importe de una emisión de obligaciones exceda la cifra del capital? La argumentación que combatimos no es realista: está pensando en un mundo contractual ideal con equilibrio automático de *bargaining power*. Podría valer para los acreedores fuertes (fundamentalmente instituciones financieras) que están en condiciones de exigir una garantía real o personal para asegurar sus créditos. No vale desde luego para los pequeños acreedores de mercancías o de servicios; y por supuesto para el consumidor (piénsese en el cliente de una agencia de viajes o en el adquirente de una vivienda de una sociedad inmobiliaria). Y qué decir de los créditos que surgen de contratos celebrados en régimen de condiciones generales o de contratos de hecho o de eso que Larenz llama puro contacto social. El razonamiento se cae por su propio peso frente a todos aquellos acreedores respecto de los cuales la S. A. se encuentra en la clásica situación de *monopolio bilateral*; es decir, frente a aquellos acreedores que no tienen para cada negocio una *contraparte contractual sustitutiva* (32). Tal es la situación típica de los acreedores por relaciones laborales, sobre todo en momentos en que la oferta de trabajo se manifiesta tan inelástica. Y que necesitan de una protección especial no es sólo un juicio político-jurídico, sino exquisitamente positivo, como lo prueba el carácter preferente de su crédito en la quiebra (artículo 913, 1 C. de C. y —modificándolo en parte— el 32 ET) (33). No es pues una casualidad que todos los juristas se manifiesten unánimemente en este punto y reclamen una protección *adecuada* de estos acreedores débiles, cuya necesidad, por lo demás, es una exigencia constitucional *ex* artículo 1 Const. (34).

b) Respecto del *principio de la confianza* que también ha sido invocado en defensa de la relación de sustitución entre capital y publicidad nuestras consideraciones no pueden ser menos críticas. Todo el mundo conoce —se arguye— la escasa solidez financiera de ésta o de aquella sociedad; si alguien contrata con ella es porque merece merecer su confianza; y si merece su confianza, que se atenga a las consecuencias. A mí me parece que este *modus procedendi* oculta un grave malentendido sobre el principio de la con-

(32) WIEDEMANN, *Haftungsbeschränkung* (n. 11), 8.

(33) *Ibid* 17.

(34) KÜBLER, *GesellschaftsR* (n. 9), 236; IMMENGA, *Personalistische* (n. 8), 408; FONT RIBAS *RJCa* 71 (1982), 879-880, este último en un contexto similar. En nuestra doctrina, la distinción que trazamos en el texto entre «grandes» y «pequeños» acreedores de las sociedades de capitales queda excelentemente perfilada en el estudio del profesor Aurelio MENÉNDEZ, *Ensayo sobre la evolución actual de las Sociedades Anónimas*, Madrid, 1974, 50-51.

fianza. Dicho principio —como el principio de la imputación— no es un principio valorativo material del cual directamente se reciben informaciones o elementos para decidir si una determinada confianza es o no digna de protección. Porque si así fuese el argumento se podría invertir como ha hecho Ermann precisamente para fundamentar en él la responsabilidad por infracapitalización. Según este autor los socios de una entidad infracapitalizada responden porque al dejarla participar en el tráfico están asegurando tácitamente que se comportan como ordenados comerciantes respecto de la financiación de la empresa (35).

La conclusión, pues, no puede ser otra que la de negar el carácter absolutamente enervante de la publicidad respecto de la responsabilidad por infracapitalización. Semejante conclusión, además, se refuerza si tenemos en cuenta las funciones del capital. El capital —como sustitutivo de la responsabilidad— juega un papel represivo, en el sentido de que *aminora las pérdidas* de los acreedores al ser redistribuido entre ellos. Desde este punto de vista podríamos admitir que existe una cierta relación de sustitución entre el capital y la publicidad (con las importantes salvedades trazadas anteriormente) (36). Pero además el capital —en su calidad de pieza de recambio de la responsabilidad— desempeña una función preventiva en el sentido de que debe contribuir a *evitar pérdidas*. Y desde esta perspectiva, evidentemente, no puede ser sustituido por publicidad, ya que ésta en manera alguna incentiva a actuar a los socios como quisieran los acreedores.

Estas ya largas consideraciones, finalmente, encontrarían su último aval en estas palabras de un economista que nos resumen adecuadamente el *status quaestionis* en aquella ciencia:

«En el estado actual de la investigación de la economía empresarial se puede en todo caso presumir que existe —formulado con el lenguaje de la teoría de la producción [...]— una *sustitución meramente periférica o marginal* y no una *sustitución alterna o total* [entre los parámetros «publicidad» y «capital»] (37).

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho hay que replicar también los resultados a los que llega la doctrina más tradicional. Esta sólo sería atendible en un mundo en que no se detectasen costes de transacción (v. *supra*, núm. 5 *in fine*). Pero lo cierto es que en la vida económica se aprecian costes de transacción considerables que exigen que se instrumente la responsabilidad por infracapitalización: tales costes son los denominados por la teoría económica *agency costs* (costes de vigilancia en sentido

(35) *Apud* WIEDEMANN, *Haftungsbeschränkung* (n. 11), 8-9.

(36) Sobre el escaso significado de la publicidad registral como fuente de información de la «estructura de capital» de una persona (que —a diferencia del «volumen del capital» —es el dato verdaderamente relevante para los acreedores), v. las agudas observaciones de M. ADANS, *Okonomische Analyse der Sicherungsrechte*, Königstein/Ts. 1980, 179-183.

(37) H. E. BÜSCHGEN, «Zur Eigenkapitalaustattung der GmbH und GmbH & Co. KG» *GmbH-Rdsch* 65 (1974), 26.

amplio) respecto de los acreedores (*debt agency costs*). Pero vayamos por partes. Es menester comenzar señalando que los estudios que han procedido a realizar un examen económico del derecho regulador de la responsabilidad de los socios han puesto de manifiesto que la responsabilidad limitada, en términos generales, contribuye a reducir los costes de transacción en el mercado (sobre todo de información, de valoración del capital de una sociedad y los *agency costs respecto de los socios*) (38). De ello no corresponde ocuparnos ahora. Esos mismos estudios, sin embargo, han arrojado un resultado muy importante a nuestros efectos: *que la responsabilidad limitada contribuye a aumentar el volumen de los agency costs respecto de los acreedores*. Y a nuestro juicio —según veremos— la reducción de tales costes sólo puede garantizarse a través del establecimiento de medidas de responsabilidad por infracapitalización:

a) Está demostrado que una sociedad infracapitalizada (en la que, como es obvio, la más mínima deuda —v. g., una deuda salarial— genera una altísima *ratio* «deuda: capital») tiende a adoptar proyectos que tienen un grado de riesgo más alto que el que desearían los acreedores y que el *standard* de ese tipo de empresas en el mercado. Tales riesgos —no controlables por los acreedores que a lo sumo conocían sólo los riesgos de la escasa dotación de capital— se hacen recaer sobre los acreedores. Estos costes se producen pues porque el riesgo de la quiebra no aumenta en proporción a la escasez de capital, sino que se dispara y multiplica más allá del típico crecimiento proporcional aritmético e incluso geométrico (39). Se trata de un fenómeno análogo al problema del *moral hazard* en la teoría del seguro: el incentivo a invertir en proyectos más arriesgados de los que se hubiesen emprendido en el supuesto de que la sociedad gozase de una sólida —y suficiente— composición de capital, se produce porque los socios de una compañía infracapitalizada pueden capturar la renta residual de todo el capital invertido, mientras sólo soportan el riesgo de perder el escaso capital aportado. Ellos pueden, por tanto, anticipar una renta más alta por unidad de riesgo de la que obtendrían en el caso de haber capitalizado adecuadamente la compañía. La responsabilidad por infracapitalización se revela, pues, como una necesidad para combatir el azar moral y como una medida perfectamente apta a tales efectos al romper la inmunidad de los socios y re canalizar los riesgos de sus decisiones «camikazes» a sus esferas patrimoniales (40).

b) La responsabilidad por infracapitalización contribuirá además a bajar considerablemente los *costes de la quiebra y del saneamiento de la empresa*. Una sociedad infracapitalizada se encuentra constantemente al borde de la quiebra. Una composición del capital adecuada al objeto social puede evitar esa situación. La función normativa del capital social consiste

(38) M. C. JENSEN-W. H. MECKLING, «Theorie of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure», *Journal of Financial Economics* 3 (1976), 331-332. También ORHNIAL, «Liability Laws and Company Finance» (n. 24), 186. Respecto de los *agency costs*, muy sintéticamente, PAZ-ARES ADC 34 (1981), 650-652.

(39) JENSEN-MECKLING, *Journal of Financial Economics* 3 (1976), 334-337.

(40) ORHNIAL, «Liability Laws and Company Finance» (n. 24), 188, n. 8; y Th. SCHILDBACH, «Sicherheiten versus par conditio creditorum. Eine betriebswirtschaftliche Analyse im Zusammenhang mit der Insolvenzrechtsreform» BB 38 (1983), 2131. El fenómeno del «azar moral» al que aludimos en el texto y sobre el que —por obvias razones «económicas»— no podemos detenernos cuanto hubiéramos deseado, constituye, a nuestro juicio, la clave fundamental para entender los peligros que lleva anejos la infracapitalización. Peligros que en última instancia se materializan —como ha observado Schmidt en un contexto similar— en una *apropiación patrimonial injustificada* por parte de los socios y a cargo de los acreedores: cfr. el razonamiento, desarrollado con toda sencillez, en R. H. SCHMIDT, *Okonomische Analyse des Insolvenzrechts*, Wiesbaden, 1980, 61.

también en cubrir las pérdidas de la sociedad, amortiguarlas y hacer posible que cualquier pequeña pérdida no desemboque irremediadamente en la quiebra. En la quiebra se liquida la empresa social y con ello se disuelven los *unkörperliche Geschäftswerte* (el *goodwill*, el *know how*, la organización, etc.). A esto súmense los gastos del concurso —i. e.: las deudas de la masa— y se comprenderá cuán grande es la disminución del poco patrimonio que tenían a su disposición los acreedores que se consume a través de la quiebra (41). Estos costes, obviamente, pueden rebajarse a través de la responsabilidad por infracapitalización. Bien es verdad que contra este argumento se puede alegar, desde el punto de vista económico, que la liquidación de la empresa sólo ocurrirá si el valor de mercado de los futuros *cash flows* que podría generar la empresa es menor al coste de oportunidad de los activos de la misma (es decir, la suma de los valores de la realización pieza por pieza de los bienes). Podría decirse que tales costes no existen. El argumento es falaz y sólo se tendría en pie si no existiesen los costes de la quiebra y de la reorganización de la empresa. Y ello no parece que sea así, porque aunque pudiese suponerse que todos los acreedores actúan cooperativamente en estos casos, también existen notables *agency costs of cooperative effort* que fomentaría la liquidación (42). La vieja admonición de Jaeger en su *Lehrbuch* continúa, pues, vigente: »Der Konkurs ist ein Wertvernichter schlimmster Art» («La quiebra es un mecanismo destructor de riqueza de la peor ralea»).

7. *La medición de la infracapitalización.* Las consideraciones trazadas en el epígrafe precedente creo que son suficientes para que nos pongamos en guardia de los peligros que esconde la infracapitalización. De ellas se infiere que el capital debe ser adecuado al objeto social; y que si no lo es, los socios incurren —o por lo menos, desde el punto de vista económico, debieran incurrir— en responsabilidad. Estas conclusiones, sin embargo, encuentran a esta altura de nuestro razonamiento dos graves dificultades: ¿cómo saber o cómo determinar si una sociedad está o no infracapitalizada? y ¿qué fundamento jurídico, en su caso, autorizaría la responsabilidad de los socios? De la primera interrogante me ocupo a continuación. La segunda será objeto de examen en el próximo epígrafe.

Se dice: la responsabilidad por infracapitalización no es practicable —es decir: justiciable— porque faltan parámetros que permitan identificarla con la precisión que requieren las más elementales exigencias de la seguridad jurídica y de la calculabilidad del derecho: *judex non calculat*. La ciencia económica, efectivamente, se reconoce impotente para suministrar, de acuerdo con los principios que la gobiernan, un criterio unitario con arreglo al cual pueda determinarse con certeza cuál es el capital adecuado que

(41) M. LUTTER-P. HOMMELHOFF, «Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung in der GmbH» ZGR 8 (1979), 59.

(42) JENSEN-MECKLING, *Journal of Financial Economics* 3 (1976), 340-342. En todo caso la valoración de estos costes es muy difícil: v. R. HAUGEN-L. W. SENBERT, «The Insignificance of Bankruptcy Costs to the Theory of Optimal Capital Structure» *Journal of Finance* 33 (1978), 383-393 e *ibi* la información necesaria. En cualquier caso estos mismos autores reconocen que los costes de liquidación son considerables: *ibi* 384.

requiere una empresa dada (43). Pero con ello no está todo dicho: un problema no puede solucionarse —son palabras certeras de Wiedemann— aduciendo que es muy difícil de solucionar (44). Vayamos, entonces, por partes:

a) La primera precisión es esta: debemos discernir claramente dos problemas distintos. Una cosa es que la teoría económica de la empresa no disponga de un mecanismo exacto de detección de la infracapitalización. Otra distinta, que no se pueda fijar jurídicamente un supuesto de hecho de responsabilidad (*¿Quid iuris* de los daños morales!). *El sistema jurídico opera con parámetros distintos a la ciencia económica, porque sus objetivos son distintos.* Por ello, si se trata de imputar responsabilidad por infracapitalización puede servirse de la elaboración de *parámetros abiertos* y de criterios particulares para cada grupo de casos. Y como quiera que el espacio entre la capitalización adecuada y la infracapitalización es fluido e imposible de acotar con exactitud puede excluirse de la responsabilidad la *zona gris (in dubio pro reo)*. Con estos dos elementos se hace viable la practicabilidad de la responsabilidad. Observamos así que no es necesaria una razón abstracta de balance (*equity-debt ratio*) que es lo que interesa a la ciencia económica. Que esta necesidad no existe lo prueba de entrada el hecho de que al sistema jurídico interesa una verificación *ex ante* de la infracapitalización, es decir, en el momento de la constitución, en el que, evidentemente no existe endeudamiento de la sociedad que permita calcular la razón de proporcionalidad con el capital (45). A la economía empresarial, en todo caso, le interesa una evaluación *ex post*: determinar si en un momento dado la *equity-debt ratio* es óptima desde el punto de vista de la estructura del capital (46).

b) La abundantísima experiencia judicial norteamericana constituye sin duda un dato empírico de primer orden que nos permite afirmar la justicia de la infracapitalización. Allí se estima que una S. A. se halla infracapitalizada cuando su composición de capital se revela manifiestamente reducida y, por tanto, inadecuada respecto del objeto social y del riesgo propio del mismo. La inadecuación se enjuicia desde el punto de vista de lo que haría un empresario ordenado y previsor (*reasonably prudent*) que disponga de conocimientos generales sobre la empresa en cuestión (47). Se exige —esta es la fórmula— un «substantial capital reasonably regarded as adequate to enable it to operate its business and to pay its debts as they matured» (48). Y en todo caso esas cláusulas generales pueden practicarse con la elaboración de distintos criterios suplementarios, tales como el *objeto de la empresa* (no es lo mismo una empresa industrial que una comercial);

(43) BÜSCHGEN, *GmbH-Rdsch* 65 (1974), 27 y 51.

(44) WIEDEMANN *Haftungsbeschränkung* (n. 11), 22.

(45) WINTER, *Haftung der Gesellschafter* (n. 4), 27; y LUTTER-HOMMELHOFF *ZGR* 8 (1979), 65-66.

(46) JENSEN-MECKLING, *Journal of Financial Economics* 3 (1976), 343-351.

(47) GROSSMANN, *GmbH-Rdsch* 69 (1978), 77; *amplius: ibi* 78-81 e IMMENGA, *Personalistische* (n. 8), 366-379.

(48) LATTIN, *Law of Corporations* (n. 9), 77.

la *magnitud del negocio* (49), *la clase y especificidad del riesgo*; *el ritmo de cambio y de aceleración de la obsolescencia y de los programas de producción*, etc., etc., (50).

c) Las cláusulas generales del tipo de las que acabamos de mencionar —como todas las equivalentes que utiliza el derecho privado (padre de familia, comerciante ordenado, acreedor de buena fe, etc.)— permiten un juicio sobre bases negativas; o si se prefiere, una conmensurabilidad negativa de la conducta. Esto es incontestable. El juez puede determinar si una sociedad está infracapitalizada, aunque no se encuentre en condiciones de decir cómo debiera capitalizarse adecuadamente. Como en los delitos de omisión tipificados por el derecho penal, el ordenamiento no puede establecer qué conducta habría que seguir, aunque sí puede sancionar como antijurídica una determinada conducta (51). Estas simples consideraciones revisten gran importancia porque nos indican cómo debemos de construir el supuesto de hecho de la responsabilidad: como *prohibición de una capitalización completa y manifiestamente insuficiente* (a la vista del operador económico medio) *para desarrollar una determinada empresa y tomar parte en el tráfico* (52). Se eluden así los problemas de falta de certeza que se producirían en la zona gris.

d) Frente a la objeción, finalmente, de que se generaría un insoportable déficit de seguridad jurídica, cabe hacer, cuando menos, tres observaciones críticas. En primer lugar, que tal y como planteamos el tipo de responsabilidad —de modo negativo: como violación de una prohibición de infracapitalización *manifiesta*— no se deben de registrar los problemas de calculabilidad y previsibilidad que se producirían a la inversa —es decir, haciendo justificable cualquier violación de un deber positivo de exacta capitalización—; sobre ello no parece necesario insistir. En segundo lugar, es preciso indicar que en cualquier caso el socio previsor tiene a su alcance la posibilidad de informarse a través de expertos sobre el nivel de capital razonablemente adecuado para el riesgo de la empresa que se propone emprender. Si no lo hace y no tiene fe en su propio buen criterio, ¿por qué han de creer en él sus acreedores? (53). En tercer término y para acabar, habría que decir que la imprevisión sólo se puede atajar muchas veces —según ha apuntado Puig Brutau— con una recta aplicación de

(49) Lutter pone el siguiente ejemplo: la Lufthansa-Service GmbH tenía un capital social de 20.000 DM y un volumen de negocios de 200.000.000 DM. Es decir: a cada marco de capital correspondían 10.000 DM de cifra de *affairs*. El peligro es claro: una pequeña pérdida —v. g. 100.000 DM— supone insolvencia, porque el capital no puede amortiguarla: M. LUTTER, «Die Zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe» ZGR 11 (1982), 249.

(50) BÜSCHGEN, *GmbH-Rdsch* 65 (1974), 27-29.

(51) WIEDEMANN, *Haftungsbeschränkung* (n. 11), 22-23.

(52) Así, LUTTER-HOMMELHOFF ZGR 8 (1979), 58-59. Y gran parte de la doctrina: v., a título de ejemplo, KÜBLER, *GesellschaftsR* (n. 9), 238.

(53) WIEDEMANN, *Haftungsbeschränkung* (n. 11), 25.

los criterios de política jurídica (*de policy*) que subyacen a las normas y no con meros ejercicios de *lógica maquina*l (54). Porque sucede a veces que los argumentos de seguridad jurídica se traen a colación interesadamente y entonces funcionan como burda ideología. La seguridad jurídica debe ser administrada equitativamente entre las dos partes del conflicto. La conclusión que se alcanza queda, pues, a la vista: *calculat judex!*

8. *El fundamento de la responsabilidad.* Al llegar a esta altura de nuestro razonamiento y encarar directamente el tema de la fundamentación jurídica de la responsabilidad por infracapitalización tocamos el corazón mismo del problema. Entramos en un terreno muy delicado, porque al fin y al cabo todo nuestro esfuerzo anterior podría disiparse con una simple frase: «eso no lo dice el legislador y por tanto no está en la ley». Es obvio que pensamos de modo diferente; de lo contrario —esto es seguro— nos habríamos ahorrado el esfuerzo de llegar hasta aquí. Nuestra hipótesis de trabajo es pues ésta: «aunque no lo dice el legislador, está presente en la ley» (55). En las consideraciones que preceden ya hemos ido preparando el terreno al contestar la tesis de la relación de sustitución entre capital y publicidad y reemplazarla por aquella otra que postula la relación de sustitución entre capital y responsabilidad cuyo corolario es que la *ausencia de capital de riesgo suficiente debe combatirse con la presencia de la responsabilidad pertinente* (56). Los pasos intermedios que conducen a este resultado pueden detallarse así:

(54) PUIG BRUTAU, *Comentario* (n. 10), 273, n. 16.

(55) De cuanto nos consta, el único ordenamiento que ha disciplinado expresamente la responsabilidad por infracapitalización material es el belga; y concretamente en los artículos 35,6 (SA) y 123,7 (SRL) de las *Lois coordonnées de sociétés commerciales*, introducidos a raíz de la ley de reforma de 4 de agosto de 1978. El texto de ambos preceptos es idéntico e indica que los fundadores de la sociedad, y en su caso los administradores, serán responsables:

«Des engagements de la société dans une proportion fixée par le juge en cas de faillite, prononcé dans le trois ans de la constitution, si le capital était, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins».

Util resulta el examen de los casos resueltos con arreglo a la nueva disciplina por el *Tribunal de Commerce de Bruges* (sentencia de 12-III-1981: RPS 80 (1981), 43-45) y por el *Tribunal de commerce de Bruxelles* (sentencia de 27-V-1982: RPS 82 (1982), 263-266).

(56) Ya sabemos que la doctrina tradicional al afirmar una relación de sustitución entre capital y publicidad está justificando —implícitamente al menos— la limitación de la responsabilidad en la validez de los pactos limitativos de la responsabilidad. Aún desde esta óptica, creo que la infracapitalización publicada debe enjuiciarse como una práctica incongruente con el sistema. La razón residiría en el hecho de que aunque son válidas las cláusulas de limitación de la responsabilidad, el ordenamiento prohíbe los pactos de exclusión de la responsabilidad (exclusión de responsabilidad que se produce, al menos económicamente, cuando la sociedad se constituye con una cifra de capital meramente simbólica): sobre este punto,

a) La infracapitalización es una consecuencia de la autonomía privada concedida a los socios: ellos son libres, *en principio*, de fijar la cifra de capital que estimen conveniente y razonable. Ahora bien, esta libertad de determinación estatutaria —como todo acto de autonomía privada— está sometida a censura y desde luego no carece de fronteras. Y la primera es la *propia congruencia interna con el objeto social seleccionado en el mismo contrato de sociedad*. Los socios son muy libres de fundar o no fundar la sociedad. Y si la fundan, son muy libres de ejercer ésta o aquélla empresa. Pero si fundan una sociedad y eligen una empresa quedan vinculados y deben aportar el capital necesario para su desenvolvimiento: una interpretación distinta tendría que cargar sobre sus espaldas el peso nada leve de la contradicción interna que generaría con los artículos 150, 2 LSA y 30,2 LSRL. Si estas disposiciones preceptúan la disolución de la sociedad por «la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social» de un modo conveniente, cómo va a permitir la misma ley que surja un ente que *ab initio* no está en condiciones de hacerlo. El principio de la congruencia fin-medios no es sólo un postulado elemental de la razón práctica, sino también de la razón jurídica como lo prueba casi literalmente el artículo 39 C. c., incardinado en el capítulo sobre las personas jurídicas. La conclusión no se deja esperar: la libertad contractual no es *divisible*: no existe una libertad de determinación de la cifra del capital independiente y autónoma respecto de la libertad de elección del objeto social y de la libertad de conformación de la empresa (57). Los límites de cualquier acto de autonomía privada provienen evidentemente de la *finalidad objetiva de las instituciones dentro de las que se insertan* (58).

aunque en otro contexto, son muy útiles las consideraciones recientemente esbozadas por A. M. MORALES, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por defectos de la cosa», ADC 35 (1982), 608-609.

(57) Este razonamiento vale para muchas sedes. Saliéndose un poco de las hipótesis que estamos considerando, podemos plantear el siguiente caso: imaginemos que una sociedad necesita para desarrollar la empresa programada 5.000.000 de pesetas y que se constituye con un capital social de 50.000 pesetas, dividido en 50 acciones, con un valor nominal de 1.000 pesetas, pero que se emiten con una prima de 99.000 pesetas, lo cual, *en principio*, está permitido por el artículo 35 LSA (piénsese también en hipótesis equivalentes: v. g., mediante prestaciones accesorias, etc.). De este modo los socios podrán disponer libremente de 4.940.000 pesetas (según el cálculo que autoriza el artículo 106,II LSA.) Obviamente esta construcción es contradictoria con el sistema interno de la LSA. Rompe las funciones que están llamadas a desenvolver las instituciones, porque —como es obvio— *la función de las reservas es la de proteger la integridad del capital y no la de constituir una alternativa al mismo*, sustrayéndose a la severa disciplina que gobierna a aquél. La conclusión —y para este supuesto valen las reglas elaboradas para la infracapitalización nominal (v. *infra* sec. III)— es que tales fondos deben quedar sujetos a las normas del capital: v. sobre este supuesto las interesantes consideraciones de G. B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, Milano, 1969, 59-61.

(58) IMMENGA, *Personalistische* (n. 8), 402. Como señala Fernández de la

b) Debemos indagar por ello, siquiera sea muy brevemente y sólo en función de nuestro razonamiento, el sentido de la institución del capital social (59). A estos efectos partimos —amparados por la doctrina más atendible— de una concepción dualista del capital social, a tenor de la cual este concepto hace referencia tanto a una cifra matemática (v. gr., arts. 113 f y 103, 1) cuanto a una fracción cuantitativa del patrimonio social neto (vg. arts. 1 y 150 LSA). Ambas dimensiones integran el concepto normativo de capital social (60). Por lo que respecta a su función hemos de precisar bien cuál es nuestro punto de vista: estamos plenamente de acuerdo con la literatura más generalizada que le reconoce una *función de garantía frente a acreedores* al operar como cifra de retención permanente (cuando surge la sociedad y en el transcurso de su vida) de un valor patrimonial equivalente (v. fundamentalmente arts. 103, III, 1 y 107 LSA, aparte del numeroso grupo de normas que disciplinan la aportación y conservación del capital ya indicadas *retro*, núm. 5) (61). Esta función de garantía —como también se reconoce generalmente— es exquisitamente normativa, lo que permite utilizarla como argumento dentro del razonamiento jurídico (*ex art. 3, I in fine CC*). Desde esta dimensión funcional del capital es desde donde suele argüirse que como la cifra es conocida por los acreedores, allá ellos si contratan con una sociedad cuyo nivel de retención sea muy bajo (lo cual, dicho sea de paso, es una inferencia incorrecta que ya queda desmentida por el artículo 111, I LSA que se preocupa de tutelar a los acreedores —¿por qué si estos pueden acudir al Registro?— prohibiendo la emisión de obligaciones por encima de la cifra del capital). Desde esta misma perspectiva funcional del capital creo que puede alcanzarse la conclusión contraria. Si el sentido del capital nominal es poner a disposición de los acreedores una fracción del patrimonio para que estos puedan amortizar sus créditos, es evidente que esa finalidad se conecta necesariamente con la idea de un *fondo de garantía*. Y si es así, no puede admitirse que la suma del capital puede ser fijada arbitrariamente y con independencia del objeto social y sobre todo del grado de riesgo de la empresa. Si así fuese, se estaría falseando el objetivo y la finalidad perseguidos por semejante fondo. El argumento de los acreedores extracontractuales y de los obligacionistas bastaría por sí solo para dar consistencia positiva a esta idea. Pero es que además no debemos de perder de vista el hecho de que la ley establece con una minuciosidad admirable las reglas que aseguran la realidad y continuidad de ese «patrimonio ideal de garantía». Ya hemos visto antes que es *altísimo* el número de disposiciones que sirven esta finalidad. Pues bien, *¿qué sentido tendrían todos esos artículos detalladamente dispuestos por la ley si esa misma ley autorizase la fundación de una S. A. con veinte duros?* La cifra del capital social no puede considerarse únicamente como el «precio simbólico» que hay que satisfacer para acceder a la «alta sociedad de las corporaciones». No, las normas de protección de los acreedo-

Gándara, las «limitaciones a la libertad contractual [tienen] su fundamento en los elementos esenciales de caracterización de las formas jurídicas —sustraídos por su propia naturaleza a la libertad de las partes— en la seguridad del tráfico y de los terceros y en las normas a las que el legislador atribuya expresamente carácter necesario»: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Ati-der seiner «Höhe» GmbH-Rdsch* 61 (1970), 140-142.

(59) Muy útiles resultan en este contexto las reflexiones de F. FABRICIUS, «Das Stammkapital der GmbH. Zur Frage seiner Rechtfertigung und der seiner «Höhe» GmbH-Rdsch 61 (1970), 140-142.

(60) Así, por citar tres obras representativas de otros tantos ordenamientos, PÉREZ DE LA CRUZ, *Reducción* (n. 16), 35-40; M. LUTTER, *Kapital. Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG*, Karlsruhe, 1964, 45-49; E. SIMONETTO, «Concetto e composizione del capitale», *Riv. Dir. Comm.* 64 (1956), 133-136.

(61) Así, PÉREZ DE LA CRUZ, *Reducción* (n. 16), 43-47; LUTTER, *Kapital* (n. 60), 50; SIMONETTO, *Riv. Dir. Comm.* 64 (1956), 133-136.

res sólo ganan sentido y eficacia presuponiendo la necesidad normativa de una correlación entre capital de responsabilidad y riesgo de empresa. En otro caso quedarían reducidas a reglas huecas vaciadas de todo contenido ordenador. Y estas consideraciones, desde luego, no pertenecen a la periferia de una idea exacta, sino que propiamente constituyen su corazón (62).

Pero más robusta es la argumentación que podemos desplegar desde la otra dimensión funcional del capital. «En virtud de ella —escribe Pérez de la Cruz— misión básica del capital es la de servir como fondo patrimonial empleado para la obtención de un beneficio, a través del ejercicio de una determinada actividad empresarial. Precisamente por ser ésta la finalidad del capital desde el punto de vista económico, no cabe duda de que al determinar su cuantía debe procurarse que aquélla sea adecuada a la naturaleza de la actividad a que la sociedad va a dedicarse» (63). El autor cuyas palabras acabamos de transcribir, sin embargo, entiende que ésta es una función de índole exclusivamente económica del capital real y que por consiguiente carece de valor jurídico. No existiendo ninguna norma que expresamente preceptúe la adecuación capital-empresa (64) «las sociedades que pretenden dar principio a cualquier género de actividad empresarial pueden hacerlo sin necesidad de demostrar que sus recursos económicos garantizan [...] el éxito en aquélla. De ahí —continúa Pérez de la Cruz— que no falte razón a quienes afirman que, en relación con el capital fundacional, la legislación española consagra una libertad amplísima...» (65). Respecto de este planteamiento que, como se ve, goza de muy autorizados patrocinadores, nos permitimos disentir. A nuestro juicio esta función económica del capital como «patrimonio empresarial» reviste —como la anteriormente examinada— carácter propiamente jurídico (66). No nos podemos detener ahora en un análisis exhaustivo de las razones positivas que autorizan esta conclusión. Enumeramos las más salientes: *el principio general de congruencia fin-medios* ya men-

(62) WIEDEMANN, *Haftungsbeschränkung* (n. 11), 18. LUTTER, *Kapital* (n. 60), 54; K. WINKLER, «Die Haftung der Gesellschafter einer unterkapitalisierte GmbH» BB 24 (1969), 1205.

(63) PÉREZ DE LA CRUZ, *Reducción* (n. 16), 40.

(64) La única que expresamente lo impone, de cuanto nos consta, es la contenida en el artículo 6 de la Ley egipcia n. 26 de 1954, cuyo texto es del siguiente tenor: «Le capital de la société [anonyme] doit être suffisant pour réaliser son objet» (*apud* G. B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, Milano, 1969, 43, n. 86). En nuestro derecho histórico mecanismos parecidos preveían la ley de 28-I-1848 y su Reglamento de 17-II-1848, que imponían a las sociedades *in fieri* la obligación de demostrar la suficiencia de capital para la normal explotación del objeto social. Se trataba, pues, de un control preventivo conectado con el sistema de *octroi* (cfr. PÉREZ DE LA CRUZ, *Reducción* (n. 16), 40-41, n. 27). La disciplina legal se articulaba del modo siguiente: Después de señalar el artículo 4 de la citada ley que para la constitución de una sociedad anónima «será necesaria la autorización del Gobierno expedida en forma de Real Decreto», su artículo 5 declaraba que «[T]oda compañía por acciones se constituirá precisamente para objeto determinado y con un *capital proporcionado al fin de su establecimiento*» (los textos pueden consultarse en P. AVECILLA, *Legislación mercantil de España*, Madrid, 1849, 102). Por su parte, el Reglamento para la Ejecución de la Ley asimismo citado disponía en su artículo 13 y en perfecta consonancia con la norma legal que «[C]orresponde al gefe político examinar: [...] 3.º Si el capital prefijado en los estatutos sociales puede graduarse [esto es: considerarse] suficiente para el objeto de la empresa...» (*apud* AVECILLA, *ibi* 106). Un control preventivo de esta naturaleza es desconocido por el derecho comparado actual, aunque a él se asemejan ciertas prácticas de la jurisprudencia italiana reciente de las que damos cuenta *infra* n. 76.

(65) PÉREZ DE LA CRUZ, *Reducción* (n. 16), 40-41.

(66) Información suficiente en LUTTER, *Kapital* (n. 60), 50-53.

tado que consagra el artículo 39 CC en materia de personas jurídicas y que confirman los artículos 150, 2 LSA y 30,2 LSRL al disponer la disolución de la sociedad por imposibilidad manifiesta de conseguir el objeto social (67). Esta idea la avalan los artículos 8 LSA y 3,1 LSR al establecer la necesidad de suscribir íntegramente el capital y de desembolsarlo (en la S. A. parcialmente). Si la «función empresarial» del capital no estuviese tutelada por el ordenamiento no serían necesarias estas previsiones que tienden a poner a disposición de la sociedad los fondos indispensables para acometer su empresa. La función de garantía estaría ya cubierta con la indicación registral de que el capital no se halla íntegramente suscrito (como sucedía antes: art. 151, VII C. de c.) o desembolsado (art. 11,3 LSA). Asimismo responden a esta misma idea otros muchos preceptos que gobiernan las aportaciones sociales y concretamente los artículos 31 LSA y 8, III, IV y V LSRL. Allí se establece una amplísima libertad de aportación que sólo tiene por límite la aportación de industria (arg. ex art. 31 y 33 LSA). De tales disposiciones se infiere que la función primaria de las aportaciones no es tanto la de constituir un patrimonio de garantía como la de formar un patrimonio empresarial. Si no fuese así y la única función del capital fuese la garantizadora sólo cabría la aportación de bienes susceptibles de embargo, ejecución singular y realización independiente en el mercado. Y sin embargo se permite la aportación de bienes no pignorables —v. g., un contrato de agencia, *Know how* o el secreto industrial—. E incluso la aportación de una empresa, cuyo valor de realización si se procede a la ejecución singular (y claramente en la liquidación concursal) disminuye notablemente frente a su valor global como unidad productiva (v. art. 103, II, 12 LSA) (68). Parece obvio, pues, que los bienes aportables se miden en función de su utilidad empresarial más que en función de su capacidad de garantía.

El capital, pues, resultando típicamente constituido por las aportaciones de los socios, no puede ser concebido exclusivamente como un fondo de garantía, sino que ha de verse, además, como un conjunto de valores predis puesto por los socios para el ejercicio de aquella actividad común que los artículos 116 C. de c. y 1.665 CC estiman instrumental para la consecución del lucro. Y si ahora dirigimos nuestra mirada a la ciencia económica observamos el progresivo afirmarse de tesis paralelas a la que hemos mantenido a tenor de las cuales *la mejor garantía prestada por una empresa a los terceros acreedores es la constituida por su capacidad de rédito derivada de la aptitud de la empresa para una producción lucrativa* (69). La conclusión de todo este razonamiento ya no se deja esperar más: desde el momento de su constitución la sociedad debe estar dotada de un capital adecuado a su objeto social, ya que no sería posible atribuir al mismo aquella función empresarial si los socios pudiesen libremente determinar su magnitud sin conectarla a la actividad programada en el acto constitutivo. Nos situamos, por consiguiente, en un punto intermedio respecto de los distintos planteamientos doctrinales sobre la función del capital: no compartimos las tesis de quienes entienden que el capital tiene como función exclusiva la propia de un «fondo de garantía» (*Haftungstock*); ni la de aquellos otros que como Ferrera le atribuyen únicamente un papel de «patrimonio empresarial» (*Betriebsfond*). A nuestro modo de ver ambas funciones son normativamente concurrentes (70). Esta concurrencia —he aquí la clave— no se plantea, sin embargo, en términos contradictorios, sino en términos complementarios: *la función empresarial del capital es una función de garantía de acreedores*. Desde esta óptica podemos afirmar que el capital social desempeña una im-

(67) PORTALE, *Capitale sociale* (n. 64), 45-48.

(68) *Ibid.* 16-34.

(69) *Ibid.* 36-37. Entre nosotros, v. M. VERGEZ, *El socio industrial*, Madrid, 1972, 74-76.

(70) LUTTER, *Kapital* (n. 60), 50-52; VERGEZ, *Socio industrial* (n. 69), 57-59.

portantísima función preventiva como «amortiguador de riesgos» (*Risikopolster*). Una finalidad esencial de la disciplina del capital es, pues, la de asegurar la *subsistencia de la sociedad* en favor de los acreedores (y de los socios), para lo cual es necesaria una capitalización congruente con el objeto. Una sociedad infracapitalizada está perennemente al borde de la quiebra: cualquier pequeña pérdida la sitúa en un estado de insolvencia que hay que evitar, porque ello genera importantes costes para los acreedores que verían disolverse en el proceso concursal innumerables valores del activo que no pueden realizar (todos los *unkörperliche Geschäftswerte*) (71). Esta función del capital evitadora de la quiebra y compensadora de pérdidas se hace patente, por lo demás, en el artículo 106, I y II LSA: el legislador estatuye una reserva legal justamente en función del capital para amortiguar los riesgos de pérdidas. Con mayor razón habrá que presuponer esta función del capital mismo que es la magnitud más relevante. Y si es así, de nuevo corroboramos la necesidad de que dicho capital sea adecuado al riesgo de la empresa que desempeñe la sociedad.

En conclusión, pues, de la disciplina y función normativa del capital se induce claramente un principio de capitalización adecuada, cuya justiciabilidad se ampara en su carácter netamente jurídico.

c) Cuando, por consiguiente, los socios infringen los límites que a la autonomía privada impone la normativa del capital y constituyen una sociedad infracapitalizada, entonces —esta me parece la conclusión— deben responder. Mas, ¿cómo se instrumenta esta responsabilidad? Podría pensarse —como se ha pensado— que los socios incurren en una responsabilidad por aportación; es decir, por no haber integrado el capital que objetivamente se revelaba necesario. Y por consiguiente que deben responder *diferencialmente*: es decir, quedan obligados a satisfacer cada uno en proporción a su cuota de participación, la diferencia que media entre el capital realmente aportado y el que debieran haber aportado (72). Los acreedores pues, una vez declarada la quiebra, podrían pedir a los socios que reintegrasen a la masa activa el «capital debido no desembolsado», es decir, aquellas «cantidades que —según dispone el art. 926 C. de C.— estuviesen *obligados a poner en concepto de tales socios*». Este planteamiento, sin embargo, no convence: no basta con que los socios reintegren lo que debían de haber abonado si se hubiesen comportado como «comerciantes ordenados», lo cual, por lo demás, es incommensurable y de imposible determinación. Porque aún en la hipótesis de que fuese factible determinar la cantidad debida, ello no satisfaría a los acreedores ya que justamente la infracapitalización ha sido la causa del concurso que podría haberse prevenido con una capitalización adecuada. La responsabilidad diferencial, pues, mientras satisface las exigencias de la función represiva del capital, no atiende a las de su función preventiva (72 bis).

(71) LUTTER, ZGR 11 (1982), 269; LUTTER-HOMMELHOFF, ZGR 8 (1979), 680.

(72) Así, WINKLER BB 24 (1969), 1206.

(72 bis) ULMER, *Festschrift DUDEN* (n. 15), 680.

La responsabilidad debe articularse a través de la pérdida del privilegio de la responsabilidad limitada concedido por los artículos 1 LSA y 1, II LSRL. ¿Por qué? La razón es obvia y ya hemos tenido ocasión de ponerla de relieve: *la limitación de responsabilidad sólo adquiere sentido a través de la construcción simultánea de un patrimonio de responsabilidad que sustituye la responsabilidad personal del socio*. El privilegio sólo puede mantenerse —ésta era la enseñanza del prof. De Castro— a través de la subsistencia de sus presupuestos normativos. La limitación de responsabilidad no es una garantía establecida por el «derecho natural, ni una libertad garantizada por la Constitución, sino un privilegio —señala Wiedemann— que el ordenamiento no concede incondicionalmente» (73). «El socio debe arriesgar un determinado patrimonio para no tener que arriesgarlo todo» (74). Por consiguiente, si falta el presupuesto normativo del privilegio —una adecuada capitalización— se impone *la reducción teleológica* de los artículos 1 LSA y 1, II, LSRL y el consiguiente restablecimiento de la vigencia del derecho común que en este punto es el artículo 1.911 C. c. (75). Esta es la solución que más adhesiones ha merecido en Alemania (76) y la que estimamos más correcta desde el punto de vista técnico.

(73) WIEDEMANN, *Haftungsbeschränkung* (n. 11), 6.

(74) *Ibid.* 17-18.

(75) ULMER, *Festschrift DUDEN* (n. 15), 677-679; LUTTER-HOMMELHOFF, ZGR 8 (1979), 59-60, e *ibi* más información. El artífice más señalado de esta construcción —aparte, claro está, de Wiedemann en su trabajo tantas veces citado— es Peter Ulmer, a cuyo escrito más extenso y elaborado, sin embargo, no hemos podido tener acceso: v. P. ULMER, Anh. § 30, en HACHENBURG (ed.), *GmbH-Grosskommentar*, Berlin-New York⁷, 1977.

(76) Como lo prueba su presencia en los manuales más recientes: KUBLER, *GesellschaftR* (n. 9), 239; RAISER, *Recht der Kapitalgesellschaften* (n. 9), 208. Aunque bajo un planteamiento totalmente distinto (se trata de un control preventivo y no represivo) y con una construcción muy diferente del supuesto de hecho (se trata de una denegación de inscripción registral y no de una hipótesis de responsabilidad) responden a los mismos objetivos de fondo algunos pronunciamientos de la «pequeña jurisprudencia» italiana. En ellos se observa la negativa del juez a homologar los actos constitutivos de una sociedad de capitales o los acuerdos de reducción de capital cuando la cifra del capital social (inicial o reducida) se manifiesta claramente insuficiente para la consecución del fin común; es decir, para la realización del objeto social (sobre ello remito a las noticias que nos suministra F. FENGHI, «Capitale e oggetto sociale: osservazioni e problemi», *Riv. soc.* 24 (1979), 590-598). Como botón de muestra de esta línea jurisprudencial pueden valer dos *Decreti* o autos del *Tribunale de Roma* dictados en la misma fecha: 14-XII-1977. A través de ellos se denegó la inscripción en el Registro de Empresas de dos escrituras de SRL que pretendían constituirse con un capital nominal de 50.000 liras en un caso y de 900.000 en el otro, siendo sus objetos sociales la actividad industrial (industria maderera, de construcción, extractiva, química, etc.); la actividad comercial (distribución al por mayor y minorista de una vasta gama de productos —alimenticios, textiles, de electrodomésticos, de maquinaria agrícola, etc.). La argumentación desenvuelta por el Tribunal es idéntica en ambos *Decreti*: la «vastità pressoché illimitata dell'oggetto sociale lo rende sostanzialmente privo di significato, vanificandone la determinazio-

El resto de las construcciones elaboradas por la doctrina —fundamentalmente alemana— carecen a mi juicio de la necesaria congruencia normativa. Examinamos, por un momento, las más relevantes:

a) *Responsabilidad extracontractual por defecto de organización.* Este planteamiento esbozado por Reinhardt y elaborado fundamentalmente por su discípulo Erlinghagen se basa en un razonamiento en apariencia muy simple: se parte de que el principio de la asunción de un riesgo adecuado a la actividad desarrollada forma parte del orden público económico y que por consiguiente existe un defecto de organización en la sociedad cuando no está congruentemente capitalizada. Ello da lugar a una responsabilidad delictual del «organizador», siempre y cuando ello haya causado daños a terceros (77). Este planteamiento es el que sigue la jurisprudencia francesa y el que parecía desprenderse de la jurisprudencia belga anterior a la reforma de 1978. Así, por ejemplo, se produjo la *Cour d'Appel* de Aix-en-Provence, en su sentencia de 18-VI-1975: «Une société qui a crée [...] une entreprise [se trataba de una sociedad filial] depourvue des moyens indispensables [...] commet une faute et engage sa responsabilité...» (78). Esta construcción, sin embargo, se revela susceptible de múltiples críticas: en primer lugar plantea el problema —crónico en esta materia— de la conmensurabilidad de la indemnización y de la exacta determinación de la relación de causalidad entre la infracapitalización y el daño (79). Pero la objeción fundamental se dirige contra el núcleo de la construcción: El derecho privado no establece ningún tipo de *Organisationszwang* cuya lesión origine responsabilidad. Y si esa obligatoriedad o compulsividad no se refiere al tipo social, sino a la altura del capital, entonces sí podemos admitir que existe un defecto organizativo de capital, en cuyo caso es mejor llamar a las cosas por su nombre (80).

b) *La teoría de la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad.* Este planteamiento —claramente dominante en la jurisprudencia norteamericana (aunque sólo sea terminológicamente)— sigue un procedimiento

ne —solo aparente— e *redondone praticamente impossibile la realizzazione* in relazione [...] all'entità irrisoria del capitale sociale (L 50.000); ... en relación —dice el segundo Decreto— »all'esiguità del capitale (900.000)» (las resoluciones se reproducen y comentan por la redacción de la revista *Giur comm* 5 (1978) II, 739-740). Observamos, por lo tanto, la instrumentación de una censura previa de la congruencia capital/objeto, cuyo apoyo positivo se busca, entre otros, sobre todo, en el artículo 2.448,2 *Codice Civile*. Este precepto —viene a decirse— al establecer como causa de disolución la imposibilidad sobrevenida de conseguir el fin social declara implícitamente inadmisibles la constitución de una compañía cuyo objeto se revele ya *ab initio* imposible y por consiguiente también inadmisibles la fundación de una sociedad cuyo capital social es inadecuado para la realización del objeto social.

(77) R. REINHARDT, «Considerazioni sul problema dell'identità dinanzi alla società in una mano», trad. it. NRDC 9 (1956), 268-269; ERLINGHAGEN, «Haftungsfrage bei einer unterkapitalisierten GmbH», *GmbH-Rdsch* 53 (1962), 169-176. No obstante la síntesis del texto, se aprecian importantes diferencias entre cada uno de los autores: v. el resumen de WINKLER BB 24 (1969), 1204.

(78) D. SCHMIDT, «La responsabilité civile dans les relations de groupe de sociétés», *Rev. Soc.* 99 (1981), 727-728. Para el derecho belga previgente v. L. DABIN, «Das Problem der Société de personnes a responsabilité limitée und die Sicherung der Gesellschaftsgläubiger», en WIEDEMANN-BAR-DABIN, *Haftung des Gesellschafters* (n. 11), 125-128.

(79) «Praktisch unlösbar»: WINKLER BB 24 (1969), 1204.

(80) *Ibid.* 1204. Más críticas en WINTER, *Haftung der Gesellschafter* (n. 4), 98-101.

bien conocido: cuando se abusa de la persona jurídica o se utiliza fraudulentamente, el juez queda autorizado para romper su autonomía y operar a la luz de los hechos. En los casos de infracapitalización se imputará, pues, responsabilidad a los socios, toda vez que se han servido de la persona jurídica para fines que no ampara el ordenamiento: la externalización de riesgos (81). No vamos a detenernos en someter a crítica este planteamiento, pues su error de base radica, a nuestro juicio, en la existencia de determinados prejuicios sobre la persona jurídica (cfr. *retro*, núm. 4) (82).

c) *La teoría de la declaración por facta concludentia y la protección de la confianza.* Erman parte del hecho de que el socio responde como consecuencia de y en la medida en que concluyentemente declare frente a terceros que se comportará correctamente en su papel de socio. Quien toma parte en el tráfico económico limitando su responsabilidad sólo tiene la voluntad de conducirse correctamente cuando cumple los presupuestos implícitos en esa limitación de responsabilidad. El socio, por consiguiente, declara a través de hechos concluyentes —por el mismo hecho de participar en el tráfico— que la sociedad estará adecuadamente capitalizada. Si no lo está —y como quiera que es necesario proteger la confianza del tráfico— debe responder de la infracapitalización. Las críticas a semejante construcción se amontonan: hablar de la existencia de una declaración de voluntad de este género es una ficción inadmisibles; no puede fundamentarse una protección de la confianza en un hecho de credibilidad tan débil; es impropio esta protección —si no existe auténtica declaración— porque contradiría los efectos negativos de la publicidad material del registro; etc. (83).

9. *Régimen jurídico de la responsabilidad.* Una vez delimitado el supuesto de hecho de la responsabilidad (absoluta y manifiesta desproporción entre el capital de responsabilidad y objeto social) y esclarecido su fundamento (la pérdida del privilegio de la limitación de la responsabilidad operada en virtud de una reducción teleológica que se basa en la función y finalidad de la institución del capital social) conviene que muy brevemente tracemos su régimen jurídico:

(81) En nuestra literatura parece ser ésta la única vía explorada (aunque se manifieste su insuficiencia): v., sobre todo, FONT RIBAS, *RJCa* 71 (1982), 870, 878-884. Es preciso puntualizar, con todo, que Font no está tratando específicamente la constelación de casos que aquí nos ocupa. El plantea, sin distinguirlas, hipótesis de descapitalización y de infracapitalización.

(82) Una crítica a fondo en J. WILHELM, *Rechtsform und Haftung bei der juristische Person*, Köln-Bonn-Berlin-München, 1981, 285 ss. La perspectiva desde la que se objeta la *Durchgriffstheorie*, sin embargo, no la podemos compartir por cuanto hemos dicho *supra* núm. 4. Por su parte, este autor construye una curiosa doctrina sobre la responsabilidad por infracapitalización, que parte precisamente de una vuelta atrás y consiguientemente de una recuperación de las teorías clásicas sobre la persona jurídica. Su tesis, que él mismo califica como «antítesis de la *Durchgriffstheorie*», se resuelve en una «responsabilidad del socio por la infracción del deber de cuidado que le incumbe en su calidad de órgano de la SA o SRL»: una aproximación crítica a semejante planteamiento en E. SCHANZE, «Durchgriff, Normanwendung oder Organhaftung?» *AG* 27 (1982), 43-44.

(83) Recojo la síntesis de planteamiento y crítica de WINTER, *Haftung der Gesellschafter* (n. 4), 78-88. En general, sobre la insuficiencia de los remedios tradicionales del derecho civil para lograr una eficaz protección de los acreedores de las sociedades de capitales, v. ULMER, *Festschrift DUDEN* (n. 15), 667-669.

a) *Momento de la responsabilidad.* La prohibición de una composición total y manifiestamente insuficiente del capital pesa siempre sobre las espaldas de los socios: no sólo en el momento fundacional, sino también en el curso sucesivo de la vida social. Y aunque lo normal sea que la infracapitalización se produzca en el momento de la constitución puede muy bien ocurrir que acontezca más tarde, como consecuencia, por ejemplo, de la omisión de un aumento de capital ante la ampliación de las operaciones sociales (84). Dicho esto, conviene, sin embargo, precisar que no deben confundirse tales hipótesis con los casos de *descapitalización* (85). La responsabilidad por infracapitalización, por otra parte, aunque surge en el momento en que la desproporción capital-empresa se hace manifiesta no puede exigirse más que por vía judicial en proceso de ejecución (y en la normalidad de los casos se producirá en supuestos de liquidación concursal). La razón es clara: si lo que trata de evitar la capitalización suficiente es la liquidación de la empresa, no es congruente permitir que se exijan responsabilidades antes de que se llegue a tales situaciones (86).

b) *Trámite de deducción de la responsabilidad.* La responsabilidad por infracapitalización es una responsabilidad de tipo subsidiario que pesa sobre los socios sólo en la medida en que los acreedores resulten insatisfechos en el concurso. ¿Pero cómo debe tramitarse la deducción de la misma? A mi juicio, la respuesta más congruente sistemáticamente pasa por permitir a los síndicos que ejerzan una acción directa contra los socios por el valor proporcional a sus participaciones de la cuota del pasivo social que quedaría desatendida con la liquidación de los bienes sociales.

Es cierto que en principio podría pensarse en la aplicación analógica a este supuesto del artículo 923 C. de c., máxime teniendo en cuenta que en aquel precepto se comprende a los comanditarios que perdieron la limitación de responsabilidad. La identidad de razón quedaría cubierta por el hecho de que la responsabilidad por infracapitalización es una responsabilidad subsidiaria e ilimitada similar a la del comanditario (cfr. arts. 147, II y 127 C. de c.). Sin embargo, creemos que el artículo 923 C. de c., dado su carácter *excepcional*, no es susceptible de extensión analógica (87). Los ar-

(84) LUTTER-HOMMELHOFF ZGR 8 (1979), 61.

(85) La responsabilidad por infracapitalización no se produce —sería sistemáticamente contradictorio— en los casos en que se reduzca el capital por pérdidas, ya que, aquí, en rigor, la infracapitalización (caso de llegar a producirse) surge justamente como consecuencia de la operatividad del capital social como *Risikopolster* (arg. ex arts. 99 y 150,3 LSA). Tema distinto es el de si existe —como creemos— una causa de disolución (ex arts. 150,2 LSA y 30,2 LSRL) en los supuestos en que el capital devenga manifiestamente insuficiente, en cuyo caso no basta reducir, sino que es necesario disolver (o reducir y sucesivamente —mediante nuevas aportaciones— aumentar).

(86) KÜBLER, *GesellschaftsR* (n. 9), 239.

(87) F. SÁNCHEZ CALERO, «Sobre el sometimiento a la quiebra de los socios colectivos», RDM 59 (1956), 35-37.

gumentos no son difíciles de descifrar: atendiendo a la explicación del precepto que parece más plausible, la extensión al socio colectivo de la quiebra se justifica precisamente por el hecho de que además de la sociedad, tal socio colectivo ya está él mismo en quiebra (88). Y si ésta es la *ratio* de la norma, evidentemente no puede trasladarse al supuesto que nos ocupa, en el que la quiebra de la sociedad de capitales nada dice sobre la situación patrimonial de sus miembros.

Otros autores han sostenido que aunque la responsabilidad por infracapitalización sólo devenga exigible como consecuencia de la quiebra, el síndico no puede ocuparse de ella. Los acreedores, singularmente y una vez cerrado el concurso, podrán dirigirse contra los socios por el importe insatisfecho de sus créditos. Mas este punto de vista tampoco parece aconsejable: se abriría una carrera de velocidad entre los acreedores y el resultado sería que únicamente los acreedores mejor informados —es decir, los más fuertes— verían colmadas sus expectativas. Se produciría, pues, una satisfacción desproporcional e irracional. Jurídicamente, además, esta solución no es consistente: la responsabilidad de los socios —señala atinadamente Lutter— no se abre al acreedor individual porque aquellos hayan atendido *su* riesgo (el del acreedor individual) con medios totalmente insuficientes, sino porque existe una altísima desproporción entre la suma total de deudas (antes riesgos) y el patrimonio de responsabilidad previsto a tales efectos por los socios. Por ello no es congruente desde el punto de vista del fundamento de la responsabilidad un tratamiento atomizado de los acreedores (89).

A nuestro juicio, los acreedores deben ser satisfechos colectivamente en el proceso de quiebra. Ya hemos indicado cómo: el síndico ejercitará contra los socios —y en proporción a sus tasas de participación— acciones de reclamación por el importe del pasivo concursal no atendido por los bienes sociales en liquidación. Y lo harán del mismo modo a como lo efectuarían contra el socio comanditario por el importe de su suma de responsabilidad en los casos en que ésta fuese más alta que la suma de aportación (art. 148, III C. de c.), porque aquí sí existen condiciones que permiten la aplicación analógica (90).

c) *Los sujetos pasivos de la responsabilidad.* No se puede hacer responsables a todos los socios por el mero hecho de detentar alguna participación social. La atribución de responsabilidad necesita un *criterio de imputación*, que como dice Kübler debe ser extraído del mecanismo desencadenante de la responsabilidad, esto es, de la misma infracapitalización. ¿A quién es imputable la infracapitalización? (91). A mi juicio y ya que estamos en el campo del desarrollo del derecho *secundum legem* habría que utilizar criterios de valoración que hayan sido positivizados por el legislador para supuestos análogos. Y un caso análogo —es decir, un supuesto de pérdida de la responsabilidad limitada— nos lo ofrece el artículo 147, II C. de C. respecto del comandatario cuyo nombre haya sido incluido en la razón social. La interpretación más adecuada de esta norma nos indica que para que se produzca la

(88) *Ibid.* 28-33.

(89) LUTTER-HOMMELHOFF, ZGR 8 (1979), 62-63.

(90) Poco importa ahora cómo se configure esa acción: como directa o oblicua o subrogatoria: v. J. GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, Madrid, 1976, I, 583-585.

(91) KÜBLER, *GesellschaftsR* (n. 9), 329.

pérdida de la limitación de responsabilidad es necesario que el comanditario *coopere de alguna* forma —por acción o por tolerancia— en semejante inclusión (92). Los socios, por consiguiente, que no sabiendo de la infracapitalización (por ejemplo por hallarse alejados de la vida social) o que sabiendo de ella se hayan opuesto a la misma deben quedar liberados de responsabilidad. Aceptamos así la doctrina de la jurisprudencia americana del «innocent shareholder» (93).

Otras orientaciones doctrinales no nos parecen adecuadas. No nos lo parece, en primer lugar, aquella según la cual la responsabilidad no puede imputarse más que a los socios que sean responsables —fáctica o jurídicamente— de la composición adecuada del capital; es decir, aquellos que dispongan del influjo que es necesario —legal, estatutaria o fácticamente— para la determinación del capital (2/3 según art. 58 LSA). Se entiende incluido tanto el socio como el grupo cordinado de socios que detenten semejante influjo (94). Aparte de argumentos de seguridad jurídica, creemos que este criterio sólo podría servir, eventualmente, para los supuestos de infracapitalización sobrevenida, pero no para los más recurrentes de infracapitalización originaria.

Tampoco nos parece aceptable la propuesta contraria: responsabilizar a todos los socios con independencia de su *status* jurídico y fáctico dentro de la sociedad. Este punto de vista se fundaría en la existencia de un deber objetivo de aportación adecuada (95) o en el pensamiento de que, siendo la composición adecuada de capital una condición objetiva para que aparezca la responsabilidad limitada, ello no depende de que se conozca o no por parte de los socios (96). Entiendo, sin embargo, que esta propuesta no es racional: no podemos cancelar los efectos externos de cara a los acreedores generando nuevas externalidades de frente a accionistas o socios que no pudieron hacer su propio cálculo de riesgos. Positivamente esta solución no la autoriza —según queda indicado— la interpretación más usual —y atendible— del artículo 147,II C. de c., que disciplina un conflicto de intereses similar.

III. INFRACAPITALIZACION NOMINAL

10. *Planteamiento del problema.* Hasta ahora nos hemos referido a supuestos de *infracapitalización material* de la sociedad y hemos delimitado las hipótesis de responsabilidad supletoria de los socios de modo negativo: pierden el privilegio de la responsabilidad limitada en aquellos casos en que la capitalización de la sociedad se revele absolutamente insuficiente. Corresponde ahora examinar la problemática gemela de la *infracapitalización nominal*. La diferencia respecto de la constelación de casos anterior estriba

(92) GIRÓN, *Derecho de Sociedades* (n. 90), 551.

(93) LATTIN, *Law of Corporations* (n. 9), 76.

(94) Así, IMMENGA, *Personalistische* (n. 8), 411; ERLINGHAGEN, *GmbH-Rdsch* 53 (1962), 176, y otros autores utilizando, sin embargo, criterios no siempre coincidentes, pero que se basan en la idea de control o influencia.

(95) WINKLER, *BB* 24 (1969), 1206.

(96) WIEDEMANN, *Haftungsbeschränkung* (n. 11), 31.

en que aquí los socios financian adecuadamente la empresa social, con la particularidad de que dicha financiación la dejan fuera de la esfera de retención de la cifra estatutaria del capital social.

Este procedimiento de financiación, desgraciadamente, resulta muy frecuente en la vida empresarial. El itinerario de la práctica es más o menos el siguiente: se comienza con la fundación de una persona jurídica cuyo capital nominal es demasiado pequeño para los negocios planeados. Se constituye, pues, una sociedad infracapitalizada. Acto seguido, el socio, o grupo de socios de control, conciertan un préstamo con la sociedad y le suministran los fondos necesarios para que pueda llevar a efecto su objeto social. De este modo, los socios-prestamistas se atribuyen el papel de acreedor, de manera que si los negocios fracasan tienen la posibilidad de hacer valer su derecho sobre el patrimonio de la sociedad en concurrencia con los demás acreedores. La operación obviamente es muy rentable: como socios habrían quedado pospuestos a los auténticos acreedores. Este tipo de prácticas, como las examinadas en la sección anterior, se producen sobre todo en el ámbito de las sociedades personalistas de estructura capitalista y específicamente en el complejísimo mundo de los grupos de empresas. Este ejemplo es bien conocido de todos: una sociedad inmobiliaria funda una subsidiaria con un capital meramente simbólico y le encomienda que levante un gran edificio. La construcción se financia a través de préstamos de la sociedad madre con una generosa tasa de interés. Se venden los pisos y con el dinero obtenido se amortiza el capital del mutuo y se satisfacen los intereses. En la caja de la sociedad filial ya no queda sino la cantidad simbólica que retiene la cifra del capital. Cualquier reclamación de los pequeños acreedores (adquirentes de las viviendas, trabajadores, pequeñas empresas de servicios, etc., etc.) va a caer en el vacío. Nada desdeñables en este contexto son también las ventajas fiscales que la fórmula proporciona: los beneficios no tributan, pues, se distribuyen bajo la forma de intereses; y los intereses, como tales, son gastos de la sociedad no sometidos a imposición.

Si un banco constituye una sociedad, la dota con un capital de 1.000.000 —me refiero a un caso real que relata von Caemmerer— y a continuación le concede un préstamo de 600.000.000 al 20 por 100 de interés, a simple vista y por poco olfato que tengamos, resultará obvio que «algo no marcha bien». Y sin embargo, formalmente al menos, la operación resulta impecable. Si nos paramos un momento a observar lo que sucede, inmediatamente nos apercibiremos de que estos préstamos constituyen el pilar de una construcción impropia que se rige por principios jurídicamente incompatibles: *maximización del beneficio y minimización del riesgo* (97). Con todo, de aquí no podemos inferir sin más una regla ciega a tenor de la cual debemos calificar de impropia toda operación crediticia en la que coincidan o se superpongan el papel de socio y el papel de acreedor. Esa calificación sólo puede derivarse de la mediación de *criterios objetivos de imputación* (98). No todo préstamo realizado por un socio debe calificarse de irregular o impropio. La impropiedad se genera sólo cuando la función económica de los fondos prestados es la de sustituir la dotación del capital de responsabilidad. Es decir, cuando el préstamo es for-

(97) *Ibid.* 25.

(98) K. SCHMIDT, «Kapitalersetzende Bankenkredite», ZHR 147 (1983), 184.

malmente *capital ajeno* (un crédito frente a la sociedad) pero materialmente viene a subvenir el déficit en la composición adecuada del *capital propio* (capital social). El caso muy bien podría calificarse, desde el punto de vista económico, de *simulación relativa*: los fondos se suministran aparentemente bajo la causa del préstamo, aunque en la realidad opera la causa de la aportación. La irregularidad, pues, de esta suerte de financiación es manifiesta.

La conclusión de estas breves consideraciones salta por sí sola: cuando una persona quiere ejercitar una determinada empresa en forma de sociedad anónima o limitada tiene que arriesgar un capital adecuado y este capital adecuado no puede ciertamente consistir en un préstamo. Expresada de esta otra manera, la conclusión no muda un ápice: cuando una persona pretende desarrollar un objeto social tiene que someter los fondos adecuados al riesgo empresarial general y no contraerlos al riesgo general del acreedor (99).

11. *La solución del problema.* La siguiente cuestión a resolver puede formularse como sigue: verificada la impropiedad o irregularidad de estas operaciones en el orden funcional, ¿cómo deben tratarse en el orden jurídico? ¿Con qué recursos cuenta el ordenamiento para controlar esta suerte de financiación de la empresa que tantos peligros acarrea para los «verdaderos» acreedores? Para afrontar estos interrogantes no nos queda más remedio, ante la ausencia de experiencia doméstica (y en espera de poder contribuir a constituirla), que contemplar, una vez más, la experiencia comparada. Y allí constatamos —sobre todo si tenemos en cuenta la jurisprudencia norteamericana y alemana que han debido enfrentarse en multitud de ocasiones con estos problemas— una insospechada homogeneidad en la solución suministrada: los jueces han frustrado siempre las intenciones minimizadoras de riesgo de los socios tratando los fondos prestados como si fuesen capital social. Esta calificación —*substantial capital* o *kapitalersetzende Darlehen*— les ha permitido aplicar análogicamente las normas que gobiernan el capital social. Y de este modo los jueces: (a) han ordenado a petición del síndico la restitución a la masa de la quiebra de los préstamos amortizados del mismo modo que hubiesen ordenado la devolución de las aportaciones sociales indebidamente reintegradas a los socios (arg. *ex art.* 107 LSA); y (b) no

(99) Un caso ejemplar para comprender la regla que exponemos en el texto nos lo proporciona el pleito *Arnold v. Phillips* (117 F. 2d 497 [6th Cir 1941]). Allí nos topamos con un préstamo del socio a la sociedad, cuyo importe total se divide: una parte —la que el juez consideró necesaria para una «adequate capitalization as condition to limited liability»— se considera *capital propio* y, consiguientemente, se somete a la disciplina de la indisponibilidad del capital; otra parte —la que excede de aquel deber de «adequate capitalization»— se considera *capital ajeno* y, por ende, en esa medida, se permite que el socio ejercite los derechos ligados a la posición de prestamista-creedor: LATTIN, *Law of Corporations* (n. 9), 74-75.

han permitido a los socios prestamistas concurrir con los demás acreedores en la quiebra, con el resultado de dejar su crédito sin rango concursal, de la misma manera que no habrían consentido concurrir a los socios con el título crediticio de su aportación (arg. ex art. 926 C. de C.) (100).

A nuestro juicio esta es la solución que conviene incorporar a nuestra praxis judicial siempre y cuando concurran, esto lo damos por descontado, las condiciones que examinaremos más adelante (v. *infra* núms. 13 y 14). Es verdad —y somos plenamente conscientes de ello— que este planteamiento resulta ajeno en principio a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (al menos respecto de la que nos consta) (101). Con todo, confiamos en la viabilidad de la incorporación. Dos indicadores por lo menos nos hablan en este sentido: de un lado, la impresión de que la solución no es totalmente extraña a nuestro sistema jurídico se confirma con el hecho de que la misma ya ha sido atisbada por algún pronunciamiento judicial en materia tributaria (102). De otro, la resistencia tradicional a justiciar este tipo de casos se desmiente en gran medida si no perdemos de vista la muy plausible tendencia que se detecta en nuestra jurisprudencia de casación en el sentido de una progresiva recepción de interpretaciones flexibles y funcionales de la normativa atinente a la persona jurídica (103).

(100) Una síntesis de la jurisprudencia suficiente a nuestros efectos nos la ofrece WINTER, *Haftung der Gesellschafter* (n. 4), 73-76; relativamente al derecho americano: LATTIN, *Law of Corporations* (n. 9), 73-79.

(101) Es muy posible que existan ya resoluciones del TS sobre este punto que no hayamos podido localizar. Nuestra pesquisa en el *Aranzadi* bajo las voces «persona jurídica», «SA» y «SRL» no ha sido fructífera. Con ello no descartamos, sin embargo, la posibilidad de que los compiladores de *Aranzadi* las hayan catalogado en otro registro. Tampoco ha tenido éxito nuestro rastreo de jurisprudencia sobre este particular en los trabajos especializados que nuestros autores han dedicado a la doctrina del «levantamiento del velo», que es la *sedes materiae* en que acostumbra a estudiarse la hipótesis que nos interesa: v. M. DE LA CÁMARA - J. M. PRADA, «Sociedades comerciales. El empresario individual de responsabilidad limitada. El levantamiento del velo de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles», RDN 81-82 (1973) 7-386 (se trata del estudio más completo de la jurisprudencia sobre la materia de que disponemos en nuestro país); PUIG BRUTAU, *Comentario* (n. 10), 318-339 (donde se estudia la «incongruencia entre la estructura jurídica y la base económica de las sociedades»), y DE CASTRO, *Persona jurídica* (n. 1), 241-249.

(102) Recoge algunas resoluciones judiciales sobre la consideración de préstamos como aportaciones y de los intereses como beneficios (no deducibles como gastos, por consiguiente) R. M. ROCA SASTRE-J. MUNCUNILL, *Tratado de la contribución de utilidades*, Barcelona², 1956, 571-573. Tales sentencias se dictaron, sin embargo, a la luz de la tarifa de utilidades a la sazón vigente y respecto de sociedades filiales y de sociedades personalistas.

(103) Sirvan como botón de muestra estas palabras extraídas de la STS/8-I-1980 (Rep. Ar. 21/1980): «... en el estado actual de la realización del derecho [...] es perfectamente admisible la posibilidad de investigar el fondo real de la situación, sin detenerse ante la forma jurídica de la persona para,

El peligro que entrañan estas prácticas, por lo demás, ya ha sido detectado por nuestra jurisprudencia registral. En un caso en el que se trataba de decidir si era inscribible en el Registro Mercantil un reconocimiento de deuda (derivada de un préstamo) garantizado hipotecariamente en favor de un socio y otorgado en nombre de la sociedad por acuerdo unánime de sus dos únicos socios, la Dirección General de los Registros y el Notariado estima que, en efecto, el aludido reconocimiento resulta perfectamente inscribible. Alega en favor de esta solución la validez del autocontrato cuando está excluido el conflicto de intereses. Pero con muy buen juicio, *obiter dicta*, añade: ello «sin perjuicio de que con arreglo al artículo 66 LH se pueda acudir a los Tribunales de Justicia para ventilar acerca de la validez o nulidad del título, pues las posibles implicaciones de un *levantamiento del velo de la sociedad* o de un fraude a terceros son propias de la autoridad judicial» (RDGRN/1-VII-1976 [Rep. Ar. 3482/1976]).

12. *El fundamento jurídico de la responsabilidad.* Este resultado a que nos venimos refiriendo —es decir: la recalificación del préstamo como capital de responsabilidad y su tratamiento como tal— no es objeto de contestación en la literatura jurídica. Al respecto reina unanimidad total. La discusión y la fragmentación de la unanimidad, sin embargo, comienza tan pronto como preguntamos acerca de los presupuestos exactos y del fundamento jurídico puntual que autorizan la mencionada recalificación o reconversión del préstamo en capital (104). El tratamiento de estos problemas requiere que vayamos por partes: a continuación analizamos el *fundamento* jurídico de la recalificación y en el epígrafe siguiente los *presupuestos* de la misma. Aunque son cuestiones encadenadas, exigen análisis separados.

Vaya por delante la toma de postura: a nuestro juicio el fundamento jurídico de la recalificación es el mismo que autorizaba en la sección anterior del trabajo la responsabilidad de los socios por infracapitalización material. Son problemas del mismo tipo que requieren soluciones solidarias. Otra cosa es que debido a la diversa construcción del supuesto de hecho, la responsabilidad del socio se articule de distinta manera.

a) *El fundamento de la responsabilidad es el mismo.* Por consiguiente reside en el deber de una adecuada capitalización como condición implícita pero imprescindible para adquirir la limitación de responsabilidad. Este deber —como sabemos— se deduce de la «función normativa» que desempeña la institución del capital social en el contexto del derecho de sociedades. Una función normativa que, tal y como se deja inferir de la minuciosa disciplina dispuesta por la LSA y LSRL para la defensa de la integración y de la conservación del capital, despliega dos importantes dimensiones al venir a sustituir a la responsabilidad ilimitada del derecho

en atención a los individuos reales que la constituyen y a su posición, pronunciarse sobre los intereses en juego y su protección de acuerdo con los principios que regulan la conducta contractual».

(104) Así, KÜBLER, *GesellschaftsR* (n. 9), 237..

común: (a) una *dimensión represiva* encaminada a poner a disposición de los acreedores un fondo de garantía razonablemente adecuado a los riesgos de la empresa. Desde este punto de vista, el hecho mismo de que *bajo ciertas condiciones* el socio financie la sociedad a través de un préstamo es indicio de la infracapitalización. Por consiguiente, la recalificación por parte del juez del préstamo en capital de responsabilidad viene a rectificar una construcción impropia del capital social y a hacer posible que ésta cumpla lo que quizá no muy afortunadamente venimos llamando *función represiva*. La recalificación, pues, viene exigida por la función represiva del capital. (b) La *dimensión preventiva* de la función del capital no nos interesa exactamente aquí, sino en el punto siguiente.

b) *La articulación de la responsabilidad es distinta*. Si el fundamento es el mismo, ¿por qué no pierde el socio el privilegio de la responsabilidad limitada como sucedía en las hipótesis de infracapitalización material estudiadas en la sección precedente? La respuesta es sencilla: porque la sociedad materialmente —es decir: económicamente, computando el préstamo— no está infracapitalizada. Lo único que es necesario en estos casos es someter el préstamo a la disciplina del capital de responsabilidad. No otra es la razón de que la responsabilidad del socio se canalice en los supuestos de infracapitalización nominal de manera distinta (105). En este punto es cuando viene a cuento la *dimensión preventiva* de la función del capital social. Ya sabemos que ésta se manifiesta en la necesidad de una sólida formación del capital a los efectos de evitar, por una parte, lo que podemos denominar «la quiebra de la sociedad a la primera de cambio» (es decir, como consecuencia de una pérdida relativamente pequeña en el contexto del riesgo propio de la empresa que constituya el objeto social); y, por otra parte, el fenómeno que ya conocemos del *moral hazard* (esto es, la tendencia «camikaze» de las empresas endeudadas que no arriesgan nada o casi nada). Pues bien, desde este punto de mira, también es obvio que no es congruente funcionalmente articular la responsabilidad como pérdida del privilegio de la responsabilidad limitada. Basta a tales fines recalificar el préstamo en los términos conocidos.

Esta construcción del fundamento jurídico de la recalificación del préstamo no es, sin embargo, la más extendida entre los autores que más que atención han dedicado al asunto en tiempos recientes, ni la más generalizada en

(105) Evidentemente, puede darse el caso de que la sociedad se encuentre infracapitalizada aún sumando el préstamo al capital social: en estos supuestos —y siempre que se verifique que los socios violaron la prohibición de constituir una sociedad manifiestamente infracapitalizada— se aplicarán las reglas desarrolladas para la «infracapitalización material». La razón es obvia: aquéllas son reglas generales que entran en acción cuando las reglas especiales no cubren todo el supuesto de hecho: sobre esta hipótesis de concurso v. LUTTER-HOMMELHOFF, ZGR 8 (1979), 64-65.

la jurisprudencia alemana (106). Parece ser, empero, la que finalmente ha sido positivizada en el nuevo § 32a.I GmbHG (ley alemana de SRL) introducido a raíz de la reforma de 4 de julio de 1980 (107). Aquí nos interesa, sin embargo, repasar la doctrina y jurisprudencia anteriores a la reforma, pues al fin y al cabo sólo aquéllas pueden sernos útiles de cara a la mejor inteligencia y desarrollo de nuestro derecho positivo. Y concretamente revisten interés a nuestros efectos estas tres tesis:

a) *La teoría de los actos propios*. La jurisprudencia dominante venía fundando la recalificación del préstamo en capital en la prohibición del *venire contra factum proprium* derivada del principio general de buena fe (§ 242 BGB = art. 7, I CC). Este era su razonamiento: quien como socio concede un préstamo a la sociedad para mantenerla en vida, obra contradictoriamente si le retira los fondos (es decir: amortiza el préstamo) antes de que la finalidad del préstamo, la supervivencia de la sociedad, se haya logrado duraderamente. La contradicción se produce entre la *finalidad* de la financiación, por un lado y la *amortización* que se realiza en un momento incompatible con aquélla (así, por ejemplo, la sentencia del BGH de 14-XII-1959) (108). Este planteamiento ha sido objeto de una crítica finísima: La finalidad del préstamo (asegurar la pervivencia de la sociedad) es parte del mismo contrato entre la sociedad y el socio. Por consiguiente, si la sociedad devuelve el capital prestado en un momento en que la finalidad originariamente acordada por el contrato no se ha realizado no sucede nada —no hay contradicción en las conductas— porque también contractualmente se puede derogar una finalidad que nació contractualmente (109).

(106) Salvando, claro está, a WIEDEMANN, *Haftungsbeschränkung* (n. 11), 25-33.

(107) Así, K. MÜLLER, «Der Tatbestand des kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens in § 32a Abs. 1 GmbH», *GmbH-Rdsch* 73 (1982), 33-41, esp. 35 y 40. El texto y una explicación sumaria de la nueva disciplina puede verse en los manuales: v. g., RAISER, *Recht der Kapitalgesellschaften* (n. 9), 271-275. Un examen comparativo entre la doctrina jurisprudencial anterior y la nueva normativa puede seguirse en K. SCHMIDT, «Fortschritte und Abstimmungsprobleme im Recht der kapitalersetzenden Gesellschaftersdarlehen», *ZGR* 9 (1980), 567-582.

Disposiciones semejantes al nuevo § 30a GmbH sólo se encuentran, de lo que hemos podido llegar a ver, en la Ley de SRL griega (Ley 3.190 de 1955); y concretamente en su artículo 32, cuyo texto —que traduzco de la versión alemana— es del siguiente tenor:

«Queda prohibido el préstamo asegurado con garantías reales concedido por el socio a la sociedad. Las garantías establecidas infringiendo esta prohibición son nulas».

«La amortización del préstamo concedido a la sociedad por el socio no es válida cuando se pretenda eludir por este medio la satisfacción de créditos de terceros pendientes en el momento de la misma».

«En caso de disolución de la sociedad por cualquier motivo que no sea la declaración de quiebra, los créditos procedentes de préstamos de socios se pagarán después de satisfechas todas las demás deudas sociales».

Sobre esta norma puede consultarse el estudio de N. ROKAS, «Die Regelung von Gesellschafterdarlehen an die Gesellschaft nach dem griechischen Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung», *ZHR* 128 (1966), 297-315. Me parece incomprensible, en todo caso, la exclusión del supuesto de quiebra que consagra el apartado tercero del precepto transcrito. La justificación del autor griego citado en base a razones de «equidad» se cae por su propio peso: v. *ibi*, 314.

(108) BGHZ 31, 272 ss. Una síntesis de la resolución en WINTER, *Haftung der Gesellschafter* (n. 4), 68-69.

(109) Así, LUTTER-HOMMELHOFF, *ZGR* 8 (1979), 35. En el contexto de este

b) *La teoría de la protección de la confianza del tráfico.* En síntesis el razonamiento puede exponerse así: cuando un socio concede un préstamo a la sociedad hace nacer en los terceros que participan en el tráfico la confianza en la solidez financiera presente y futura de la sociedad. De modo que el socio que recuperase el capital o que pretendiese hacer valer su derecho a la devolución en la quiebra estaría vulnerando aquella confianza que hizo surgir, con el consiguiente perjuicio para los terceros. No se trata, sin embargo, de la protección de una confianza concreta frente a los acreedores que como consecuencia de ella tuvieron relaciones con la sociedad; sino de la *protección de la confianza normativo-típica del tráfico* (110). Respecto de este planteamiento es menester precisar: primero, que la tesis puede ser válida en cuanto que descubre un fundamento autónomo de responsabilidad distinto de la infracapitalización; y en este sentido se trataría de una causa de recalificación del préstamo que lo mismo puede darse en sociedades infracapitalizadas que en sociedades correctamente dotadas del capital que en un momento de insolvenca o de iliquidez y con objeto de evitar la quiebra reciben préstamos de sus socios. Con todo, estimamos muy dudosa la conveniencia de recibir este planteamiento en nuestro derecho, ya que la confianza protegida por nuestras normas positivas es subjetiva: necesita ser determinante de la actuación del tercero de buena fe (111); y además no tiene sin más eficacia enervante de la publicidad registral. Segundo: que además este punto de vista es objetable toda vez que deja sin protección a los «acreedores antiguos» de la sociedad infracapitalizada anteriores al préstamo generador de la apariencia de prosperidad (112).

c) *La teoría de la desestimación de la persona jurídica.* El *modus operandi* de esta orientación ya nos resulta bien conocido. Cuando con la ayuda de la persona jurídica se aspira a eludir un mandato legal o a burlar un contrato o a dañar a tercero, el juez queda habilitado para no observar el principio de separación subjetiva entre socio y sociedad y a fallar a la luz de los hechos sin necesidad de aplicar las normas especiales de la persona jurídica (113). Los supuestos de préstamo del socio que consideramos se estiman, siempre y cuando medie intención fraudulenta, hipótesis de abuso de la persona jurídica

planteamiento que combatimos cobra especial relieve la posición mantenida por Peter Ulmer. Distingue el citado autor dos supuestos: (a) el préstamo es dado para evitar el concurso; y (b) el préstamo se concede para reforzar el crédito de la sociedad. En el primer caso —supuesto (a)— el fundamento de la responsabilidad se busca en el mismo contrato de préstamo: si el préstamo se efectúa con la finalidad de evitar la quiebra, el mismo contrato conlleva una renuncia al rango que le corresponde en el concurso: ULMER, *Festschrift DUDEN* (n. 15), 671-672. Este planteamiento puede someterse a una crítica similar a la trazada en el texto: el contrato puede modificarse en cualquier momento si hay consenso entre las partes. Téngase en cuenta además que semejante punto de vista no vale para nuestro ordenamiento en el que falta la única —aunque escasísima— base que lo podría tener en pie en el derecho alemán: la obligación de solicitar la apertura del concurso que impone el § 64, I GmbH en caso de *Uberschuldung*. En el segundo caso —supuesto (b)— el fundamento de la responsabilidad por infracapitalización se elabora en el seno de la doctrina general sobre la protección de la confianza: v. *infra* nota siguiente y texto correspondiente.

(110) LUTER-HOMMELHOFF, ZGR 8 (1979), 36-40; también ULMER, *Festschrift DUDEN* (n. 15), 672-673.

(111) A. GORDILLO, *La representación aparente*, Sevilla, 1978, 443-453 e *ibi* las remisiones correspondientes.

(112) C. P. CLAUSSEN, «Kapitalersetzende Darlehen und Sanierung durch Kreditinstitute», ZHR 147 (1983), 203.

(113) Del tema ya hemos hablado; v. con todo, la síntesis de SERICK, *Apariencia y realidad* (n. 10), 241-258.

ca con daño para terceros y, consiguientemente, se obliga al socio a resarcir los perjuicios causados. Resarcimiento éste que consistirá regularmente en la reintegración del préstamo en la masa de la quiebra (114). En términos parecidos, aunque postulando la recalificación del préstamo en base a su función económica, se ha manifestado asimismo algún autor español (115). Ahora no me voy a detener en un análisis crítico de este tipo de expedientes correctores (sobre los que preparo un próximo trabajo). Bastará aquí repetir unas agudas palabras de Müller-Freienfels: no todos los problemas en los que comparezca una persona jurídica son problemas de la persona jurídica (116).

13. *Los presupuestos de la responsabilidad:* (a) *El carácter societario de la operación.* El supuesto de hecho de la responsabilidad debe construirse rigurosamente en función de su fundamento jurídico. Por consiguiente: *afectará a todo préstamo que como consecuencia de la infracapitalización* (desproporción entre cifra de capital y riesgo de la empresa) *sea suministrado a la sociedad en lugar de capital social.* Lo cual se producirá: (a) en todos aquellos supuestos en los que el socio preste fondos en lugar de capital inicial: infracapitalización originaria; y (b) en los casos en los que el socio preste fondos en lugar de proceder al aumento del capital (o eventualmente al reforzamiento de las reservas estatutarias) por ampliación de los riesgos de la empresa: infracapitalización sobrevenida. En esta última hipótesis el fundamento de la responsabilidad es el mismo: aunque la sociedad estuviese originariamente capitalizada (es decir, aunque su capital social fuese proporcional a su objeto social), deja de estarlo cuando amplía operaciones, porque se pierde la proporción entre capital y objeto.

Antes de continuar es preciso hacer una observación a este respecto. La jurisprudencia y la doctrina alemanas vienen entendiendo también como un supuesto de responsabilidad todo préstamo que se dé a la sociedad en el umbral o ya en el corazón mismo de la quiebra, es decir, en casos de iliquidez o de insolvencia. Y ello con independencia de que la sociedad esté infracapitalizada o no. Todo préstamo de salvamento o de saneamiento, por consiguiente, se somete a las reglas del capital, con la particularidad de que vuelven a recobrar su originario carácter de préstamos cuando la sociedad ha recuperado de manera permanente su liquidez y su patrimonio activo queda por encima de la cifra del capital publicado, que en sí mismo no responde a hipótesis de infracapitalización. Si esto no sucede y la sociedad entra en quiebra se aplica las consabidas reglas: si el préstamo ha sido amortizado, debe devolverse a la masa (y no por la vía de la acción revocatoria); si el préstamo no ha sido devuelto, el socio prestamista queda desplazado al último rango (117). A tales efectos se traen a colación las ya examinadas doctrinas de los actos propios y de la protección de la

(114) *Ibid.* 73-75.

(115) PUIG BRUTAU, *Comentario* (n. 10), 322.

(116) MÜLLER-FREINFELS, *AcP* 156 (1957), 539-540. Para un examen de otros planteamientos hoy abandonados que resulta sumamente útil para apercibirse del extraordinario avance doctrinal registrado en la doctrina alemana de las dos últimas décadas en esta materia v. K. UNGER, «La perseguibilità del finanziatore occulto», trad. it. *Dir Fall* 36 (1961), 112-126, esp. 119-120.

(117) Una síntesis de esta jurisprudencia en LUTTER-HOMMELHOFF *ZGR* 8 (1979), 34.

confianza (118). No vamos a entrar aquí a discutir estas hipótesis que son distintas de las que nos ocupan. Bastará ahora con señalar una prevención y advertir que por esta vía se dificultaría enormemente la reflatación y saneamiento de las empresas en crisis sobre todo por parte de bancos del grupo (119).

Volviendo al problema que nos ocupa y una vez delimitado el supuesto de hecho de la responsabilidad, es necesario que precisemos sus condiciones. Pues ya sabemos que la responsabilidad no surge directamente de la coincidencia en una misma persona de las cualidades de socio y de prestamista, sino que necesita ser mediada a través de un proceso de imputación realizado con criterios objetivos. Tales condiciones o presupuestos son estos dos: de un lado, el *carácter societario del préstamo* (de lo que nos ocupamos a continuación); de otro, *la función sustitutiva de capital de los fondos prestados* (que será objeto de discusión en el próximo epígrafe).

Respecto de la primera condición o presupuesto —y siguiendo las consideraciones de Karsten Schmidt— hemos de decir que *el préstamo debe de ser objetivamente imputable a la sociedad*. Y para ello evidentemente lo decisivo es analizar la posición del socio que lo efectúa. A tales efectos creemos que se pueden establecer las siguientes diferenciaciones en función de magnitudes en parte fijas y en parte variables.

a) *Imputación positiva*: La imputación de responsabilidad —la recalificación del préstamo— debe prosperar siempre y sin duda alguna cuando el prestamista sea *socio mayoritario* de la sociedad. Y no es necesario, frente a lo que se ha sostenido, la mayoría cualificada requerida para las modificaciones del capital (art. 58 LSA). Y ello porque el sometimiento del préstamo a las reglas del capital no se funda en el reproche de que el socio haya omitido acordar el aumento de capital con *sus* votos exclusivamente. Lo mismo cabe decir respecto de la concesión de un préstamo coordinado por un grupo de socios mayoritario (120).

b) *Imputación negativa*: La coincidencia personal no supone identidad funcional y por consiguiente no es imputable la responsabilidad a los socios cuando la conducta del socio prestamista *qua* financiador puede separarse objetivamente de su conducta *qua* partícipe de la sociedad. Esta regla, obviamente, habrá de administrarse prudentemente caso por caso (121). Contiene sin em-

(118) En base a las cuales se pretende asimismo fundamentar —según queda visto— la responsabilidad en los verdaderos supuestos de infracapitalización: *ibid.*, 39-40.

(119) La discusión sobre este punto es muy nutrida: v. H. J. MENZEL, «Die Bedeutung der BGH-Rechtsprechung zu den Gesellschafterdarlehen für Unternehmenssanierung», AG 27 (1982), 197-206, en el sentido del texto.

(120) SCHMIDT, ZHR 147 (1983), 185.

(121) *Ibid.* 185-186.

bargo una directiva interpretativa cuya racionalidad habremos de constatar más adelante: La conducta del socio no es objetivamente imputable a la sociedad porque actúa como tercero. Y, en principio, actuará como tercero siempre y cuando no pueda controlar sustancialmente el destino de los fondos que suministra.

c) *Imputación variable*: Sobre la base de las consideraciones vertidas anteriormente habremos de juzgar los demás supuestos: todos los que queden en la penumbra de las posiciones intermedias. En todo caso podemos avanzar como indicios que permiten sospechar la viabilidad de la imputación estos dos: de un lado que la participación del socio prestamista, aunque minoritaria, obedezca a las características típicas de la *participación personalista*; de otro, que la *participación sea sustancial* (v. g., el 15 por 100 ó el 20 por 100) (122). La clave a mi juicio podría dárnosla la pregunta de hasta qué punto se detecta en el prestamista una cierta identificación con el riesgo empresarial; o en qué medida el préstamo contiene elementos (económicamente) parciarios; o incluso en qué sentido el prestamista juega un papel análogo al partícipe de las cuentas en participación (cuyo capital, dicho sea de paso, no se permite figurar en el pasivo de la quiebra según indica el art. 926 C. de C.).

d) *La responsabilidad del resto de los socios*. Hasta ahora hemos examinado qué característica debe reunir el socio prestamista, para que quede autorizada la recalificación del préstamo como capital. Se trataba únicamente de examinar si un supuesto de infracapitalización era imputable a la sociedad como tal. Ahora conviene esbozar cómo se distribuye la responsabilidad entre los socios, porque —esto es llano— quebrantaría el más elemental sentido común la concentración de toda la responsabilidad en el socio prestamista (y ello sin perjuicio de que en la realidad normalmente se producirá esa concentración de responsabilidad, habida cuenta de que la mayoría de los conflictos se producen con sociedades unipersonales y con sociedades filiales enteramente dominadas). En principio pues, el socio prestamista que se viese desplazado en la quiebra tendría una acción de regreso contra los demás socios en proporción a sus participaciones; y en el caso de que el préstamo hubiese sido devuelto, el síndico de la quiebra podría reclamar su reintegración a la masa de todos los socios. El único problema es averiguar si esta responsabilidad es solidaria o mancomunada. A mi juicio es necesario inclinarse por la segunda alternativa ya que en nuestro derecho —incluso en los supuestos de sociedades de capitales de estructura personalista— no existe responsabilidad solidaria frente a terceros por la devolución de los pagos hechos con cargo al capital prohibidos por el artículo 107

(122) *Ibid.* 186-187; v. además, ULMER, *Festschrift DUDEN* (n. 15), 673.

LSA (123).. *A fortiori* quizá cabría aducir la aplicación analógica de las normas que gobiernan el incumplimiento de la obligación de aportación que ni siquiera en las sociedades cerradas imponen la responsabilidad solidaria de los socios (arg. *ex art.* 9 LSRL). Todo esto sin olvidar el principio general de no solidaridad que consagra el artículo 1.137 C. c.

Lo dicho, sin embargo, no debe conducir a distribuir la responsabilidad diferencial que estamos tratando entre *todos* los socios. Y así, por supuesto, semejante responsabilidad no alcanzará a los «socios inocentes» que ni siquiera sabían del préstamo (y en este sentido vale lo expuesto anteriormente en relación a la infracapitalización material [v. *supra* núm. 9]). Pero a mi juicio tampoco debe alcanzar a aquellos socios que no se corresponsabilizaron positivamente en la operación (es decir, aquellos que no la buscaron y estimularon).

En este último extremo la regla difiere de la elaborada para los casos de infracapitalización material. La divergencia obedece una vez más a la distinta articulación del supuesto de hecho: allí se respondía de forma ilimitada, pero sólo excepcionalmente y como consecuencia de la violación de la *prohibición* de constituir una sociedad absolutamente infracapitalizada. Aquí se responde de forma distinta: la responsabilidad es diferencial y proviene de la violación de la *exigencia* de capitalizar adecuadamente la sociedad. La formulación negativa del primer caso obedece al principio de libertad relativa en la determinación de la altura del capital y a la imposibilidad técnica de establecer un parámetro seguro para la medición del capital adecuado. La formulación positiva del segundo supuesto obedece en cambio al hecho de que son los «socios activos» quienes fijan a través del mutuo qué capital es el adecuado. Sólo que lo hacen de tal manera que no quieren someterlo al riesgo empresarial típico, sino al riesgo propio de acreedor. Como quiera que son tales los que deciden la operación, a ellos —y sólo a ellos— debe imputarse la responsabilidad. Todo lo cual, finalmente, se explica si tenemos en cuenta que entre la responsabilidad por infracapitalización material y la responsabilidad por infracapitalización nominal existe una amplia zona de *inmunidad* en la que se ampara la irresponsabilidad de los socios no corresponsables del préstamo. Hacerlos responsables sería incongruente porque *muchos supuestos de infracapitalización nominal no serían objeto de censura si faltase el préstamo* (y ello porque aún estando infracapitalizada la sociedad podría ser que no se hubiese incurrido en la violación de la *prohibición* de absoluta infracapitalización, que el disparador —como sabemos— de la responsabilidad ilimitada). Si lo fuesen, infiéranse las consecuencias lógicas; y para los supuestos intermedios valga la vieja regla *in dubio pro reo*.

14. (b) *La función de capitalización de la operación*. Acabamos de examinar el carácter *societario* que debe revestir el prés-

(123) Esta conclusión, aunque no explicitada por nuestra doctrina, se deduce, sin embargo, de las exposiciones más usuales: v. GARRIGUES (-URÍA), *Comentario LSA II* (n. 17), 460-463; F. SÁNCHEZ CALERO, *Determinación y distribución del beneficio neto en la SA*, Roma-Madrid, 1955, 138-142. Algunos autores alemanes —Immenga, Schmidt, Lutter, etc.— se inclinan por la solución contraria: v. LUTTER-HOMMELHOFF, ZGR 8 (1979), 44. Claro que allí el § 31, III GmbH impone la responsabilidad solidaria.

tamo. Mas ello no es suficiente para imputar responsabilidad por infracapitalización a la sociedad. Es asimismo imprescindible que el préstamo venga a subvenir la escasez del capital; que constituya un patrimonio que un *comerciante ordenado* —para decirlo con palabras de la reciente ley alemana de reforma de la LSRL— habría integrado en el capital social. Y esto no se puede *presumir iuris et de iure* como hacen algunos autores amparándose en la sospecha racional de que así sea y cubriendo su propuesta con razones de seguridad jurídica (124) e incluso con la apelación a los principios de la constitución económica (de mercado ¡claro!) que piden la más estrecha conexión posible entre riesgo y responsabilidad (125).

El camino a seguir es muy otro, aunque el punto de arranque puede quedar fijado en el mismo sitio: *la sospecha inicial de que el préstamo de un socio que se halle en las circunstancias estudiadas en el epigrafe precedente es capital en sentido económico*. El *iter* subsiguiente consiste en discernir una regla que nos permita conmensurar la fungibilidad del préstamo y del capital; y a este respecto si contemplamos la doctrina y la jurisprudencia comparadas observamos a primera vista el manejo de una gran disparidad de criterios; esa impresión de variedad, sin embargo, cesa con un análisis más detenido, del que se infiere la hegemonía de la siguiente directriz: *si un tercero no hubiera concedido el préstamo a la sociedad en las mismas condiciones, entonces el préstamo del socio debe recalificarse como capital* (126). Esta me parece una regla muy adecuada porque se conecta con el fundamento que asignamos a la responsabilidad: si el préstamo va a sustituir al capital es lógico que nadie quiera concederlo ya que la garantía de su devolución, ante la ausencia de capital, es el mismo préstamo. En principio, pues, es una directriz perfectamente utilizable. En ocasiones, sin embargo, no podrá recurrirse a ella por faltar las condiciones de contraste: un mercado regular de dinero (127). En todo caso, sin embargo, habrá que examinar complementariamente las *circunstancias* y la *magnitud proporcional* del préstamo. Préstamos dados sin interés (o con un interés muy alto) son indicativos de infracapitalización. Lo mismo puede decirse respecto de los préstamos por tiempo indefinido y de los prorrogables. Pero la magnitud proporcional es el dato más relevante; y en este

(124) IMMENGA, *Personalistische* (n. 8), 412.

(125) *Ibid.* 421.

(126) Este —el denominado *normalcy test*— es el criterio utilizado por la judicatura norteamericana: v. GROSSMANN, *GmbH-Rdsch* 69 (1978), 78. Lo mismo puede decirse respecto de la praxis judicial germánica: Habrá lugar a la recalificación cuando «die Gesellschaft im Zeitpunkt der Leistung von dritter Seite keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen hätte erhalten können» (sentencia del BGH de 24-III-1980 [BGHZ 76, 330]. Para algunas precisiones de detalle sobre este criterio v. SCHMIDT, *ZHR* 147 (1983), 188-189.

(127) Sobre este extremo CLAUSSEN, *ZHR* 147 (1983), 205-206.

sentido hemos de tener en cuenta que cuanto más alta sea la razón de proporcionalidad capital/préstamo más posibilidad habrá de que el mutuo sea funcionalmente capital (128).

A nuestro modo de ver podría formularse la siguiente regla: *cuando esa ratio de proporcionalidad supera la unidad, el préstamo debe considerarse sustitutivo de capital*. Esta idea es muy importante y además no carece de una expresa aprobación positiva como lo demuestra una atenta lectura del artículo 111, I LSA. Como es sabido, este precepto prohíbe a la sociedad emitir obligaciones por un valor superior al capital social; es decir, prohíbe la ampliación del riesgo empresarial más allá de la cobertura que ofrece el capital social (más allá —como dice Rubio— de la responsabilidad de la empresa). Por ello entendemos que un préstamo que supera el valor del capital se somete económicamente al riesgo empresarial. Y si es así no se puede permitir que desde el punto de vista jurídico se someta únicamente al riesgo del acreedor; razón por la cual debe recalificarse como capital el mutuo de tales dimensiones (129).

Estas simples reglas creemos que bastan por ahora. A las mismas sólo habría que añadir una ulterior condición: que el préstamo sea concedido como consecuencia de una infracapitalización originaria o sobrevenida respecto de la actividad empresarial en que se haya fijado el objeto social. Y decimos esto por que puede haber sociedades correctamente capitalizadas, pero que hayan llegado a un punto de madurez concursal (de iliquidez e incluso de insolvencia) que les cierre el paso al mercado del dinero. En esa tesitura, si un socio «optimista» concede un préstamo a la sociedad, a nuestro juicio, en principio, no debe desencadenarse responsabilidad por infracapitalización. Simplemente porque falta el presupuesto. Lo que no quiere decir que no pueda concurrir en esos casos otro fundamento de responsa-

(128) WIEDEMANN, *Haftungsbeschränkung* (n. 11), 33. Un intento de formalización de la regla en MÜLLER, *GmbH-Rdsch* 73 (1982), 36-39.

(129) RUBIO, *Curso* (n. 16), 427-428. El prof. Rodrigo Uría se manifiesta en parecido sentido al estimar que «... la prohibición de que las obligaciones superen la cifra del capital desembolsado tiende a distribuir el riesgo de las empresa entre el capital social, en sentido estrictamente jurídico, y el llamado capital-obligaciones, que no deja de ser capital en sentido económico»: URÍA (-GARRIGUES), *Comentario LSA II* (n. 17), 506. No desconocemos, por otra parte, que el argumento utilizado en el texto quedó un poco debilitado a raíz de la reforma del artículo 111 LSA, introducida por la Ley 27/1980, de 19 de mayo («B.O.E.»,/13-VI-1980), mediante la cual se ampliaba el límite de la emisión de obligaciones al valor del importe conjunto del capital más las reservas. En todo caso —y dejando aparte la crítica que puede merecer la reforma en cuanto abre la puerta a maniobras fraudulentas, pues evidentemente el régimen de las reservas es menos riguroso que el propio del capital (v. sobre este extremo R. ILLESCAS ORTIZ, «Nota crítica sobre la reforma de la emisión de obligaciones por las sociedades anónimas», en *Estudios homenaje a A. POLO*, Madrid, 1981, 369-373)—; en todo caso, decíamos, la nueva redacción del artículo 111 LSA no deja sin valor nuestro argumento, pues éste es de naturaleza meramente *valorativa* (y la valoración incorporada por el legislador a la norma, desde luego, no ha cambiado cualitativamente, aunque se haya alterado, por razones político-económicas de estímulo a la financiación, su alcance cuantitativo).

bilidad. Y en este sentido, eventualmente, podría estudiarse la posibilidad de someter esos préstamos a un régimen intermedio entre el propio del mutuo y el propio del capital como se viene haciendo en la praxis judicial y doctrinal alemana respecto de eso que se ha dado en llamar *nachrangiges Kapital* (130). En nuestro ordenamiento acaso cupiese la posibilidad de aplicar a tales hipótesis la disciplina recientemente emanada en materia de *créditos participativos*; pues, aunque inserta en el Decreto-Ley de Reconversión Industrial, goza, a nuestro juicio, de un indudable carácter *general*: es decir, resulta aplicable a todos los créditos en los que «con independencia del pacto de intereses, se acuerde la participación del acreedor en el beneficio neto del deudor» (art. 11,1 RDL 8/1983, de 30 de noviembre [BOE 3-XII-1983]). Bastará, pues, con probar el carácter participativo del crédito para que éste quede sujeto a las reglas que establece el artículo 11,2 del mencionado Decreto-Ley, en las que se aprecia la disposición de un tratamiento jurídico intermedio entre el propio del capital social *stricto sensu* (capital propio) y el característico de los créditos externos del derecho común (capital ajeno). Tales reglas, por lo que aquí interesa, son las siguientes: De una parte, la *prohibición de amortización anticipada* (131); y de otra, la *postergación del rango concursal del crédito* (132). Reglas que —dicho sea de paso— no son extrañas a nuestro sistema, si tenemos en cuenta lo dispuesto por el artículo 926 respecto de las cuentas en participación, cuya similitud funcional con el mutuo participativo es innecesario recordar aquí.

La aplicación de semejante normativa a las hipótesis de financiación de la sociedad por parte del socio que aquí nos interesa no plantea —o al menos nos parece que no debe plantear— dificultades insalvables. Contra este planteamiento podría aducirse —no lo silenciarnos— que la ley exige como presupuesto de aplicabilidad que los financieros sean entidades de crédito (el art. 11,1 habla de «entidades públicas o privadas» a secas). Sin

(130) LUTTER-HOMMELHOFF, ZGR 8 (1979), 52-57.

(131) Evidentemente esta regla sólo tiene sentido en los supuestos de operaciones a tiempo definido. En los casos de préstamos por tiempo indefinido (no contemplados por la ley) entendemos que la solución más adecuada es aquella elaborada por la jurisprudencia teutona: el préstamo sólo podrá amortizarse una vez que la sociedad se haya recuperado seria y permanentemente y siempre y cuando el activo patrimonial continúe siendo superior a la cifra del capital después de la amortización: BGHZ 31, 272; BGHZ 67, 174 *apud* LUTTER-HOMMELHOFF, ZGR 8 (1979), 34.

(132) La disciplina contenida en el artículo 11,2 RDL/8 1983, de 30 de noviembre se sitúa en una línea similar (aunque claramente distinta) a la que nos suministra la experiencia del derecho comparado en materia de *prêts subordonnés*, *nachrangige Verbindlichkeiten*, *subordinated loans*, *prestiti postergati*, etc. Una experiencia que se refiere a supuestos de créditos a medio o largo plazo en los que el acreedor acepta ser reembolsado después de la satisfacción íntegra de todos los demás acreedores en casos de liquidación voluntaria o concursal de la empresa financiada. La mayoría de las regulaciones o de las prácticas se ciñen, sin embargo, a las hipótesis de financiación de entidades de crédito. Una disciplina expresa sobre esta tipología de préstamos y sobre las condiciones que los asimilan a capital propio puede encontrarse en Austria (§ 12,8 *Kreditwesensgesetz* de 1979 y su reglamento de actuación); Dinamarca (§ 22 de la Ley sobre Banca y Cajas de Ahorro de 1975); Suecia (§ 26 de la Ley sobre Caja de Ahorros de 1966 y § 54 de la Ley sobre Banca del mismo año) y en Suiza (art. 11 del Reglamento de ejecución de la Ley Federal sobre Banca y Cajas de Ahorro tras la reforma de 1-XII-1980). En la República Federal de Alemania se pretende su regulación en un proyecto de reforma de la *Kreditwesensgesetz* redactado por el *Bundesfinanzministerium*. En otros países como Inglaterra, Holanda y Estados Unidos la utilización de créditos postergados como instrumento inte-

embargo, una más atenta consideración del precepto (incluso en su dimensión meramente textual) no autoriza semejante conclusión: la norma está concebida en términos generalísimos. Este escollo, por otra parte, se salvaría a través de una interpretación finalista; pues resulta a todas luces evidente que la disciplina especial contenida en el art. 11,2 no está dada en función de la cualidad subjetiva del financiador (*entidad financiera profesional*), sino en función de la naturaleza participativa de la operación (y por esta senda es por donde se vislumbran ciertas concomitancias con el artículo 926 C. de c.). El único requisito de aplicabilidad de la normativa es, pues, el carácter participativo del préstamo o de la análoga operación financiera de que se trate. Y éste si es un problema delicado. Respecto de este asunto considero indispensable dos precisiones: En primer lugar, que la disciplina (y especialmente en lo relativo a la postergación del rango concursal) es de aplicación *directa*: no necesita de ningún tipo de mediación contractual como sucede en la praxis de otros países (133). Con ello

gradador del capital propio carece de disciplina legislativa y su reglamentación hay que vincularla a la iniciativa de los respectivos órganos de vigilancia (recojo esta información de G. F. CAMPOBASSO, «I prestiti postergati nel diritto italiano», *Giur Comm.* 10 (1983), 124-125).

La significación de nuestra legislación en esta materia reviste importantes divergencias respecto de las experiencias que acabamos de reseñar: (a) no se limita al ámbito de la financiación de las empresas bancarias; y (b) no se limita a supuestos en que las partes hayan acordado contractualmente la inserción en el préstamo de una cláusula de subordinación o postergación. El texto íntegro del precepto es del siguiente tenor:

«Art. 11. 1. Las entidades públicas o privadas podrán conceder préstamos de carácter participativo en los que, con independencia del pacto de intereses, se acuerde la participación del acreedor en el beneficio neto del deudor.

2. Los préstamos participativos tendrán las siguientes características:

a) La entidad concedente del préstamo participará en los beneficios líquidos con independencia de que, además, se acuerde un interés fijo.

b) El prestatario no podrá anticipar la amortización de dichos créditos excepto que esta amortización anticipada se compense con una aportación equivalente de fondos propios, siempre y cuando esta amortización no provenga de regularización de activos. En ningún caso la amortización anticipada del crédito podrá alterar la relación existente entre los recursos propios y los recursos ajenos.

c) Los préstamos participativos se deberán inscribir en una línea especial del balance del prestamista y del prestatario, y tendrán la consideración de fondos propios para apreciar la solvencia financiera de la empresa deudora; si bien los intereses de los mismos, así como la participación prevista en el apartado a), se considerarán partida deducible, a efectos de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades [sobre este aspecto contable y con referencia a las hipótesis que nos interesan v. las interesantes consideraciones de LUTTER-HOMMELHOFF, *ZGR* 8 (1979), 53-54].

d) En orden a la relación de créditos, los acreedores por préstamos participativos se sitúan después de los acreedores comunes. Los créditos participativos son de igual rango».

Bien a la vista quedan las diferencias entre los préstamos con cláusulas de postergación y los préstamos participativos legalmente postergados, como los contemplados por nuestra legislación que se inspira, sin duda alguna, en la ley francesa 78-741 de 13 de julio de 1978, relativa a la orientación del ahorro hacia la financiación de las empresas; y más concretamente, en sus artículos 24 a 33; para una primera aproximación a esta disciplina v. J. J. CAUSSAIN, «Les prêts participatifs», *Droit des Sociétés* 30 (1979), 2-4, de donde recogemos la información).

(133) Es más, nada obsta para que, en principio, se utilice también en nuestro tráfico económico la cláusula de postergación en los préstamos no

queremos subrayar un extremo a nuestro juicio muy importante: el artículo 11,2 entra en acción independientemente de que el contrato de préstamo contenga o deje de contener (o expresamente la excluya) una cláusula de subordinación o de postergación. Su imperio únicamente depende de que se prebe adecuadamente la índole participativa del negocio financiero. La disciplina, por consiguiente, goza de naturaleza imperativa y es, por ende, inderogable. En segundo término, hemos de indicar que la prueba del carácter participativo de la operación, de lo que en definitiva pende el sometimiento a tan severa disciplina, deberá sujetarse a muchas cautelas en el caso de que el financiador sea un tercero. No a tantas, sin embargo, en los supuestos en los que aquella posición la ocupe un socio. Y en este sentido, a nuestro modo de ver, bastará con probar la existencia de un interés más alto que el regular, de un pacto a través del cual los demás socios acuerdan que el socio-financiador tenga una cuota de participación en beneficios más elevada de aquella que correspondería a su tasa de participación en el capital o cualquier otra fórmula de parecido alcance (134). En todo caso el análisis de la disciplina de tales créditos participativos es una cuestión que merece un estudio muy detenido y que por tanto debe quedar remitida para ocasión más propicia.

15. *Supuestos funcionalmente análogos.* Las reglas que se han ido perfilando a lo largo de la exposición anterior deben extenderse *mutatis mutandi* a todas aquellas operaciones desarrolladas por los socios que tengan por finalidad reemplazar la escasez de capital. El hecho de que la disciplina la hayamos construido en derredor del préstamo-mutuo no tiene más explicación que el carácter paradigmático que reviste esta figura en el contexto de la amplísima fenomenología subsumible bajo la rúbrica de «infracapitalización nominal». Con todo, no estará de más que nos refiramos por un momento a los «supuestos análogos» más importantes (135): la *financiación in natura* y la *financiación garantizada*.

Está claro que los socios pueden subvenir a las necesidades financieras de la sociedad infracapitalizada suministrándole los bienes que necesite para activar su empresa en lugar de entregarle los fondos monetarios necesarios para su adquisición; y así no es infrecuente encontrarnos con situaciones en las que los socios compran personalmente determinados bienes (p. ej. una cadena de motaje) y a continuación proceden a revendérselos a la sociedad, quien *sine die* les adeuda el precio. Este crédito es funcional y estructuralmente idéntico al que procedería de un préstamo. Ningún obstáculo pues para aplicarle las mismas reglas. Ciertas di-

participativos: remito a tales efectos al trabajo de gran utilidad práctica (incluye formularios, etc.), de A. BRUYNNE, «Les prêts subordonnés», *Revue de la Banque* 40 (1976), 530-569. Para los problemas dogmáticos, CAMPOBASSO, *Giur Comm.* 10 (1983), 128-148.

(134) Para identificar el carácter participativo del préstamo en el caso en que haya sido concedido por un socio resultan muy útiles, a nuestro juicio, los sistemas ingenieros por la práctica para remunerar los créditos subordinados o postergados: un apunte en CAMPOBASSO, *Giur Comm.* 10 (1983), 125-126

(135) Enumera una lista RAISER, *Recht der Kapitalgesellschaften* (n. 9), 273-274.

ferencias, en cambio, se observan en los casos en que los socios cedan semejantes bienes a la sociedad en régimen de arrendamiento, de comodato, de precario, de usufructo, en virtud de un contrato de compraventa acompañado de una cláusula de reserva de dominio o de un contrato de *leasing* o como consecuencia de una transmisión fiduciaria.

Hipótesis de escuela de esta fenomenología es la que nos suministra el caso *Luckenbach v. Grace* que reproducen invariablemente todos los manuales: Una sociedad funda una subsidiaria con un capital social de 10.000 dólares, a la que encomienda el ejercicio de una empresa de navegación. Para que pueda realizarla, le arrienda su entera flota de vapores fluviales, cuyo valor asciende a muchos millones de dólares. Un acreedor reclama una indemnización por incumplimiento contractual que conduce a la quiebra a la subsidiaria. La causa de la bancarrota evidentemente reside en su escasa dotación de capital. La *Supreme Court* hizo responsable ya en 1920 a la sociedad madre por infracapitalización nominal, permitiendo la ejecución de parte de la flota que había cedido a la sociedad filial en arrendamiento (*Luckenbach S. S. Co. v. W. R. Grace & Co.* 267 F. 676 [4th Cir. 1920]).

En todos estos supuestos y teniendo en cuenta que los socios-cedentes conservan un *derecho real* sobre la cosa, el peligro para los acreedores no sólo permanece, sino que incluso se agrava, ya que ni siquiera podrán compartir con los socios la masa activa de la quiebra como sucedería si hubiesen concedido un préstamo. Tendrán que asistir impasiblemente a la reducción de la misma por parte de los socios que ejercitarán las facultades de separación *ex iure dominii* que les conceden los artículos 908 y 909, 3 C. de C. (136). Si en el caso del préstamo se responsabilizaba a los socios por someter al riesgo típico del acreedor unos fondos que habrían debido someter al riesgo empresarial, con más razón se les exigirá ahora la responsabilidad diferencial (entre el capital escriturado y el capital adecuado) cuando no someten los bienes a ningún tipo de riesgo, como ahora acontece. Los presupuestos de esa responsabilidad, sin embargo, deben ser los mismos: (a) que la financiación *in natura* del socio sea imputable a la sociedad; es decir, tenga carácter societario; y (b) que tenga por función económica la propia del capital. Respecto de esta última condición, hay que señalar que los *tests* esbozados para el préstamo no se ajustan perfectamente a las hipótesis que consideramos ahora, por lo que se hará preciso reconvertirlos. Los criterios de fondo,

(136) Las consideraciones trazadas en el texto son *generales*. Hay que matizarlas respecto de cada supuesto: así, por ejemplo, en el caso de la compra-venta con pacto de reserva de dominio no habrá reducción *ex iure dominii* más que en el supuesto en que el síndico opte por no satisfacer el precio o el resto del precio (arg. *ex art.* 909,9,II C. de c.). Respecto de la transmisión fiduciaria, en cambio, y si aceptamos —como creo que debemos aceptar— la construcción de F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, 379, cabría derecho de separación, pues la titularidad real (que no la formal) reside en el fiduciante, que por tanto conserva frente al fiduciario la acción reivindicatoria (arg. *ex art.* 909, 4 C. de c.). Etc.

en todo caso, deberán de ser los mismos (137). En lo que atañe, finalmente, al *modus* de canalizar la responsabilidad, el procedimiento es muy sencillo: tales bienes se considerarán de dominio de la sociedad y, por consiguiente, los socios no podrán reducir la masa. Si los bienes, en cambio, hubiesen sido recuperados por su titular antes de la declaración de la quiebra, el síndico podrá reclamar su reintegración al patrimonio de la sociedad. El socio titular de los mismos, el cedente tendrá en todo caso (como la tenía el socio-prestamista) una acción de regreso contra los demás socios responsables por infracapitalización (138).

Nuestro Tribunal Supremo ha tenido recientemente ocasión de enfrentarse con un supuesto que pertenece indiscutiblemente a esta constelación de casos. Estos son los hechos: una sociedad vende a su subsidiaria maquinaria industrial reservándose el dominio hasta tanto el precio no esté totalmente satisfecho. Un acreedor de la sociedad filial reclama judicialmente el pago de un crédito y el juez decreta el embargo de aquella maquinaria (que, por lo demás, constituía el único patrimonio de la sociedad hija). La sociedad madre, propietaria del bien en virtud de la reserva de propiedad que contenía el contrato de compraventa, interpone una tercería de dominio. El Tribunal de Casación no accede a la pretensión de la sociedad tecerista. Y entre otras consideraciones, señala: «... en el caso contemplado, como consecuencia del juego de la personalidad jurídica, se observa que aparte de que es una sociedad [sociedad madre] la que se vende a sí misma, aunque con otro nombre [sociedad filial], es después esta segunda la que reconoce el dominio en favor de la primera que, naturalmente acepta, dándose lugar con ello a que en el acto jurídico celebrado, las contrastantes voluntades de ofrecer y aceptar están emitidas por una sola persona, lo que, si formalmente es factible, choca, para su admisión en derecho, con la recta interpretación del artículo 1.254 y con la ilicitud que entraña el perjuicio de los intereses de los acreedores que ven frustrados sus legítimos derechos amparados por la norma genérica del artículo 1.911, según el que, del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros» (STS/20-VI-1983 [Rep. Ar. 3635/1983]). Aunque nos mostramos totalmente de acuerdo con el resultado, disentimos en cambio de la fundamentación (139). Desde nuestro punto de vista, éste es un caso típico de infracapitalización y como tal y en base a la disciplina del capital debió haberse resuelto (como

(137) Especial cautela merece el tratamiento de los arrendamientos que constituyen una práctica usual en nuestra vida societaria; y de los contratos de *leasing* como medio en principio legítimo de ahorrar liquidez y simultáneamente disponer de un bien: v. las precisiones de LUTTER-HOMMELHOFF, ZGR 8 (1979), 51-52 y de D. REUTER en K. REBMANN y F. J. SÄCKER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 1978, I, 218.

(138) Sobre estos extremos v. IMMENGA, *Personalistische* (n. 8), 416-417; WIEDEMANN, *Haftungsbeschränkung* (n. 11), 28, 34-35; para el derecho americano v. ahora la síntesis de IMMENGA, *ibi*, 373-376.

(139) El razonamiento del Tribunal Supremo, en síntesis, viene a ser la siguiente: *aunque la autocontratación está permitida cuando quede excluido el conflicto de intereses, debe volver a prohibirse cuando perjudique intereses de terceros*. Esta doctrina conduce a hacer de la norma prohibitiva del contrato *cum se ipso* una norma de tutela de acreedores (es decir, de terceros extraños a la relación de referencia), lo cual «ni es necesario ni es apropiado». No es *apropiado* porque si declaramos nulo el negocio debemos devolver a la sociedad madre la maquinaria en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.303 CC.; y así, desde luego, no resolvemos el problema. No es *necesario*, porque para la solución del caso disponemos de mecanismos más

en un supuesto también de venta con reserva de dominio ha hecho el BGH no hace mucho tiempo. Esta es su doctrina: Los acreedores disponen de una acción de restitución si el «socio» [vendedor] contra la finalidad de las normas de defensa de la aportación y conservación del capital social recu- pera un bien que económicamente debe calificarse como capital» (BGHZ 68, 319).

Hasta aquí la financiación *in natura*. Pero, ¿qué decir respecto de la *financiación garantizada*? Aún adoptando todas las cautelas que sea menester, entiendo que las reflexiones anteriores no deben rectificarse en este punto (para dar legitimidad a la que quizá sea en nuestro país la forma más extendida de financiación de la pequeña y mediana empresa). Ya sabemos que los socios son los financiadores natos de las sociedades infracapitalizadas. Y sabemos asimismo que las financian al margen del mecanismo natural del capital para sustraer sus inversiones al riesgo empresarial y limitarlas al riesgo típico del acreedor. ¿Qué diferencia hay pues entre la financiación directa del prestamista y la financiación indirecta del socio que sale garante (fiador o avalista) del crédito que un banco proporciona a una sociedad? En realidad ninguna, porque la financiación que hace la banca no se apoya en la solvencia de la sociedad (que está infracapitalizada) sino única y exclusivamente en la que ofrezca el socio (140). Una correcta construcción del orden económico exige que cuando una persona quiera ejercitar una empresa a través de una sociedad de capitales la capitalice adecuadamente; y si no dispone de medios líquidos que los adquiera para sí, con su crédito personal, y luego los aporte a la sociedad. Cualquier otra vía es irregular. Por consiguiente, siempre que concurren los presupuestos tantas veces repetidos para dar curso a la responsabilidad por infracapitalización, tam-

congruentes, como son, precisamente los señalados en el texto: así —combatiendo la utilización de la norma de autocontratación como norma de protección de terceros— REINHARDT, *GesellschaftsR* (n. 9), 338. No ocultamos sin embargo, la existencia de alguna opinión aislada —la de Göggerle o la de Giesen— que ha propuesto la reconversión del § 181 BGB (que disciplina el *In Sich-Geschäft*) para ser utilizado en supuestos de sociedades unipersonales, lo que virtualmente implica la construcción del citado precepto como norma de tutela de acreedores: cfr. E. SCHANZE, *Einmangesellschaft und Durchgriffhaftung als Konzeptionalisierungsprobleme gesellschaftsrechtliche Zurechnung*, Frankfurt a.M., 1975, 110, n. 428, e *ibi* la referencia a Göggerle y la crítica de su planteamiento; K. LARENZ, *Metodología* (n. 8), 387.

(140) De lo que *a contrario* se sigue que en otros supuestos no ha lugar a la responsabilidad. Como acertadamente señala Ernst von Caemmerer, los «[C]réditos concedidos a una SRL después de los exámenes de riesgos ordinarios que se realizan a tales efectos en la praxis bancaria y en los que la fianza del socio constituye únicamente una garantía adicional [no causal] no deben de verse afectados y puestos en peligro [por las reglas sobre la infracapitalización]. Únicamente [deben controlarse a través de este mecanismo] los créditos sustitutivos de capital que son dados en función exclusivamente de la fianza prestada por los socios...»: E. von CAEMMERER, «Un terkapitalisierung und Gesellschafterdarlehen», en *Quo vadis, ius societatum?* (*Liber amicorum* P. SANDERS), Gravenhage, 1972, 23-24.

bién una garantía personal debe recalificarse como capital (141). Las consecuencias de esta recalificación se manifiestan en este caso de la siguiente manera: (a) si el tercero no logra satisfacer su pretensión frente a la sociedad y paga el socio que salió garante, no podrá éste último ejercitar su acción de regreso contra la sociedad. Si la sociedad de todos modos le reintegra los fondos, podrán los acreedores en la quiebra pedir de los socios responsables por infracapitalización la restitución de lo indebidamente versado. (b) Otro tanto de lo mismo hay que decir para el caso en que la sociedad directamente pague al prestamista: si se produce la quiebra, los síndicos podrán pedir que se reintegre a la sociedad por parte de los socios responsables el importe del crédito garantizado que constituye la medida —como sabemos— de su responsabilidad diferencial (142).

16. *Consideración final.* Si quisiéramos ahora condensar el sentido último de la propuesta trazada a lo largo de los epígrafes que preceden habría que destacar dos puntos muy centrales. *Primero:* el alejamiento que lleva implícito respecto de la doctrina tradicional del *capital nominal* fijado mediante una cifra estatutaria y publicado a través del Registro Mercantil; y *segundo:* el establecimiento de una semilla germinal que al cabo debe desembarcar en la construcción de una doctrina general sobre el que ha sido bautizado como *capital material*, cuya proposición central queda excelentemente perfilada en estas palabras de Lutter:

«A las normas de defensa del capital están sujetos no sólo el patrimonio social necesario para cubrir la cifra del capital nominal determinado en el contrato de sociedad, sino también todo activo patrimonial que según [las más elementales reglas] de financiación material debe de ser considerado como capital de la sociedad» (143).

(141) En un caso perteneciente a esta serie, el BGH, recientemente, establece la siguiente doctrina: «La fianza de un socio puede ser considerada como una prestación sustitutiva de capital cuando la misma se presta [...] para que a la sociedad le sea concedido un crédito bancario en un momento en que no lo habría podido obtener por sí sola en las condiciones ordinarias del mercado» (sentencia del BGH de 13-VII-1981) (cito por la reproducción que de la misma aparece en la *GmbH-Rdsch* 74 [1982], 19-22).

(142) WIEDEMANN, *Haftungsbeschränkung* (n. 11), 35. Algunos autores —siguiendo otra vía— han intentado fundamentar la supresión de la acción de regreso del socio contra la sociedad infiriendo una renuncia tácita a dicha acción de las relaciones internas del socio con la persona jurídica y de la función sustitutiva de la dotación de capital que juega la garantía. Esta opinión, amén de ser de difícilísima viabilidad (al menos mientras la doctrina dominante del negocio jurídico, que es muy «psicologista», no cambie) no es necesaria, pues el fundamento más apropiado es el general de responsabilidad por infracapitalización: REUTER, *Münchener Komm.* (n. 137), 218-219.

(143) LUTTER-HOMMELHOFF, *ZGR* 8 (1979), 42. Para una eficaz defensa del valor institucional del concepto material del capital con validez general para todo el derecho de sociedades v. K. SCHMIDT, «Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen: ein Rechtsproblem nur der GmbH und der GmbH & Co.? Vier Thesen zur Institutionenbildung im Kapitalausstattungsrecht der Handelsge-

Semejante conclusión, finalmente, encontraría su justificación última en el pensamiento —absolutamente irrenunciable— de la *realización del derecho*. Pues es evidente que fuera de ella, los dictados de la ley corren el grave peligro de quedar reducidos a *lettre mort*, a palabras huecas. No es momento ahora de dar cuenta de la agonía de la herencia positivista y de la emergencia simultánea de una nueva cultura jurídica. Bastará aquí, para cerrar estas páginas, traer a colación el refrescante legado de Ihering y pensar que el derecho está llamado a gobernar más allá de su propia apariencia, más allá de lo que consta en los papeles desnudos de la ley, toda vez que *la realización es la vida y la verdad del derecho*: «Das Recht ist dazu da, dass sich verwirkliche» (144).

sellschaften», AG 29 (1984), 12-15, esp. 13. Un buen exponente de esta tendencia lo constituye la nueva legislación californiana en materia de sociedades anónimas, que ha eliminado los conceptos tradicionales de capital nominal, reservas, etc., y ha disciplinado la entera problemática del capital sirviéndose de conceptos materiales: v., para una primera aproximación, A. MONTANARI, «Capitale nominale adeguato all'oggetto sociale o mezzi propri proporzionali alle dimensioni (in margine alla riforma della legge generale sulle società della California)», *Riv. soc.* 25 (1980), 571-578.

(144) R. von JHERING, «Theorie der juristischen Technik», en W. KRAWIETZ (ed.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt, 1976, 11 (= R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig¹, 1858, II, 2, 334).

El patrimonio fundacional en la Ley de fundaciones catalanas

Por LUIS PUIG FERRIOL
Catedrático de Derecho civil

1. DELIMITACION DEL TEMA

De acuerdo, fundamentalmente, con lo prevenido en el artículo 1.º de la Ley catalana de fundaciones privadas, la persona jurídica de tipo fundacional puede definirse como aquella persona jurídica creada por iniciativa privada, mediante la adscripción de un patrimonio a unas finalidades de interés general, y que actúa sin ánimo de lucro (aunque sus servicios no han de ser necesariamente gratuitos, pues tal requisito no lo exige la ley). De esta definición —por demás provisional— resulta que la fundación debe reunir los siguientes requisitos: la existencia de un patrimonio, el destino de este patrimonio a unos fines de interés general y dotarlo de la organización adecuada para conseguir estos fines.

En este trabajo me propongo considerar únicamente el patrimonio de la fundación, dejando pues de lado los requisitos del interés general y la organización. Pero antes de seguir adelante creo conveniente hacer una precisión. Y es la de que con respecto a este elemento patrimonial de la fundación, la ley unas veces habla de dotación (por ejemplo en sus arts. 3.º-2, 4.º y 8 d) y otras de patrimonio, cual sucede en sus artículos 1.º, 3.º-1, 4.º-3 y 4, 7.º-2 y 12 b). Aquí se partirá de la idea de conferir un cierto sentido a tal dualidad de expresiones, mediante distinguir el patrimonio de la fundación en un momento determinado de su existencia, reservando —por tanto— el término dotación para referirlo al patrimonio inicial de la fundación. Criterio este que de alguna manera aparece en el texto aprobado por el Parlamento catalán, pues tanto el artículo 3.º-2 como el artículo 8.º d) hablan de «dotación inicial», como dando a entender que la dotación se produce en el momento de nacer a la vida del derecho la persona jurídica de tipo fundacional.

2. EL PATRIMONIO

De acuerdo con la definición antes propuesta de la fundación, es decir como persona jurídica cuyo «substratum» lo forma un patrimonio al que se le ha dado la correspondiente organización para cumplir unos fines de interés general, interesa en este primer apartado hacer algunas consideraciones sobre la relevancia del patrimonio fundacional desde una perspectiva esencialmente jurídica.

2.1. *Funciones del patrimonio fundacional*

Desde el momento en que el artículo 35 núm. 1 C. c. reconoce personalidad jurídica independiente a las fundaciones, el patrimonio de las mismas cumplirá idénticas funciones de las que se predicán del patrimonio, tanto con respecto a las personas físicas como en relación con las demás personas jurídicas. Por consiguiente, y con referencia a la fundación, el patrimonio de la misma tiene el carácter de patrimonio personal, pues desde el momento en que la ley —por razones de política jurídica— personifica estos patrimonios, la persona jurídica fundación —como toda persona— es titular de un patrimonio.

Ello no obsta para que antes de haber sido constituida la fundación, o mejor quizás, cuando la función se encuentra en vías de constituirse, pueda hablarse con respecto al o los fundadores de un patrimonio de destino o de un patrimonio autónomo; esto es como un patrimonio aparte y con finalidades propias, en espera de la persona jurídica llamada a ser titular del mismo. Así que en el supuesto de crearse la fundación por acto entre vivos, la dotación inicial se produce desde el momento de otorgarse la carta fundacional (cfr. art. 8.º d) de la Ley), pues la fundación sólo se convierte en titular de este patrimonio una vez haya quedado legalmente constituida con la inscripción en el registro de fundaciones (art. 6.º-1 idem). O en el supuesto de crearse la fundación por negocio jurídico *mortis causa*, será normal que la persona jurídica no nazca a la vida del derecho hasta el momento en que los llamados a ejecutar la voluntad del fundador redacten la correspondiente carta fundacional y obtengan la inscripción de la misma en el registro. En cualquiera de estos supuestos el patrimonio destinado a integrar el «substratum» de la fundación no pertenecerá todavía a la misma por cuanto falta la personalidad jurídica, que sólo obtiene tras la inscripción en el registro de fundaciones (cfr. art. 6.º-1 de la Ley); pero como desde el momento de otorgarse la carta fundacional o —en su caso— desde el fallecimiento del testador los bienes están definitivamente adscritos a integrar el patrimonio de la futura fundación, pues según el punto 16-2 de la Instrucción de 27 de mayo de 1982 estos actos son irrevocables, puede hablarse con respecto a los bienes destina-

dos irrevocablemente a integrar el patrimonio de la fundación de un patrimonio en situación de destino o de un patrimonio autónomo.

Pero una vez creada la fundación con la inscripción de la carta fundacional en el registro de fundaciones, este patrimonio en situación de destino pasa a convertirse en el patrimonio personal —o de la persona jurídica— de la fundación. Y como todo patrimonio personal supone unificar idealmente en la fundación todas las relaciones jurídicas de carácter patrimonial que afectan a la misma para la consecución de sus fines, que según el artículo 1.º de la Ley han de ser siempre de interés general. Y por otra parte, y de acuerdo con el artículo 1.911 C. c., el patrimonio de la fundación —como todo patrimonio personal— responde frente a los acreedores de la persona jurídica del cumplimiento de las obligaciones asumidas por la misma por medio de sus órganos de actuación, siempre que actúen dentro de las facultades que según ley o los estatutos les correspondan. Con la natural consecuencia de no ser responsables los órganos de actuación de la fundación por las obligaciones a cargo de la misma; a salvo las acciones de responsabilidad que pueda ejercitar frente a los componentes del patronato por las responsabilidades en que puedan haber incurrido por no ejercer el cargo con la diligencia de un leal administrador (cfr. art. 12 de la Ley), y el supuesto especial de responsabilidad subsidiaria y solidaria de los patronos por las obligaciones contraídas en interés de la fundación antes de haberse inscrito en el registro (cfr. art. 7.º-2 idem).

2.2. Necesidad del patrimonio

A nivel doctrinal se ha suscitado en ocasiones el problema de si es posible la existencia o creación de fundaciones carentes de toda base patrimonial. La cuestión así propuesta debe ser resuelta sin mayores dudas en sentido negativo, por cuanto ya se ha apuntado que la existencia de un patrimonio opera como un presupuesto para la creación de la fundación, en el sentido de que se crea una organización al servicio de un interés público sobre la base de un elemento patrimonial, y por tanto es claro que el patrimonio es indispensable para que pueda constituirse jurídicamente una fundación (1). Tesis esta que avala decisivamente el artículo 1.º de la

(1) Señala al respecto VALERO AGÚNDEZ (véase *La fundación como forma de empresa*. Valladolid, 1969, págs. 39 y ss.) que «en el caso de la fundación el elemento básico que se trata de organizar es, como anteriormente se ha dicho, la aplicación de una masa de bienes a la realización, generalmente permanente de un fin ideal. Si como forma de organización se utiliza, para esta finalidad, el recurso técnico de la personalidad jurídica, el hecho de que el patrimonio no sea un elemento conceptual de ésta no es argumento válido para concluir que tampoco lo será de la fundación tratada como persona jurídica; puesto que lo que se pretende, al aplicar en el caso de la fundación la disciplina normativa, denominada abreviadamente «persona jurídica», es organizar con los caracteres de autonomía y permanencia, propios de ésta,

Ley, que caracteriza la fundación como un «patrimonio» afectado, sin ánimo de lucro, al cumplimiento de unos fines de interés general; y el artículo 8.º d) que exige conste inexcusablemente en la carta fundacional «la dotació inicial de la fundació», con la natural consecuencia de que si falta esta determinación en la carta fundacional, no podrá inscribirse en el registro de fundaciones por contravenir el mentado precepto de la Ley (cfr. su artículo 10-2), y por tanto la fundación no llegará a tener personalidad jurídica. Lo cual se justifica si se tiene en cuenta que el artículo 8.º d) de la Ley parte de la premisa de que el negocio de dotación, por bien que en abstracto pueda tener una independencia o autonomía propia, en el proceso de constitución de la fundación se diluye dentro del proceso constitutivo; en el sentido —pues— de que si no hay dotación, no podrá considerarse perfeccionado el negocio jurídico de creación de la fundación.

Supuesta la necesidad de un patrimonio para que exista la fundación, surge otra cuestión conexas con la misma, cual es la de si esta masa patrimonial debe existir desde el momento de crearse la fundación, o si cabe constituir ésta sin la mentada base patrimonial, pero señalando la posibilidad o los medios de adquirir en el futuro un patrimonio. De acuerdo con cuanto acaba de decirse, parece más ajustado entender que la fundación requiere, no una posibilidad más o menos remota o abstracta de obtener un patrimonio, sino que requiere la adecuada base patrimonial desde el momento de su constitución, pues el artículo 8.º d) de la Ley exige que conste en la carta fundacional «la dotació inicial de la fundació», y por ello está pensando que esta dotación inicial exista ya desde el momento de otorgarse la carta fundacional, y que esta dotación inicial permite a la fundación atender los fines de interés general que la misma se propone. No obstante esta afirmación debe ser algo matizada, por cuanto según el artículo 3.º-3 de la Ley «la dotació d'una fundació no pot consistir només en el propòsit de recaptar donatius, ni que siguin quotes o subvencions periòdiques, llevat que en fos garantida plenament la continuïtat en una quantia suficient per a complir les finalitats fundacionals».

Del transcrito precepto una cosa resulta clara. Y es que el patrimonio de la fundación no puede estar constituido —únicamente— por el propósito de recabar donativos que no garanticen plenamente la continuidad de los mismos en una cuantía suficiente para cumplir los fines fundacionales, por cuanto en este caso el fundador, al crear la fundación, establecería los rasgos esenciales de un negocio dispositivo lucrativo a cumplir por terceras perso-

la dedicación de un patrimonio al fin. Ahora bien, en el caso de dedicación de un patrimonio a un fin, en lo que consiste la esencia de la fundación, no puede en manera alguna faltar el patrimonio dedicado. Por eso, ni se puede construir una fundación sin patrimonio —sin bienes actuales o, al menos sin una exigencia de dichos bienes, que jurídicamente considerada será un derecho de crédito a ellos, o una expectativa de obtenerlos— ni puede subsistir una fundación desprovista de patrimonio».

nas —y quizá indeterminadas—, lo cual carece de toda consistencia jurídica. Por consiguiente no cabe constituir una fundación con cargo a unas aportaciones que se reputen inciertas al no ser jurídicamente exigibles por depender de la simple voluntad de los terceros al realizarlas o no, como sucedería —por ejemplo— en el caso de que el patrimonio de la fundación hubiera de integrarse con unas liberalidades testamentarias, dado el carácter esencialmente revocable del testamento en vida del testador: cfr. artículo 737 C. c.

Una excepción a esta regla, derivada del propio artículo 3.º-3, es que el patrimonio de la fundación haya de integrarse por medio de unas cuotas o subvenciones periódicas, cuya continuidad quede suficientemente garantizada para cumplir los fines fundacionales. Pienso que aquí interesa fundamentalmente desentrañar el sentido de la expresión «fos garantida plenament», que ciertamente puede enfocarse desde distintas perspectivas. Una sería la de entender que con esta expresión el legislador se refiere al supuesto de que la obligación asumida por terceras personas de aportar cuotas o subvenciones contara no sólo con la responsabilidad patrimonial universal del obligado ex artículo 1.911 C. c., sino que esta obligación estuviere —además— garantizada con cualquier derecho real o personal de garantía, pues sólo en estos supuestos podría considerarse «garantida plenament». Pero no parece ser este el sentido de la referida expresión contenida en el repetido artículo 3.º-3, que no cabe referirla a un añadido a la responsabilidad patrimonial universal del obligado, sino más bien a que se considere garantizada la continuidad de las aportaciones para cumplir los fines fundacionales. Garantía que aquí se traducirá en que no se deja a la voluntad unilateral de los aportantes el mantener o revocar las cuotas o subvenciones periódicas prometidas; y además en que la obligación de pagar estas cuotas o subvenciones periódicas se ha hecho en condiciones tales, que según las reglas de una ordenada administración se considere conveniente el poderlas exigir, incluso judicialmente, caso de resistencia del obligado a satisfacerlas, pues la pretensión judicial deducida a tales efectos tenga posibilidades de triunfar. En otro caso, deberá denegarse la inscripción en el registro de la fundación creada con un patrimonio formado por el propósito de recibir donativos, si no está garantizada plenamente la cuantía de los mismos para cumplir las finalidades fundacionales (argumento art. 10-2 de la Ley), con la natural consecuencia de que con esta base patrimonial no podrá crearse una persona jurídica de tipo fundacional. Pero sin que ello suponga frustrar definitivamente el designio de los aportantes, que podrá canalizarse por la vía de las sociedades de hecho; o por la de las asociaciones de hecho de carácter temporal, reguladas en el artículo 19 del Decreto de 20 de mayo de 1965, que surgen ya sea para promover suscripciones o cuestaciones públicas, festivales benéficos o iniciativas análogas destinadas a arbitrar fondos para cualquier finalidad lícita y determinada.

2.3. *Cuantía del patrimonio*

Considera la fundación como un patrimonio dotado de la adecuada organización para conseguir unos fines de interés general, interesa en este apartado hacer algunas consideraciones acerca de si todo patrimonio puede constituir el «substratum» de una fundación, o si —por contra— tal patrimonio ha de tener o no una determinada cuantía o entidad. En cuanto a su cuantía máxima, es claro que no se presentan cuestiones; de suerte que el problema habrá de considerarse en cuanto a si todo patrimonio, por ínfimo que sea, puede constituir la base económica de una fundación.

El problema no lo afronta directamente la Ley catalana de fundaciones privadas, la cual sólo de una forma tangencial puede entenderse que contempla esta cuestión en el antes mentado artículo 3.º-3, que para el supuesto de integrarse el patrimonio de la fundación por medio de cuotas o subvenciones, hace la salvedad de que la cuantía de las mismas sea suficiente para cumplir los fines fundacionales; previsión esta que bien pudiera generalizarse, en el sentido de que sólo podrá constituirse una fundación si el patrimonio inicial de la misma se considera suficiente para cumplir los fines fundacionales. Pero lo cierto es que la ley no hace expresamente tal aseveración, y la doctrina no se muestra propicia a la adopción de unos criterios rígidos al respecto. Así para Vila-seca i Marcet (2) es oportuno invocar aquí el canon 1.415 del Código de Derecho canónico, según el cual se entendería suficiente la dotación cuando contempladas todas las cosas, se considere que la misma bastará para el congruo y duradero cumplimiento de las cargas fundacionales.

El problema tal vez deba abordarse a la luz del artículo 39 C. c., cuando establece la extinción de las personas jurídicas —en general— por ser ya imposible aplicar al fin fundacional las actividades y medios de que disponían. Por cuanto si de entrada se considera que con el patrimonio inicial de la fundación, y sin que en la carta fundacional se prevean otras aportaciones patrimoniales seguras

(2) En palabras de este autor (véase *Entorn de la legislació catalana sobre fundacions privades*, en Revista Jurídica de Catalunya, 1983, pág. 19 «jo diria», com a conclusió, que a Catalunya no es podrà constituir una fundació sense una dotació que no tingui alguna consistència, la mesura de la quantia de la qual no serà tant una xifra matemàtica, sinó aquella que «mirades totes les coses» es cregui suficient per a garantir la continuïtat de la fundació, potser, fins i tot diria la seva perennitat, almenys contemplada en el moment de la constitució. Del que es tracta és d'assegurar que no es constituirà una persona jurídica fundacional, que és una cosa seriosa amb vocació de perennitat, la continuïtat de la qual, per manca del finançament adequat, es vegi ja d'entrada amenaçada. I això perquè, si bé la fundació és fonamentalment un patrimoni econòmic abocat a la realització d'uns fins d'interès general, també és cert que actualment l'estabilitat i la continuïtat dels patrimonis capitalístics, per importants que puguin semblar, no és pas més segura que el finançament procedent d'altres fonts no capitalitzades».

que permitan la consecución de los fines fundacionales propuestos (como pueden ser las del art. 3.º-3 de la Ley), deberá denegarse la inscripción de la fundación pretendida, impidiendo de esta guisa que pueda adquirir una personalidad jurídica propia. Esta aseveración supone admitir la ingerencia administrativa en orden a la cuantía del patrimonio para alcanzar los fines fundacionales, extremo este que no resulta claro en el texto de la ley. Pero sí tal vez tenga un más claro apoyo en el punto 3 de la Instrucción de 27 de mayo de 1982 sobre organización y funcionamiento del protectorado de la Generalitat sobre las fundaciones privadas de Cataluña, según el cual, entre las funciones del protectorado, enumera la de «exigir el compliment de les filalitats fundacionals», y sí con el patrimonio inicial de la fundación el protectorado considera que las finalidades fundacionales son de imposible cumplimiento, podrá denegar la inscripción de la fundación pretendida al amparo del artículo 10-2 de la Ley. En cuyo caso, y por aplicación de lo prevenido en el artículo 15-2 g) de la propia Ley, corresponderá al protectorado decidir sobre el destino que haya de darse al patrimonio fundacional por no haberse podido constituir, mediante la inscripción registral, la fundación por ser insuficiente su base patrimonial (3).

2.4. Composición del patrimonio fundacional

Según el artículo 3.º-1 de la Ley, el patrimonio fundacional «pot consistir en béns i en drets de qualsevol mena». El precepto se refiere más bien al patrimonio en sentido económico, pues habla de cosas como posible objeto del patrimonio fundacional; cuando en sentido jurídico el patrimonio lo integran únicamente los derechos —incluidos los que recaen sobre cosas materiales— que su titular (aquí la fundación) ostenta sobre los distintos elementos que integran el patrimonio. Estos elementos se comprenden en el conjunto de derechos que tienen una estimación dineraria o económica, y lo mismo pueden ser derechos reales de propiedad que derechos reales limitados, por cuanto según el artículo 8.º d) de la Ley se exige detallar en la carta fundacional el título en virtud del cual se aporten bienes a la fundación, con lo cual queda claro que la aportación no ha de ser precisamente a título de dominio. Forman también el patrimonio de la persona, y por tanto también de la fundación, los derechos de crédito, los denominados derechos sobre bienes inmateriales y el derecho hereditario. Con respecto a este último se contiene una previsión en el artículo 6.º-3 de la

(3) Otra solución que se ha propuesto es la de inscribir la fundación no obstante la insuficiencia patrimonial apreciada por el protectorado, y después instar la fusión o agregación a otra fundación, al amparo del artículo 14-2 de la Ley; véase en este sentido FERRER I RIBA, *El negoci jurídic fundacional i la seva eficàcia en la Llei de 3 de març de 1982, de fundacions privades* (memoria para la obtención del grado de licenciatura, inédita). Facultat de dret de Barcelona, 1983, pág. 50 y ss.

Ley, donde se establecen los requisitos para que pueda ser repudiada una herencia deferida a la fundación.

La disposición del artículo 3.º-1 de la Ley, de que el patrimonio fundacional «pot consistir en béns i en drets de qualsevol mena», precisa de algunas puntualizaciones. La primera derivada del hecho de que la fundación es titular de un patrimonio, que se le atribuye para conseguir los fines de interés general que determinaron su creación (cfr. art. 1.º de la Ley), y a la consecución de este fin la fundación debe desestimar, por lo menos, el ochenta por ciento de las rentas que obtengan y de los otros ingresos que no formen parte de la dotación (art. 5.º-2 ídem). Esta circunstancia lleva a la idea de que si no todos, por lo menos la mayor parte de los bienes que integran el patrimonio de las fundaciones, deben tener el carácter de fructíferos, por cuanto de otra suerte la fundación podría encontrarse fácilmente en situación de no poder cumplir sus fines. Esta aseveración cabe fundamentarla en el artículo 4.º de la Ley, que distingue entre los bienes que forman el patrimonio de la fundación, y que se destinan directamente al cumplimiento de los fines fundacionales (ap. 1); y los restantes bienes que forman el patrimonio fundacional, que han de ser por sí mismos fructíferos, o en otro caso el patronato debe invertirlos normalmente en bienes fructíferos (ap. 2). Con respecto a los primeros, la circunstancia de que, según su naturaleza, puedan ser destinados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales, no les otorga el carácter de bienes fructíferos, por cuanto el rendimiento que de los mismos se obtiene no participa del carácter de los frutos (argumento art. 353 C. c.), sino que en todo caso constituye una utilidad que se obtiene de dichos bienes, que no participa de la naturaleza jurídica de los frutos. En cambio, los restantes bienes que integran el patrimonio de la fundación, ya sea directamente o a través del expediente de la subrogación real, habrán de tener el carácter de fructíferos, por bien que no de una forma inmediata, toda vez que el artículo 4.º-2 impone a los patronos el deber de invertirlos «normalment» en bienes fructíferos; y este adverbio «normalment» deberá interpretarse de acuerdo con lo prevenido en el artículo 12 b) de la Ley, que impone a los patronos conservar y mantener la productividad de los bienes que integran el patrimonio de la fundación «segons els criteris financers i d'acord amb les circumstàncies econòmiques».

El giro del artículo 3.º-1 de la Ley, de que el patrimonio fundacional «pot consistir en béns i en drets de qualsevol mena» supone, por otra parte, que para las fundaciones privadas catalanas se ha superado decididamente todo resabio de la legislación desvinculadora, y que por consiguiente podrán ser titulares de bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios (cfr. también art. 4.º de la Ley). Esta afirmación que podía derivarse ya del artículo 38-1 C. c., en cuanto reconoce que las personas jurídicas en general «pueden adquirir y poseer bienes de todas clases», venía a condicionarla el artículo 8.º-2 del Real Decreto de 14 de

marzo de 1899 —posterior al Código civil—, que con respecto a los establecimientos de beneficencia particular preveía la posibilidad de que fueran titulares de bienes inmuebles, hasta que se realizara su venta «cuando proceda», expresión esta muy poco concreta, y que por otra parte nadie tuvo interés en concretar. El artículo 3.º-1 de la Ley es de una gran claridad al respecto, y por tanto no puede considerarse afecte hoy día a las fundaciones privadas catalanas disposición alguna restrictiva sobre posibilidad de adquirir y retener los bienes inmuebles que integren el patrimonio de la fundación.

3. LA DOTACION

El patrimonio inicial de la fundación recibe el nombre de dotación, pues según el artículo 8.º d) de la Ley en la carta fundacional debe consignarse «la dotació inicial de la fundació». De acuerdo con el precepto, se podrá —pues— definir la dotación como el negocio jurídico en virtud del cual una determinada masa patrimonial se transmite desde el patrimonio del o de los fundadores al de la fundación, que de esta suerte se convierte en titular de los bienes y derechos transmitidos. Con respecto a este negocio jurídico de la dotación, deben precisarse los siguientes extremos:

3.1. *Naturaleza jurídica*

Según el artículo 3.º-1 de la Ley «l'aportació del patrimoni fundacional s'ha de fer fer cessió gratuïta entre vius o per successió per causa de mort...», y de acuerdo con esta dualidad de supuestos que describe el precepto, será necesario distinguir. Si la creación de una fundación y consiguiente dotación se efectúa por negocio jurídico *mortis causa*, la dotación sigue el curso del proceso sucesorio; según el artículo 6.º-2 de la Ley las personas designadas por el testador deberán otorgar la correspondiente carta fundacional e interesar la inscripción de la misma en el registro de fundaciones. A partir de este momento la fundación adquiere personalidad jurídica (art. 6.º-1 idem), y por tanto con capacidad para adquirir los bienes que forman la dotación, ya sea mediante el requisito de la aceptación si los recibe a título de heredera (cfr. art. 98-1 de la Compilación) o automáticamente, pero sin perjuicio de poder renunciarlo, si adquiere la dotación por vía de legado (art. 222-1 idem).

Para el caso de crearse la fundación por negocio jurídico entre vivos, la dotación la adquiere el ente fundacional «per cessió gratuïta» de los bienes que integran la dotación. Interesa inicialmente considerar si esta cesión debe reputarse un negocio jurídico de carácter obligatorio o dispositivo. Para el Derecho civil alemán se sostiene lo primero con base a que el fundador se obliga a transferir a la fundación el patrimonio prometido en el negocio

fundacional en el caso de que se autorice la fundación (4). Pero esta construcción no encaja con la normativa catalana en tema de fundaciones, pues en nuestro sistema jurídico la fundación no se crea en virtud de autorización administrativa —cual sucede en el ordenamiento jurídico alemán—, sino en virtud de un acto de autonomía privada, que da origen a la nueva persona jurídica tras la inscripción en el registro de fundaciones (art. 6.º-1 de la Ley), inscripción que no puede denegarse si la voluntad fundacional reúne todos los requisitos que exige la ley (cfr. art. 10-2 idem). Por consiguiente la voluntad de crear una persona jurídica de tipo fundacional, a la que debe necesariamente ir unida la consiguiente dotación patrimonial, lleva a considerar que el negocio de dotación tiene carácter dispositivo, es decir, se trata de un negocio que provoca la inmediata transmisión de los bienes y derechos que integran la dotación. Esta tesis se deriva del apartado b) del preámbulo de la Ley, donde se lee que la dotación se caracteriza por la «separació d'uns bens del patrimoni dels fundadors i aportadors, que justifica l'atorgament de la personalitat jurídica». Por consiguiente, la «cessió gratuita entre vius» de que habla el artículo 3.º-1 de la Ley implica esta separación de los bienes del patrimonio de los fundadores al patrimonio de la fundación (5), lo cual equivale a afirmar el carácter esencialmente dispositivo del acto de dotación, que de por sí implica la cesión de los bienes a la fundación. Esta eficacia traslativa es la misma que puede predicarse de la donación, entendida como modo de adquirir según el artículo 609-1 C. c. Con la natural diferencia de que la donación supone una disposición gratuita a favor de persona determinada (art. 618 C. c.), mientras que en la dotación los destinatarios de la liberalidad han de ser —necesariamente— personas indeterminadas (6), o «no individualment determinades» según expresión del artículo 5.º-1 de la Ley.

Esta circunstancia de ser indeterminados los destinatarios de la dotación, lleva a establecer otra diferencia entre la misma y la donación. Esta, de acuerdo con los artículos 618, 623 y 629 C. c. debe calificarse necesariamente de acto o negocio jurídico bilateral, mientras que en la dotación el efecto dispositivo se basa en la sola voluntad del o de los fundadores, que por la propia natu-

(4) Véase en este sentido LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (traducción y notas de M. Izquierdo y Macías-Picavea). Madrid, 1978, pág. 241.

(5) Rectamente hace notar VILASECA I MARCET (véase *Entorn de la legislació catalana sobre fundacions privades*, cit., en Revista Jurídica de Catalunya, 1983, pág. 10) que los bienes que forman parte de la dotación «han d'independitzar-se del patrimoni dels fundadors, i no basta que se'n separin comptablement».

(6) En palabras de LÓPEZ JACOISTE (véase *La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones*, en Revista de Derecho Privado, 1965, pág. 582) hay en la dotación una liberalidad popular o social, es decir una liberalidad permanente otorgada a la sociedad o a una colectividad de persons no determinadas individualmente, y que se hace efectiva a través de constantes y reiteradas percepciones por beneficiarios distintos y sucesivos.

raleza de las cosas no puede tener el carácter de recepticia, por la circunstancia antes señalada de ser indeterminadas las personas que pueden resultar beneficiadas con la liberalidad.

3.2. *Revocabilidad o irrevocabilidad de la dotación*

El problema a considerar en este apartado es el de si la dotación, una vez que ha desplegado su eficacia dispositiva a favor de la fundación, debe considerarse como un acto irrevocable o revocable.

El punto 16-2 de la Instrucción de 27 de mayo de 1982 establece taxativamente la irrevocabilidad de la fundación a partir del momento de otorgarse la carta fundacional, o desde la muerte del testador, cuando la fundación se ha constituido por negocio jurídico por causa de muerte. Tesis esta de la irrevocabilidad que puede entenderse implícita en el artículo 9.º-2 de la Ley, que para el caso de extinción de la fundación prevé, con carácter imperativo (argumento disposición transitoria primera, apartado 3 de la Ley), que el destino de los bienes sobrantes de la fundación ha de ser a favor de instituciones que actúen sin ánimo de lucro y con finalidades análogas a las de la fundación extinguida. Pero este principio general de irrevocabilidad de la fundación debe ser contrastado con los diversos supuestos que pueden darse en la práctica.

Si la fundación (con la consiguiente dotación) se ha creado por negocio jurídico entre vivos, el mismo será impugnabile si la voluntad del fundador ha sufrido alguno de los vicios que detalla el artículo 1.265 C. c.; y para los supuestos de crearse la fundación por acto *mortis causa* el testamento será también ineficaz en los supuestos del artículo 673 del propio Código. Aparte los supuestos en que el negocio pueda considerarse nulo por faltar cualquiera de los requisitos esenciales que establece la ley o por contradecir una disposición legal imperativa. En todos estos casos de ser nulo o impugnabile el negocio jurídico —entre vivos o por causa de muerte— que ha dado o pretendido dar vida a la fundación, es claro que al ser la dotación uno de los elementos integrantes del proceso que hubiera dado vida al ente fundacional, la nulidad del negocio lleva aparejada la ineficacia de la dotación. Huelga, pues, en estos casos hablar de su posible revocabilidad o irrevocabilidad.

Otro aspecto que aquí debe tomarse en consideración, es el derivado del artículo 3.º-1 de la Ley, que rectamente califica la dotación de cesión «gratuita», lo cual puede tener acusada trascendencia en punto a determinar si pueden afectarla o no determinadas causas de revocación del acto dispositivo. En efecto, es doctrina comúnmente admitida que los negocios jurídicos con causa gratuita no tienen la misma firmeza y eficacia definitiva que los negocios jurídicos onerosos, por los perjuicios que los primeros pueden ocasionar al disponente o a terceras personas, que la

ley juzga han de ser protegidas con preferencia al destinatario de la atribución gratuita.

El primer supuesto a considerar sería el de la dotación hecha en fraude de acreedores. Según el artículo 1.291 núm. 3 C. c. son rescindibles los contratos «celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba», pudiendo en tal caso dichos acreedores impugnar dichos actos fraudulentos al amparo del artículo 1.111 del propio Código. Si se trata de actos fraudulentos realizados por el deudor a título gratuito, se previene en el artículo 340-3 de la Compilación que «no perjudicarán a los acreedores del donante las donaciones que éste otorgue con posterioridad a la fecha del hecho o acto del que nazca el crédito de aquéllos, siempre que carezcan de otros recursos legales para su cobro». Por más que el precepto compilado habla de «donante» y de «donaciones» (no se olvide que el precepto se ubica en un capítulo que trata «de la donación»), es de presumir que los compiladores se refieren aquí a las donaciones como prototipo de los actos con causa gratuita, y que por tanto el artículo 340 se aplicará a cualquier acto dispositivo con una causa gratuita, aunque en sentido técnico no constituya una donación, como es la dotación, expresamente calificada en el artículo 3.º-1 de la Ley como acto de «cessió gratuita entre vius». El principio general de irrevocabilidad de la dotación no debe obstar que la misma pueda ser rescindida en interés de los acreedores del donante, en la misma medida en que la ley admite la rescisión de las donaciones hechas en fraude de acreedores.

Una afirmación semejante creo puede hacerse en relación con los supuestos de dotación que lesione los derechos legitimarios que graven la herencia del dotante. Para el cómputo de la legítima se añaden al valor de los bienes que integran la herencia al tiempo de fallecer el testador, el valor de los bienes que en vida hayan sido donados por el causante de la sucesión (cfr. art. 129-1 de la Compilación). El artículo 129-2 habla no sólo de donaciones, sino también de liberalidades otorgadas por el testador, y como que el artículo 3.º-1 de la Ley califica la dotación de «cessió gratuita» de bienes a la fundación, no cabe duda que nos encontramos aquí ante un acto de liberalidad a los fines del artículo 129 de la Compilación, y que por tanto la dotación es computable para el cálculo de la legítima que grave la herencia del testador dotante (7). Con la natural consecuencia de que esta dotación podrá ser reducida o incluso suprimida para dejar a salvo el derecho de los legitimarios, aplicando las reglas de los artículos 142 y 143 de la propia Compilación (8).

(7) Tesis que había aceptado ya la sentencia de 4 de mayo de 1899, que ordena computar las cantidades destinadas por el causante para la dotación de un asilio que constituyó.

(8) Esta tesis venía a matizarla el II Congrès Juridic Català de 1971, que en su sección cuarta, conclusión 4.ª, proponía que «en materia de computació legitimaria, hom proposa, en primer lloc, d'equiparar l'interès fa-

Más dudoso es el problema de si será o no revocable la dotación por las causas que según la ley, pueden revocarse las donaciones. El artículo 3.º4 de la Ley prevé explícitamente la posibilidad de que los bienes aportados a una fundación estén gravados con alguna carga modal; pero caso de incumplimiento de la carga no procederá la revocación de la dotación con base a lo prevenido en el artículo 647 C. c., sino que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15-1 y 2 d) de la Ley, deberá entenderse que corresponde al protectorado corregir este incumplimiento, y mantener de esta forma la subsistencia de la dotación, y con ella de la propia fundación (9).

En cambio no resulta tan claro si se aplicará a la dotación la revocación de la misma por el hecho de que al donante le sobrevengan hijos o que resulta vivo el hijo del dotante que éste reputaba muerto cuando realizó la dotación. La tesis afirmativa cabe fundamentarla en que tanto en la donación como en la dotación hay un correlativo empobrecimiento-enriquecimiento entre transmitente y beneficiario; y que por tanto la dotación podrá revocarse por superveniencia o por supervivencia de hijos del donante en la misma medida con que juega esta causa de revocación en las donaciones (10).

3.3. Forma y perfección de la dotación

Según se ha indicado repetidas veces, el artículo 3.º-1 de la Ley califica la dotación de acto de cesión gratuita de bienes a la fundación. La gratuidad del acto interesa aquí, por cuanto el legislador adopta normalmente el criterio de exigir unos severos requisitos de forma con respecto a los negocios con causa gratuita, en atención a los perjuicios que pueden ocasionar al disponente (cfr., por ejemplo, arts. 632 y 633 C. c.). El legislador catalán de 1982 sigue el mismo criterio, pues la dotación debe constar en la carta fundacional (cfr. art. 8.º d) de la Ley), y para la carta fundacional este artículo 8.º, en su ap. 1.º, exige explícitamente el requisito de la escritura pública. Que aquí tendrá el requisito de forma *ad solemnitatem*, y no el derivado de los artículos 1.278 y 1.279 C. c.; de suerte que faltando la escritura pública no es posible crear una fundación, ni es por tanto posible la dotación, entendida como elemento integrante del proceso constitutivo de la fundación.

miliar que suposa la institució de la llegítima del quart, amb l'interés social, mitjançant l'exclusió del còmput legitimari de les liberalitats fetes per causant amb la finalitat d'atendre necessitats socials o generals, que no sobrepassin la quarta part de l'herència» (véase *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, Barcelona, 1972, pág. 819).

(9) Según FERRER I RIBA, *El negoci jurídic fundacional i la seva eficàcia en la Llei de 3 de març de 1982, de fundacions privades*, cit., págs. 12 y ss.

(10) En contra, VILASECA I MARCET (véase *Entorn de la legislació catalana sobre fundacions privades*, cit., en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1983, página 10), cuando afirma que no cabe arrepentirse de la dotación (por su carácter irrevocable), «que no hi caben tampoc els motius de revocació de les donacions».

Una vez constituido el ente fundacional, la dotación inicial puede ser aumentada o puede recibir la fundación liberalidades por parte de terceras personas (cfr. art. 3.º-2 de la Ley). Aquí se tratará de liberalidades a favor de una fundación ya constituida, sujetos en cuanto a su régimen —incluso para las cuestiones relativas a la forma— a los requisitos que la ley establece para la donación (los de los referidos arts. 632 y 633 C. c.). Y si se trata de adquisiciones a título de herencia o de legado, seguirán en este caso el curso del proceso sucesorio, de acuerdo con el modelo romano-catalán que recoge la Compilación.

Por cuanto hace referencia al momento a partir del cual debe entenderse que se ha perfeccionado en términos jurídicos el negocio de dotación, se estará a lo prevenido en el artículo 7.º-1 de la Ley, a cuyo tenor «la transmissió del domini dels béns aportats a una fundació... es produeixen en el moment de la inscripció en el Registre de Fundacions, però llurs efectes es retrotrauran a la data de l'atorgament de la carta fundacional o, si s'esqueia, al dia de la defunció del fundador». Si bien el precepto habla aquí de transmisión del dominio de los bienes aportados a la fundación, debe entenderse que el precepto se aplicará en todo caso, es decir, incluso cuando se transmita a la fundación un derecho real limitado, un derecho de crédito o un bien inmaterial. Y por cuanto hace referencia a la retroacción de los efectos de la transmisión al tiempo de otorgarse la carta fundacional o, en su caso, al tiempo de la muerte del fundador (si la fundación se constituyó por negocio jurídico testamentario), el precepto deberá relacionarse con el artículo 7.º-2 de la propia Ley, cuando declara que los actos efectuados por los órganos de gobierno de la fundación en el período comprendido entre el otorgamiento de la carta fundacional (o el de la muerte del fundador) y la inscripción registral, los asume automáticamente la fundación una vez obtenida la personalidad jurídica con la práctica de la inscripción en el registro correspondiente (cfr. art. 6.º-1 de la Ley).

3.4. *Modalidades que pueden afectar a la dotación*

Interesa en primer lugar determinar si puede considerarse o no admisible una dotación afectada por una condición o un término, ya sean suspensivos o resolutorios. La tesis negativa se ha defendido con base a lo prevenido en el artículo 9.º-2 de la Ley, que se inspira en el criterio de perennidad de la fundación, y que en la dotación condicionada o a término no habría una verdadera cesión de bienes a la fundación ni —por tanto— una separación definitiva de tales bienes del patrimonio del fundador (11). Mas lo cierto es que durante la discusión parlamentaria de la Ley de fundaciones, se presentó una enmienda que abogaba por la prohibi-

(11) Tesis de VILASECA I MARCET, *Entorn de la legislació catalana sobre fundacions privades*, cit., en Revista Jurídica de Catalunya, 1983, págs. 11 y ss.

ción de las aportaciones afectadas por una condición o por un término; enmienda que fue rechazada; y de este hecho bien puede deducirse que el criterio del legislador catalán es el de admitir las aportaciones condicionadas o a término. Que implicarían, por regla general, que hubiera de decretarse la extinción de la fundación, por imposibilidad de conseguir sus fines, caso de incumplimiento de la condición suspensiva o de cumplimiento de la condición resolutoria; o con el cumplimiento del término resolutorio, a menos que en este momento la fundación contara con un patrimonio suficiente para cumplir los fines que determinaron su creación.

La otra posibilidad que debe considerarse, es que los bienes objeto de la dotación estén gravados con alguna carga modal. Para este supuesto se previene en el artículo 3.º4 de la Ley que «els modes i les càrregues que gravin els béns aportats no poden absorbir llur valor. Tampoc no poden significar unes despeses anuals que impedeixin el compliment de l'obligació establerta en l'apartat 2 de l'article 5, llevat, en aquest cas, que ho autoritzi el protectorat, atès l'interés de la fundació». Es decir, que si la carga modal equivale al valor de la aportación, realmente la dotación no tiene ningún valor económico, lo cual determinará que no pueda crearse la fundación por faltar el «substratum» patrimonial. Pero si la carga modal tiene un valor inferior al de los bienes aportados, es posible entonces la dotación de la fundación con tales bienes; pero con la peculiaridad de que si para atender la carga modal la fundación ha de destinar más del veinte por ciento de sus rentas y de los demás ingresos que no formen parte de la dotación (cfr. art. 5.º2 de la Ley), entonces sólo puede aceptar la aportación cuando medie la autorización del protectorado, que podrá concederla o no «atès l'interés de la fundació», según reza la proposición última del artículo 3.º4 de la Ley.

3.5. *Funciones de la dotación.*

Con base fundamentalmente a lo prevenido en el artículo 4.º de la Ley, la doctrina (12), siguiendo la práctica corriente en nuestro país en tema de fundaciones, distingue dentro de la dotación las siguientes modalidades, en atención a los fines que la dotación puede cumplir:

A) El inmovilizado material funcional. A esta modalidad de la dotación se refiere el artículo 4.º1 de la Ley, constituida por los bienes que forman parte de la dotación, destinados con carácter permanente al cumplimiento de las finalidades fundacionales, en forma de inmuebles, instalaciones o bienes de naturaleza mueble, adecuados para el cumplimiento de las finalidades fundacionales. Estos bienes son, en principio, indisponibles por parte de la funda-

(12) ASÍ VILASECA I MARCET, *Entorn de la legislació catalana sobre fundacions privades*, cit., en Revista Jurídica de Catalunya, 1983, págs. 15 y ss.

ción, pues sin ellos no podría cumplir las finalidades fundacionales. Ello no obstante la proposición segunda del artículo 4.º-1 de la Ley prevé la posibilidad de que pueda disponer de los mismos —siempre a título oneroso— en las condiciones previstas por el fundador; y si no se da esta previsión, o se presentan nuevas circunstancias que aconsejen privar a estos bienes del carácter de inmovilizado material funcional, la disposición de los mismos sólo podrá realizarse por los patronos si cuentan con la autorización del protectorado (cfr. también art. 15 g) de la Ley).

B) El inmovilizado material fructífero. Al mismo se refiere el artículo 4.º-2 de la Ley, según el cual «la resta de la dotació ha d'ésser invertida normalment en béns fructífers», lo cual se justifica porque la fundación cumple sus fines de interés general con cargo a las rentas que obtenga de su patrimonio, en la medida que se prevé en el artículo 5.º-2 de la Ley. Por ello si los bienes que forman la dotación no son fructíferos, el patronato —siguiendo las reglas de una ordenada administración— puede disponer de los mismos para adquirir otros bienes fructíferos, que quedan subrogados en el lugar de los anteriores (proposición segunda del art. 4.º-2 de la Ley). Que no excluye la posibilidad de que también pueda el patronato, si así lo estima conveniente, disponer de los bienes del inmovilizado material fructífero, aunque se trate de bienes fructíferos, si con el importe de los mismos se propone adquirir otros bienes que produzcan una mayor rentabilidad; o que aun no concurriendo este supuesto de la mayor rentabilidad, presenten una mayor seguridad de cara al futuro de obtener nuevas rentas.

Los materiales prelegislativos: entre el culto y la polémica

Por PABLO SALVADOR CODERCH
Catedrático de Derecho Civil

«Las leyes no se dan solamente para los juristas cultos sino para todos los súbditos ... El descubrimiento de una explicación histórica es siempre algo casual como igualmente lo es el que ese descubrimiento que hace un autor sea dado a conocer a otros. Ni el súbdito ni tampoco el jurista pueden estudiar todas las fuentes de la historia ... por la simple razón de que gracias a ello sería posible obtener alguna luz sobre el espíritu de esta o de aquella ley.»

Anton Friedrich Justus THIBAUT (1772-1840), *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts* (1.^a edición: 1799; 2.^a edición: 1806), *parágrafo 9.*

«Normalmente se dice que en la interpretación de la ley todo depende de la intención del legislador, pero eso es sólo media verdad; en realidad depende sólo de la intención de la ley en tanto en cuanto aquélla se patentiza en ésta.»

Friedrich Karl von SAVIGNY (1779-1861), *Juristische Methodendere (lecciones impartidas durante el invierno de 1802-1803; 1.^a edición: 1951), página 19.*

SUMARIO: I. Introducción.—II. La doctrina tradicional y sus presupuestos.—III. Adaptación de la doctrina tradicional a la nueva legislación en un sistema constitucional: la teoría del pacto.—IV. Críticas a la teoría del pacto. Savigny. Doctrinas objetivas de la interpretación.—V. Evolución posterior de la polémica. Heck y la reivindicación del subjetivismo. La doctrina del medio auxiliar.—VI. El neosubjetivismo.

I. INTRODUCCION

Hace ya casi siglo y medio que se planteó la polémica sobre el valor que debe concederse a los *materiales prelegislativos* en la interpretación de la ley. La discusión se enmarañó en seguida al involucrarse con la más general que media entre los partidarios de las doctrinas *subjetivas* de la interpretación y los de las *objetivas*. Y en ese estado continúa: Los subjetivistas tienden a primar el manejo de los materiales mientras que los objetivistas reducen su alcance (1).

(1) Federico de CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España. Parte General. I.* Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1955. 526: «... la teoría de la voluntas

El propio concepto de materiales prelegislativos trae causa de los momentos originarios de aquella polémica. El criterio para identificarlos es *normativo*: depende de la respectiva Constitución nacional en cada momento histórico pues es ésta la que establece las reglas sobre el proceso legislativo y sus protagonistas. Con todo, cabe dar algunas indicaciones generales válidas para la Europa continental contemporánea: A veces se incluye en el concepto la documentación política y técnica proveniente de áreas del Ejecutivo directamente relacionadas con lo que acaba siendo un proyecto gubernamental de ley. Y, en todo caso, siempre se han considerado materiales los documentos producidos por el Poder Legislativo relacionados con una ley concreta: proposiciones de ley, enmiendas y debates, textos de comisiones de las Cámaras, justificaciones, motivos y explicaciones de voto, etc.

En ese sentido son materiales los *trabajos preparatorios*. Nótese que ese concepto no incluye los *precedentes legislativos* (legislación histórica y comparada que inspira el proyecto local) y, con mayor motivo, los *antecedentes históricos* o lo que, más indiscriminadamente, cabe llamar el *contexto histórico* de tal o cual legislación.

La restricción anterior resultaría probablemente arbitraria desde el punto de vista de una teoría de la legislación, pues los criterios de selección de los datos relevantes (qué son y qué no materiales) no vienen dados por la teoría sino, como ya se ha señalado, por la legislación constitucional. Pero, como se verá, el criterio es producto de un arrastre histórico: originalmente los materiales se identificaban exclusivamente con los documentos generados por los distintos protagonistas del proceso legislativo no por casualidad, sino porque se pensaba que debían tenerse en cuenta por cuanto manifestaban la voluntad del legislador.

Qué fue luego de esa originaria pretensión y qué valor autónomo se ha venido después atribuyendo a los materiales es el tema de este trabajo. Es sólo una pequeña parte de la cuestión sobre la relación entre historia y dogmática que aquí, y muy modestamente, únicamente se tratará en lo que atañe al viejo pleito de los materiales (2).

legislatoris defiende el 'culto a los materiales' en signo de respeto al legislador. En cambio, los partidarios de la *voluntas legis* rebajarán su significado hasta decir que hay que atender al texto sólo de la ley...». El autor, tras reconocer la «autoridad ... muy grande» de los antecedentes inmediatos de las leyes para la interpretación, matizaba su importancia en nombre de una tesis objetivista: «... la interpretación ... busca conocer la finalidad actual de la norma, no la que tuviera en el momento de su origen, *occasio legis*.» (p. 527).

(2) En la génesis del Código Civil español de 1889 es famosa la alusión de la Base 1.ª de la Ley de Bases de 11-5-1888 al Proyecto de Código Civil de 1851, texto que, acompañado de la exégesis de Florencio Florencio García Goyena (1783-1855), es considerado, a veces con notoria exageración, como el protointérprete auténtico del Código. Para una valoración ajustada de ya no vigente Base 1.ª v. CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España* (n. 1), 216. Actualmente, el artículo 3.1 C. C. incluye, aunque con dudosa eficacia normativa, una útil referencia a algunos elementos de la interpretación. Entre ellos se encuentran «los antecedentes históricos y legislativos» y no sólo los materiales. Sobre el precepto v. Federico de CASTRO BRAVO. «Naturaleza de

II. LA DOCTRINA TRADICIONAL Y SUS PRESUPUESTOS

Hasta inicios del segundo tercio del siglo XIX la cuestión de los materiales y de su necesaria consideración a la hora de interpretar la ley no fue objeto de discusión. Ello no debe extrañar si se recuerdan por un momento los presupuestos de la concepción tradicional de la ley y de la interpretación en la cultura jurídica del Absolutismo monárquico, así como algunas características de la tradición romanista del Derecho común:

a) Con límites más o menos precisos la doctrina jurídica de la Monarquía Absoluta concebía la ley como *expresión de la voluntad del legislador* (*voluntas legislatoris*). Ello suponía en materia de *interpretación* que su objeto era la *averiguación de aquella voluntad* (3). La ley se interpretaba según su *sentido gramatical* (*verba legis*, *Wortsinn*: la denominada *interpretación gramatical*) y según su *espíritu, razón o finalidad* (*ratio*, *sententia*, *mens*, *Geist*, *Grund*, *Zweck*: la denominada *interpretación lógica*) que en el siglo XVIII se identifican con la intención o voluntad del legislador, con las finalidades por él pretendidas al promulgar la ley (4). Ambas operaciones, la una después de la otra, debían llevarse a cabo al interpretar la ley.

Esta partición entre interpretación gramatical e interpretación lógica prolongaba la vieja dicotomía *verba legis - sententia legis* del Derecho común y fundamentaba otra conocida clasificación de (el resultado de) la interpretación: la que media entre *interpretación declarativa, extensiva y restrictiva*. La primera tiene lugar cuando la sententia coincide con los *verba legis*, la segunda cuando aquélla es más amplia que ésta y la tercera en el caso inverso. Como decía Glück (5), tras la interpretación gramatical hay que investigar si las palabras agotan o no la verdadera intención del legislador. Ello debe juzgarse a partir del intento del legislador o de las razones que le movieron a dictar

las reglas de interpretación de la ley (Consideraciones en torno al artículo 3.º, apartado 1. del Código civil)». *ADC*, XXX (1977), 809 y ss.

(3) Del tema he tratado en otras sedes a las que me permito remitirme para evitar repeticiones: «El 'casus dubius' en los Códigos de la Ilustración Germánica (Estudios sobre la Codificación. Interpretación de las prohibiciones de interpretar. II)». *ADC*, XXXVI (1983), 17 y ss., 30 y ss. «Interpretatio necessaria. Materiales para la reconstrucción del Título Preliminar de la Compilación catalana». *RJC*, LXXXII (1983). En prensa (Primera parte del estudio citado en primer lugar y centrado en el derecho común).

(4) Para la distinción entre interpretación gramatical o literal e interpretación lógica en la época a que se hace referencia en el texto v. por todos Federico Glück, *Commentario alle Pandette*. I (traducción y notas de Contardo Ferrini). S. f. Milano. Società Editrice Librai. Parágrafos 29, 34, 35 y 36 (1.ª edición alemana: 1790; 2.ª edición: 1797). Más citas en «El 'casus dubius' n. 3), 30-33, part. en nota 23.

Sobre los intentos doctrinales surgidos a partir de finales del siglo XVI (Joachim Hopper) tendentes a introducir una tercera clase de interpretación denominada *interpretatio politica*, cfr. Lutz GELDSETZER. Introducción (*Einleitung*) a la reedición de Antón Friedrich Jusus THIBAUT. *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts* (Instrumenta Philosophica. Series Hermenéutica. II). Düsseldorf. Stern Verlag Janssen und Co. 1966, XXIII (1.ª edición: 1799; 2.ª edición: Altona, 1806).

(5) *Commentario* (n. 4), parágrafo 36.

la ley, y en eso, concluía, consiste la interpretación lógica de las leyes, indaga la intención y el móvil del legislador y, a partir de ahí, decide si hay que estar al sentido literal o si hay que ampliarlo o restringirlo. Conviene recalcar que el autor señala que la ratio puede buscarse *fuera* del texto de la disposición legal concreta de que se trate, así como también *fuera* del contexto de toda la ley y encontrarse en la *historia*.

Llevada hasta sus últimas consecuencias, la doctrina clásica de la voluntad del legislador suponía establecer el *primado del canon de la interpretación lógica sobre el de la literal o gramatical*, pues no otra cosa implica sostener la necesidad de corregir (extender, restringir) la letra de la ley para adecuarla a su espíritu o razón. Además este contexto favorecía comprensiblemente un planteamiento de la cuestión de los materiales proclive a la idea de su necesaria consideración como elemento expresivo de la intención del legislador. El problema no era demasiado conflictivo mientras se siguiera pensando en el esquema de un legislador unipersonal. Antes bien, en el límite, la doctrina de la voluntad del legislador llevaría proponer e imponer la consulta a éste en caso de duda (6). Pero hasta la Revolución Liberal, es decir, hasta que el poder legislativo concebido como potestad autónoma no sea atribuido a uno o más órganos pluripersonales, la idea de la interpretación de la ley como averiguación de la voluntad psicológica del legislador histórico no se planteó como seriamente problemática (7).

b) También debe tenerse en cuenta el objeto principal de análisis de la cultura romanista del Derecho común: El *Corpus Iuris Civilis*. El Corpus no tiene «materiales» extralegislativos a los que acudir para ampliar o restringir la verba legum y, por otra parte, su surgimiento estaba muy lejano en el tiempo (8).

Además, la diversidad de fuentes, el denominado —y denostado— pluralismo jurídico del Antiguo Régimen —bajo el que hay hasta cierto punto una posibilidad de elección entre el derecho real, los derechos territoriales y locales, escritos o no, y el derecho común integrado por la doctrina provoca que los problemas interpretativos que se planteen frente a una disposición concreta puedan solucionarse en muchos casos atendiendo a otro conjunto de fuentes. El problema será, en cambio, muy otro cuando, a partir de la Codificación, las soluciones interpretativas deban justificarse a partir de un conjunto único y sistemático de reglas que no admiten posibilidad de heterointegración —es decir, ante un código en sentido moderno— (9).

(6) Cfr. «El 'casus dubius'» (n. 3), *passim*.

(7) V. al respecto Stig STRÖMHOLM. *Legislative material and construction of Statutes. Notes on the continental approach. Scandinavian Studies in Law*. 10 (1966). Edited by Folke Schmidt. Stockholm. Almqvist and Wiksell. 173 y ss.

(8) Thomas HONSELL, *Historische Argumente im Zivilrecht. Ihr Gebrauch und ihre Wertschätzung im Wandel unseres Jahrhunderts* (Münchener Universitätschriften. Juristische Fakultät. Abhandlungen zur Rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung. Band 50. Hrsg. im Auftrag der juristischen Fakultät von Sten Gagnér, Arthur Kaufmann, Dieter Nörr). Ebelsbach. Verlag Rolf Gremer. 1982. 47.

(9) STRÖMHOLM. *Legislative material* (n. 7), 177.

Por último, la tesis conforme a la cual el intérprete analiza el significado literal del texto legal pero, sobre todo, ha de estar a la *ratio legis*, no aparecerá como fundamentalmente problemática hasta que el legislador moderno comience a separar sistemáticamente del documento legal todo lo relativo a justificaciones, motivaciones o explicaciones de la disposición adoptada y reduzca ésta a pura prescripción (10). Las viejas doctrinas romanistas de la interpretación que contraponían «verba» y «ratio» no estaban pensadas para textos legales que no incluían para nada referencias a la *ratio legis*.

III. ADAPTACION DE LA DOCTRINA TRADICIONAL A LA NUEVA LEGISLACION EN UN SISTEMA CONSTITUCIONAL: LA TEORIA DEL PACTO

La discusión sobre la consideración que merecen los materiales en la interpretación de la ley surgió, pues, a inicios del segundo tercio del siglo XIX, cuando la quiebra de los presupuestos citados en el epígrafe anterior llevó a adaptar primero y más tarde a rechazar la doctrina tradicional de la voluntad del legislador a un régimen constitucional. Ello sucedió en un momento en el que coincide la emergencia de una nueva legislación con el hecho de proceder de la actividad *co-legislativa* de distintos órganos colegiados que discuten y enmiendan los proyectos gubernamentales.

La ocasión la ofreció una ley penal elaborada en 1834 en el Reino de Sajonia, donde, según la Carta Constitucional de 4-IX-1831, co-legislaban el Monarca y dos cámaras (11). Junto con la ley habían sido publicados en forma de actas los materiales de la misma. Así, el proceso legislativo podía seguirse prácticamente en todos sus detalles.

En este contexto la posición tradicional fue defendida en 1834 por Karl Georg von Wächter (1797-1880). A él se debe la formulación de la

(10) El viejo esquema medieval de división del texto (*Invocatio, Intitulatio, Arenga, Publicatio, Narratio, Petitio, Dispositio, Minatio, Corroboratio*, firma del disponente y sello de la Cancillería) se conserva durante buena parte de la Edad Moderna: Gerhard IMMEL. *Typologie der Gesetzgebung des Privatrechts und Prozessrechts*. En: Helmut COING. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. II, 2. München. Beck. 1976, 4 y ss., 8. Para la génesis de la técnica contemporánea de formulación de las normas v. Giovanni TARELLO. *Storia della cultura giuridica moderna. Vol. I. Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna. Il Mulino. 1976. 35 y ss. Cfr. STRÖMHOJLM. *Legislative material* (n. 7), 182.

(11) Ley de 8-2-1834 (*Gesetz, die Bestrafung fleischlicher Vergehungen und einiger, hiermit in Verbindung stehenden Verbrechen betreffend*). La obra de referencia sobre la cuestión histórica de los materiales es la de Maximilian SAXL. *Materialien und Gesetz*. Berlin. Verlag von R. L. Prager. 1905, 3 y ss. Modernamente: Eberhard BADEN. *Zum Regelungsgehalt von Gesetzgebungsmaterialien*. En: Jürgen RÖDIG (Hrsg.) *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*. Berlin. Heidelberg. New York. Springer Verlag. 1976, 368 y ss. 376. En la tratadística v. por todos: Helmut COING. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. 12. Auflage. Erster Band. Allgemeiner Teil. Parágrafos 1-85, Verschollenheitsgesetz. Berlin. J. Schweitzer Verlag. 1980. Introducción (Einleitung), parágrafo 132.

denominada *teoría del pacto* (*Paktentheorie*) (12). El autor partía de la doctrina de la voluntad del legislador y del predominio de la interpretación lógica sobre la literal y la adaptaba a un mundo de nuevas legislaciones producto del quehacer de órganos colegiados más o menos representativos: No se trata solamente, decía, de que el juez *podiera* utilizar los materiales como medio auxiliar (*Hilfsmittel*) en la averiguación del verdadero sentido de la ley. Eso era algo que se daba por descontado. Lo que v. Wächter defendía es que el juez *debía* investigar la *intención* del legislador *más allá* del *sentido literal*. Y este deber tenía una clara concreción: la exigencia de considerar y estar a los materiales prelegislativos siempre que, en aquellos puntos en que las soluciones normativas por ellos propuestas discreparan de las palabras de la ley, quedase claro que había habido un acuerdo expreso o tácito (como sería la falta de discrepancia de una Cámara de la solución motivada propuesta por el Gobierno o la otra Cámara) (13). De esta forma la doctrina tradi-

(12) En un trabajo escrito primero en latín y publicado luego en alemán en Leipzig: *De lege saxonica d. VIII m. febr. a. 1834*. Las citas se hacen aquí a partir de la versión alemana: *Ueber die Auslegung der in den constitutionellen Staaten mit Zustimmung der Stände gegebenen Gesetze überhaupt, und des K. Sächsischen Gesetzes v. F. Februar 1834 ins Besondere*. Recogido en sus *Abhandlungen aus dem Strafrechte*. I, 2. Capitel, 242 y ss. Leipzig. Weidmann'sche Buchhandlung. 1835.

(13) Von Wächter partía del principio de que para la validez de una ley es preciso el acuerdo de los estamentos: «... der Grundsatz ... dass zur Gültigkeit eines Gesetzes Zustimmung der Stände erforderlich ist...» (*Auslegung* (n. 12), 244). En un Estado constitucional, añadía, las leyes vienen precedidas por un proceso de discusión y estudio del que resultan los motivos y finalidades de las mismas. La pregunta es entonces hasta qué punto pueden y deben los jueces hacer uso de esos materiales. Para responder a ella, acudía v. Wächter a la vieja doctrina de la interpretación: La ley se interpreta *gramatical* o *lógicamente*: «Nur das, was in den Worten des promulgirten Gesetzes enthalten ist, oder was der Gesetzgeber unter diesen Worten begriffen wollte ... hat man als Gesetz anzuwenden» (p. 247). Y, por supuesto, la interpretación lógica prima sobre la gramatical, pues es un principio indiscutido que el juez debe anteponer la voluntad del legislador a las palabras de la ley: «Es ist ... keinen Streite unterworfen ... dass der Richter ... die Worte des Gesetzes in dem nachgewiesenen Sinne Dessen, von dem das Gesetz herrührt, zu nehmen und anzuwenden hat, und dass er, wenn erweislicher Maassen das Gesetz mit seinen Worten *mehr* ausdrücken oder *weniger* bestimmen wollte, als ihre eigentliche Bedeutung besagt, im erstern Falle das *Mehr*, im letztern Falle das *Weniger* zur Anwendung bringen muss, und nicht an die Worte sich halten darf» (p. 245). Y es del acuerdo de los colegisladores plasmado en los materiales de donde resulta en un Estado constitucional esa voluntad del legislador que prima sobre la letra de la ley: El autor establecía siete reglas que especifican cuando se producía este acuerdo y cuándo había que entender que se daba con carácter tácito. Así, por ej., la primera de estas reglas decía que si un punto del Proyecto del Gobierno había sido aprobado por las Cámaras, había que presuponer que el texto debía entenderse en el sentido que resultaba de los motivos expuestos por el Gobierno en relación con ese punto (p. 245).

O bien, decía la tercera regla, propuesta una enmienda por un solo miembro de una de las Cámaras y aceptada por aquéllas y por el Gobierno, debía entenderse el texto en cuestión según la motivación que el proponente ofreció para la enmienda (p. 246).

V. Wächter no desconocía que se podía objetar a sus propuestas el que

cional del primado de la interpretación lógica entendida como averiguación de la voluntad del legislador histórico se mantenía adaptada a las nuevas circunstancias mediante el recurso a la idea de pacto entre los distintos protagonistas constitucionales del proceso legislativo: Es ley la voluntad concorde de los colegisladores manifestada en el texto final o recogida en los materiales que llevan al mismo.

La *Paktentheorie* de v. Wächter encontró algunos seguidores en los años inmediatamente posteriores (14) pero muy pronto se vería contradicha.

IV. CRITICAS A LA TEORIA DEL PACTO. SAVIGNY. DOCTRINAS OBJETIVAS DE LA INTERPRETACION

La doctrina de la interpretación lógica entendida como investigación de la intención del legislador más allá de la letra del texto legal y, ulteriormente, la propia noción de ley como expresión o manifestación de la voluntad del legislador histórico fueron objeto de sendas críticas:

a) *Por un lado el canon de la interpretación lógica acabaría por ser desacreditado en el marco de la tradición civilista.* Ello sería obra del Savigny maduro del primer volumen del *Sistema* (1840). Pero ya muchos años antes el propio Savigny o, incluso, algunos teóricos de la doctrina de la interpretación lógica habían criticado la idea de que se puede investigar la intención del legislador más allá de la letra. Así, por ej., Thibaut enseñaba desde 1799 que, dado el principio según el cual el súbdito sólo ha de obedecer como ley lo que como tal ha sido publicado, la interpretación lógica sólo tenía lugar allí donde el espíritu de la ley se había manifestado jurídicamente (15). Y en la

suponían que el juez debía fallar conforme a textos no promulgados como ley: «... dass ... bei ihnen der Richter die Landtagsacten auf das Genaueste studiren, und aus ihnen praktische Resultate herleiten müsste...» (p. 248).

Pero respondía a ello diciendo que el juez debía interpretar la ley según el sentido e intención del legislador («Sinn und Absicht des Gesetzgebers») y que para averiguar esto último podía y debía utilizar todas las fuentes a su alcance: «Jede glaubhafte bewährte Nachricht über diesen Sinn muss und darf der Jurist benutzen, und die Worte des Gesetzes sind blos der Träger dieses, durch alle Hülfsmittel der logischen Interpretation zu eruirenden, Sinnes ... [y por ello] ... darf und muss man auch über diese Worte hinausgehen, wenn aus andern Quellen bestimmt nachzuweisen ist, dass der Gesetzgeber einen andern Sinn ihnen verband» (p. 248).

(14) Sobre todo entre los comentaristas del Código Penal sajón de 1838. Citas en Wilhelm Michael SCHAFFRATH. *Theorie der Auslegung constitutioneller Gesetze nach constitutionellen Staats- und gemeinen deutschen Rechte*. Leipzig. Fest'sche Verlagsbuchhandlung. 1842. Parágrafos 41 y ss., pp. 86 y ss. (Especialmente para SCHLETTER v. parágrafo 42, p. 88). V. también: Robert von MOHL. *Politik. Monographien von ...* Erster Band. Tübingen. Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung —Laup und Siebeck—. *Ueber Bureaukratie* [Publicado originariamente en *Tübingen Zeitschrift für St. W.* 1846, 330 y ss.] 99 y ss.

(15) *Theorie der logischen Auslegung* (n. 4). Parágrafo 9, pp. 29-30. En Thibaut hay dos clases de interpretación lógica: la interpretación lógica según

Metodología jurídica del invierno 1802-1803 (pero publicada por vez primera en 1951) Savigny escribía que usualmente se dice que en la interpretación todo depende de la intención del legislador. Mas eso, añadía, sólo constituye media verdad: interpretación es reconstrucción del pensamiento que se ha expresado en la ley en tanto cuanto resulta reconocible a partir de la propia ley (16). Y la idea tradicional de que la investigación de la razón o fundamento de la ley sirve para extenderla o restringirla (interpretación extensiva o restrictiva) le parecía absolutamente desechable (*verwerflich*); eso no era interpretación sino arbitrio pues suponía salirse de lo que estaba dado objetivamente en la ley, buscando una *ratio* que las más de las veces la ponía el intérprete para modificar según ella la ley (17).

En el *Sistema* ya sólo quedan rastros del viejo esquema dual de la «interpretación gramatical - interpretación lógica». Y la razón es conocida: la interpretación lógica tradicional enseña a *corregir* la ley y esa no es la tarea de la interpretación doctrinal cuyo objeto es *conocerla* (18). Por eso Savigny se opone a la citada dualidad. La dicotomía es entonces sustituida por una *cuatripartición de elementos* (el gramatical, lógico, histórico y sistemático) y no ya de *clases* de interpretación: Por un lado, el elemento lógico cambia de sentido: ya no se entiende como dirigido a la averiguación de la intención del legislador o de la finalidad pretendida por éste con la ley, sino a la descomposición del pensamiento, es decir, a la relación lógica en que están sus distintas partes (19). Además, la adición de los elementos históricos y sistemático refuerza la pérdida de importancia de los otros dos (20). Y la posibilidad, ínsita en la doctrina tradicional, de oponer los resultados a los que se llega con una clase de interpretación (la gramatical) a los derivados de otra (la lógica) que-

la intención (Absicht) del legislador (parágrafo 2, p. 13) y la interpretación lógica según el fundamento (Grund) de la ley (parágrafo 3, pp. 15-16; «... Ideen durch welche der Gesetzgeber zunächst zu einer Vorschrift bewegt wird...», parágrafo 16, p. 68). Pero ambas clases comparten el límite citado en el texto.

Análogamente: Franz SCHOEMANN. *Handbuch des Civilrechts*. I. Giessen und Wetzlar, bei Tasché und Müller. 1806: «Die möglichste Sicherheit der Rechte der Unterthanen ist Hauptzweck, auf Welchen eine gute Gesetzgebung mittelbar berechnet eyn muss: darum kann allein die *ausgesprochene Absicht des Gesetzgebers* gesetzliche Norm seyn, aber keineswegs der Beweggrund, wenn er gleichwohl ausgesprochen ist...» (pp. 84-85); «*Absicht oder Wille des Gesetzgebers, wie dieser ihn ausgesprochen hat, ist Gesetz, nichts mehr und nichts weniger ist Gesetz...*» (p. 86). Para esta cuestión v. «El 'casus dubius'» (n. 3), 30 y ss., 42 y ss.

(16) Friedrich Karl von SAVIGNY. *Juristische Methodenlehre. Nach der Ausarbeitung des Jacob Grimm*. Herausgegeben von Gerhard WESENBERG. Stuttgart. K. F. Koehler Verlag. 1951, 19.

(17) *Juristische Methodenlehre* (n. 16), 39-40. V. «El 'casus dubius'» (n. 3), 45, nota 53.

(18) Friedrich Carl von SAVIGNY. *System des heutigen römischen Rechts*. I. 2.ª reimpresión de la edición Berlin 1840. Aalen. Scientia Verlag. 1981. Parágrafo 32, p. 210, y parágrafo 50, p. 318.

(19) *System* (n. 18), I, parágrafo 32, p. 214. Cfr. parágrafo 50, pp. 320-321.

(20) HONSELL. *Historische Argumente* (n. 8), 33.

da negada desde el momento en que los cuatro elementos se consideran a modo de operaciones a llevar a cabo al interpretar la ley pero no como cuatro clases distintas de interpretación que puedan oponerse entre sí (21).

Por último, la crítica a la doctrina tradicional culminaba con la marginación de la *ratio legis* (*Grund des Gesetzes*) del campo de la interpretación. Savigny privaba a la *ratio legis* de todo papel autónomo en la doctrina de la interpretación. La *ratio legis*, en cambio, ocupaba un lugar central en la vieja teoría de la interpretación lógica y estaba en la base de la teoría del pacto (los materiales son precisamente una fuente básica para el reconocimiento de la *ratio legis* pues las leyes, como puros mandatos, rara vez contienen referencias directas a su *fundamento*: de ahí la exigencia de acudir a los materiales en la interpretación lógica de la ley según sostenía v. Wächter). Mas en Savigny no existe un canon finalista de la interpretación sino que los dos aspectos bajo los que analiza el concepto de fundamento de la ley según se refiera al pasado o al futuro, respectivamente— se relacionan primariamente con la distinción entre *ius commune* y *ius singulare* (22): la idea de fundamento de la ley sirve ciertamente para determinar la naturaleza de *ius commune* o de *ius singulare* de la regla de derecho contenida en la ley, pero sólo con mucha precaución y dudas es lícito usarla en la interpretación (23). Siempre es difícil conocer la *ratio legis* con certeza y no siempre es la misma la relación que aquélla mantiene con el *contenido de la ley* que es el objeto de la interpretación. En cualquier caso, la idea de interpretación lógica es rechazada: Aun en los casos en que, tras profundo estudio, quepa concluir que hay que *corregir la ley* (extenderla, restringirla), dice Savigny, no se está ante un supuesto de *interpretación* sino ante uno de *integración* (24).

(21) *System* (n. 18), I, parágrafo 32, p. 214.

(22) *System* (n. 18), I, parágrafo 34, 216 y ss. El concepto de *ratio legis*, decía Savigny, se concibe desde dos puntos de vista distintos según se refiera al pasado o al futuro. Desde el primer punto de vista vale como fundamento de la ley la regla de derecho superior (höhere Rechtsregel), cuya consecuente realización ha producido la ley actual. Desde el segundo, vale como tal el efecto (Wirkung) que mediante la ley debe originarse. En este segundo sentido el fundamento de la ley se designa también como fin (Zweck) o intención (Absicht) de la ley. Sería un error contraponer ambos puntos de vista, pero hay una diferencia relativa entre ambos. Esta consiste en que a veces es uno y a veces es el otro aspecto el que predomina en cada ley concreta. En el derecho regular (*ius commune*) predomina la relación con la regla de derecho anterior que la ley desenvuelve y el fin es el general de que el derecho quede más claramente determinado y que sea mejor aplicado. En el derecho anómalo (*ius singulare*) domina en cambio la relación con lo que se pretende conseguir en el futuro... Para la idea de *ratio legis* en Savigny v. Bruno SCHMIDLIN. *Das Problem des Gesetzeszweckes in der Auslegungslehre Savignys. Convivium utriusque iuris. Festschrift Dordett*. Wien. 1976, 79 y ss, 85.

(23) «Ungleich bedenkllicher, und nur mit grosser Vorsicht zulässig, ist der Gebrauch des Gesetzesgrundes zur Auslegung der Gesetze...». *System*. (n. 18), parágrafo 34, p. 220.

(24) «Consequente Fortbildung des Rechtes (nicht Auslegung)», dice Savigny, *System*, I, parágrafo 50, p. 323. Cuando trata del fundamento de la ley (parágrafo 34, p. 216 y ss.), advierte que su conocimiento puede ser más

La obra de Savigny actuaba aquí, como en otras partes de la misma, en el sentido de reforzar las bases de una concepción autónoma e idealista del derecho: éste se piensa como un objeto de conocimiento que es analizable (mediante una específica metodología interpretativa una vez que la crítica ha fijado los textos y los ha conciliado sistemática e históricamente) al margen en gran medida de sus presupuestos históricos *concretos*. La ley se arranca del mundo en que surge, de las finalidades concretas que el legislador histórico pretendió conseguir con su promulgación y se analiza en cambio de forma siempre preferente en su *conexión con el conjunto del sistema de la legislación* («durch den Zusammenhang der Gesetzgebung») y sólo secundaria y cautelosamente por referencia al *fundamento*. La vieja interpretación lógica que preguntaba específicamente por la finalidad originaria y concreta, por la explicación real de la ley cambia de sentido y es degradada a *elemento lógico*. Cuando Savigny expulsa del arsenal interpretativo el canon de la interpretación lógica, facilita la adaptabilidad y posibilidad de enriquecimiento de la ley que se interpreta en cada caso. Aunque Savigny no era un objetivista, preconizaba de hecho la disociación legislador-ley que luego consagrarían los partidarios de la doctrina objetivista de la interpretación (25).

b) Por otro lado, *se restringiría el concepto de ley* en el marco del derecho constitucional.

En el contexto de la polémica sobre los materiales, la crítica fundamental provendría de autores como Wilhelm Michael Schaffrath (*Teoría de la interpretación de leyes constitucionales*, 1842 (26)) que propondrían desvincular tajantemente la ley del proceso de su génesis y elaboración concretando con ello el objeto de la actividad interpretativa al texto legal publicado como tal.

Como ley, decía Schaffrath, vale sólo la voluntad declarada —pu-

o menos cierto alcanzando la máxima certidumbre cuando el legislador lo expresa. Mas incluso entonces, permanece separado del contenido de la ley y no puede considerarse como parte del mismo. Por eso no pierde vigencia una ley cuyo fundamento no es conocido ni siquiera en el caso de saber que no ha tenido ningún fundamento propio. Pero, concede Savigny la relación del fundamento con el contenido de la ley es de dos clases: en unos casos es relación de fundamento a consecuencia (*f. especial*) y en ellos la *ratio legis* aparece como idéntica a su contenido; mas en otros ambos aparecen muy alejados entre sí (*f. general*). El fundamento especial (nunca el general) puede usarse con mucha cautela para adecuar la *letra* de la ley a su *pensamiento*: es la *interpretación extensiva* o *restrictiva* (parágrafo 37, p. 230 y ss.) que Savigny trató problemáticamente de distinguir de la *corrección* de la ley que restringe o extiende no la letra sino el pensamiento mismo de la ley («den Gedanken selbst»). Es contra esta operación contra la que dirige su crítica a la interpretación lógica (cfr. *System*, I, parágrafo 50, p. 318 y ss.): el intérprete que modifica, en base al fundamento de la ley, no sólo su letra sino también su contenido, se coloca por encima del legislador olvidando los límites de su propio oficio. Integra, pero no interpreta (p. 322).

(25) Véase *System* (n. 18), párrafos 36 y 37. En general: Walter WILHELM. *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*. Frankfurt am Main. Vittorio Klostermann. 1958.

(26) *Auslegung* (n. 14).

blicada— del Poder legislativo (27). Sólo ésta es ley y no ya los juicios, manifestaciones, discusiones o motivos aislados expuestos por los singulares integrantes de aquel Poder. Y esta tesis tiene una traducción obvia en materia de interpretación: la ley se interpreta a partir de la propia ley y no a partir de otras declaraciones que carezcan de ese carácter. Los materiales prelegislativos no pueden *fundamentar* o justificar autónomamente ninguna interpretación de la ley; sólo pueden *confirmar* la que ya resulta de la misma (28). Incluso, añadía Schaffrath premonitoriamente, los motivos y fundamentaciones que acompañan a los proyectos y enmiendas en los regímenes parlamentarios son en su esencia y objeto distintos de la *ratio legis* del Derecho romano: Tienen un carácter puramente *político* y carecen de finalidad *científica*; son, a menudo, puramente subjetivos, argumentaciones políticas y *ad hominem* pensadas para persuadir a otros grupos de las Cámaras o al Gobierno. No son objetivos ni siquiera, muchas veces, las verdaderas razones de la ley que, en cambio, se esconden o manipulan (29). Y, en cualquier caso, la teoría del pacto de c. Wächter era inaceptable para Schaffrath; fingía un objeto de acuerdo inexistente: no se acuerda

(27) *Auslegung* (n. 14), parágr. 8, p. 7! parágr. 13, p. 15: «Der Wille der gesetzgebenden Gewalt an sich ist natürlich nicht erkennbar, daher auch weder verpflichtend noch Gesetz. Vielmehr gilt als Gesetz nur der *erklärte* Wille der gesetzgebenden Gewalt und *nur*, inwiefern es wirklich erklärt worden ist. Es ist daher falsch, wenn man sagt, die Unterthanen hätten die 'Absicht' und den 'Willen' oder das zu befolgen, was der Gesetzgeber 'gewollt' oder 'beabsichtigt' habe. Vielmehr haben die Unterthanen *nur den erklärten Willen* des Gesetzgebers oder nur das zu befolgen, was es als seinen Willen ausgesprochen hat. Eine Erklärung gilt nicht, wenn der Wille fehlt». Como excepción a esta doctrina cita el caso de la analogía (parágrafo 11, p. 21). Esto último más la afirmación de que la divergencia «voluntad-declaración» conlleva la nulidad de ésta (siguiendo la enseñanza de PUCHTA, *Pandekten*. Ed. 1838, parágrafo 52, p. 49 según cita) constituyen sendos residuos del subjetivismo de los que más tarde prescindiría la doctrina objetiva de la interpretación.

(28) *Auslegung* (n. 14), parágrafo 16, p. 23: «nur der wirkliche, wahre, wirklich ausgedrückte, im *Gesetze* erklärte *Inhalt* des Gesetzes gilt als solches, nicht aber andere Erklärungen, als die in dem *Gesetze*» (V. también parágr. 10, p. 9).

Una ley, añadía Schaffrath, debe ser comprensible; de lo contrario, no obliga. Y debe ser comprensible por sí sola, pues únicamente el texto de la ley se da a conocer como obligatorio a los ciudadanos. De ahí sigue, decía, que: «... nur das an und für sich selbst verständliche Gesetz ... gilt als verpflichtendes Gesetz, alles Andere nicht. Auch bei der *Auslegung* eines Gesetzes darf man daher die Gründe und Mittel derselben oder die Erkennbarkeit des Willens des gesetzgebenden Gewalt nur aus dem *Gesetze selbst* schöpfen» (parágr. 17, pp. 24-25).

Este principio, decía el autor, no sólo lo pasan por alto casi todos los teóricos de la interpretación, sino que todos, salvo Thibaut, lo vulneran. Autores como Wächter o Schletter yerran en cuanto piensan que otras declaraciones distintas de la ley pueden justificar autónomamente una peculiar interpretación de la misma: «... können auch andre Erklärungen der gesetzgebenden Gewalt, als das Gesetz selbst (gesetzentwürfe, Decrete, Motiven, Deputationsgutachten, ständische Schriften u.s.w.) nicht an und für sich allein eine besondere Auslegung des Gesetzes ... *begründen* und *erweisen*, sondern nur eine solche Auslegung und einn solchen Sinn des Gesetzes *bestätigen*, der aus ihm selbst schon sich ergibt ...» (Ibídem).

(29) *Auslegung* (n. 14), parágrafo 17, p. 16.

sobre los motivos sino sobre las palabras del proyecto que va a ser ley. Sólo ese texto es objeto de aprobación concorde por el Poder Legislativo (30).

Aunque Schaffrath no era, propiamente hablando, un objetivista (31), parece obvio que tanto su crítica a la teoría del pacto como su concepción de la ley anticipaban los argumentos más tarde esgrimidos por la doctrina objetivista. Y es de resaltar que Heinrich Thöl, el autor que normalmente pasa por ser el precursor de la doctrina objetiva, escribió en 1851 la conocida frase según la cual «la ley mediante su publicación se separa del legislador» en el marco de una crítica a la doctrina de la necesaria consideración de los materiales prelegislativos (31), (32). La crítica a la *Paktentheorie* devenía así una de las bases de la doctrina objetiva de la interpretación. Por ello no es de extrañar que la formulación «oficial» de esa doctrina en 1885-1886 por obra de Karl Binding, Adolf Wach y Joseph Kohler marcara el punto más bajo en la consideración y valoración de los materiales prelegislativos de toda la edad contemporánea (33).

(30) *Auslegung* (n. 14), parágrafo 17, p. 27: «Nicht über die Motiven und Auslegung, sondern nur über die Worte des Gesetzentwurfes wird abgestimmt.»

(31) De acuerdo Karl LARENZ. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. Auflage. Berlin. Heidelberg. New York. Springer Verlag. 1979, 35, nota (35).

(32) Heinrich THÖL. *Einleitung in das deutsche Privatrecht*. Göttingen. Verlag der Dieterischen Buchhandlung. 1851. Parágrafo 60, IV, p. 50. La conocida imagen de la doctrina objetiva según la cual la ley puede ser más sagaz que el legislador que la redactó («... das Gesetz einsichtiger seyn kann, als der oder die Gesetzgeber...») proviene también de Thöl (ibíd.), quien señalaba que el texto legal debía entenderse en su conexión sistemática con todo el resto del ordenamiento asumiendo así un sentido autónomo y desvinculado del pretendido por sus redactores.

(32) Para la polémica entre Levin GOLDSCHMIDT y Friedrich von HAHN surgida a raíz de la promulgación del *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* de 1861, v. BADEN, *Regelungsgehalt* (n. 11), 379-380.

Von HAHN no negaba la posibilidad de usar los trabajos preparatorios en la interpretación de la ley, mas los consideraba como la pura y simple obra de un particular a juzgar por su mérito o valor intrínseco y no por conformar la voluntad del legislador. Ley, decía, es la voluntad solemnemente declarada (es decir, promulgada y publicada). Incluso añadía apuntando a las doctrinas objetivas de la interpretación: «Die Römer brauchen daher auch in völlig gleicher Bedeutung mit Wille des Gesetzgebers den Ausdruck: *Wille des Gesetzes*...». *Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, I, 2, Aufl, Braunschweig. Druck und Verlag von Friedrich Vieweg und Sohn, 1871, p. XLIX.

GOLDSCHMIDT defendía en cambio una versión dulcificada de la teoría del pacto: «... soweit aus [den Motiven und Protokolle] der Wille der Verfasser und der im vorliegenden Fälle damit übereinstimmende Wille der Gesetzgebungsfactoren aller Einzelstaaten über den Inhalt der gesetzlichen Bestimmungen sich ergibt, sind sie das wichtigste Hülfsmittel zur Feststellung des gesetzgeberischen Willens...». En «Ueber die Benützung und Bedeutung der Berathungsprotokolle für die Interpretation des Deutschen Handelsgesetzbuchs». *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, X (1866), 40 y ss., 46. El autor criticaba también la opinión de SCHLESINGER, según la cual la ley debe entenderse en el sentido en que es interpretada razonablemente por el pueblo, opinión que luego fundamentarían autores como Erich DANZ en el marco de la doctrina objetiva. *Vide infra*, nota 61.

(33) Adolf WACH, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, Duncker und Humblott, 1885, I, 255-257:

El objetivismo dio un paso más en el proceso de independización y, casi por consiguiente, de idealización de la ley positiva que es arrancada del concreto proceso histórico de su génesis. La idea, apun-

«Das Gesetz... ist Willensäußerung nicht nur in dem Sinne, dass die Aeußerung ein gewolltes ist, sondern dass das beäußerte selbst Wille ist... nicht ist es Wort, hinter welchem ein Wollen steht, sondern Wort gewordener Wille...

... Mit der Objektivierung in verbundener Gesetzform hat er sich von der Person des Urhebers gelöst... Das Gesetz gilt, auch wenn der Gesetzgeber mit ihm keinerlei Gedanken über diesen Inhalt verband... Der Gesetzwille ist also unabhängig von der Vorstellung des Gesetzgebers über den Inhalt des Gesetzes. Er will 'das Gesetz' und damit die im Gesetz enthaltenen Normen.

Das Gesetz ist... *eine konstante lebendige Kraft*. Daraus folgt, dass die juristische Hermeneutik wesentlich verschieden ist und sein muss von der philologisch-historischen. Letztere ist die Darlegung einer historischen Tatsache, die juristische Auslegung ist die Engliederung des Theiles in das Allgemeine, die Unterordnung des Speciellen unter das allgemeine, des Mittels unter den Zweck: mit einem Worte: sie ist nicht nur eine philologisch-historische, sondern zugleich eine rationelle.»

Y, en contra de la teoría del pacto, añadía WACH:

«Das Parlament beschliesst nur über den Text, nicht über den Sinn des Gesetzes; die Uebereinstimmung der sogen, gesetzgebenden Faktoren ist nicht Vertrag über den bestimmten Sinn, sondern vereinbarte Feststellung des Textes» (p. 261).

Karl BINDING, *Handbuch des Strafrechts*. Band I. Leipzig. Duncker und Humblott, 1885, 450 y ss.:

«Auslegung des einzelnen Rechtssatzes [ist] die Erfassung desselben als Theils des Ganzen. Inhalt des Rechtssatzes ist nicht ein Gedachtes, sondern ein Gewolltes; Erfassung dieses Inhaltes nicht Gedanken-Rekonstruktion, sondern die *Erkenntniss des Inhalts, der Tragweite und der Autorität eines konkreten Stückes des Rechtswillens*. Hauptmittel dieser Erkenntniss ist nicht wie bei der Auslegung des Schrifttellers der dem Gedanken untergeordnete Ausdruck, sondern das als maassgebend für dem Willensgehalt gewählte...

Die Gesetzgebung bedeutet für den Inhaber der gesetzgebenden Gewalt geradezu eine Entäußerung seines Individual-Willens: Der Wille des Rechts tritt ihm nun als objektive Macht gegenüber...

Durch die Lösung des Rechtswillens vom Individuum erlangt das Recht die Fähigkeit trotz allem Wechsel der Gesetzgeber Generationen auf Generationen zu beherrschen, erlangt es zum nicht geringen Teil seinen Reichtum und seine Schmiegsamkeit...

... was aber in Wahrheit das Gesetz dankt, also auch will, darüber entscheidet nach seiner Publikation kein persönlicher Wille mehr. *Das Gesetz* denkt und will, was der vernünftig auslegende Volkgeist aus ihm entnimmt...

Joseph KOHLER, «Ueber die Interpretation von Gesetzen». *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, XIII (1886), 1 y ss.:

«... nicht, was der Verfasser des Gesetzes will, ist entscheidend, sondern was das Gesetz will-allerdings hat das Gesetz keinen Willen im psychologischen Sinne, wohl aber einen Willen im teleologischen Sinne als organisches Zweckbestreben...

Der Verfasser des Gesetzes kann ein Gesetz schaffen oder nicht schaffen; schafft er es aber, so schafft er es mit allen seinen unmittelbaren und mittelbaren rechtlichen Folgen, die möglicherweise ausserhalb seines Gesichtskreises liegen... Das Gesetz steht dem Verfasser des Gesetzes ebenso als ein Neues, Drittes, ja als ein Fremdes gegenüber...

Welcher Irrthum, anzunehmen, dass nur die von dem Verfasser des Gesetzes gewollten Folgen eintreten! Ein ganzes Menschenalter ist kaum genügend, um einen Rechtssatz in der unendlichen Fülle seines Inhaltes zu erkennen...».

tada por Schaffrath y sobre todo por Thöl de la escisión de la ley del resto de la realidad que la origina o, más precisamente, la separación entre ley y legislación está gráficamente presente en la obra de los tres autores antes citados como definidores del objetivismo: lo decisivo, se nos dirá, no es la voluntad del legislador sino la de la ley, lo que ésta quiere y no lo que quiere aquél, la voluntad hecha palabra que, al desvincularse de sus creadores, adquiere la capacidad de adaptarse a necesidades de regulación nuevas e incluso ni siquiera imaginadas por aquéllos.

A la ley como objeto específico y único de análisis corresponde un método también específico: la *interpretación jurídica*. Y ésta, se recalca ahora, no es una mera *interpretación histórico-filológica* que tienda a reconstruir un fenómeno histórico concreto como sería el pensamiento originario del autor de un texto. Por el contrario, la interpretación jurídica se dirige a reconstruir siempre de nuevo el sentido actual de la ley en conexión con el ordenamiento de que forma parte para aplicarla a una realidad variada y cambiante (34).

En el marco de la concepción objetiva el papel del legislador se reduce a fijar un texto (*Wille zur Gesetzform*, voluntad de la forma legal) pero no predetermina el contenido, el sentido de ese texto (*Wille zum Gesetzinhalt*, voluntad dirigida al contenido de la ley) (35).

Así las cosas, es obvio que no hay margen alguno para la teoría del pacto; ésta se considera como algo absolutamente inaceptable: No se trata únicamente de que sólo haya que estar a la voluntad del legislador en cuanto *declarada* en el texto legal, como había defendido Schaffrath, es que no hay cuestión de averiguación de la voluntad del legislador una vez dilucidada y resulta positivamente la cuestión de la regular aprobación de la ley.

Por eso Kohler señalaba que de una pretendida fuerza vinculante de los materiales no había ni que hablar. Suponer otra cosa, decía, sería desconocer que la promulgación de una ley es un hecho histórico, un acontecimiento concreto que se limita a introducir a la ley en la vida jurídica pero que no introduce además de eso opiniones o reflexiones sobre la ley (36). Incluso en el caso de que todos los factores legis-

(34) Véase la nota anterior y allí las citas. Modernamente puede recordarse la vivaz descripción del objetivismo de Gustav RADBRUCH, *Arten von Interpretation*. En *Récueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de Francois Géný*. Paris. Librairie du Récueil Sirey, 1934, II, 247 y ss. Posteriormente cfr. del mismo autor: *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 11. Auflage besorgt von K. ZWEIFERT. Stuttgart. K. F. Koehler, 1964, 251: «Nur der Inhalt des Gesetzes selbst entscheidet. Juristische Interpretation ist so nicht Nachdenken eines Vorgeordneten, sondern Zu-Ende Denken eines bedachten.» Por eso, naturalmente, los materiales no son para nada un medio decisivo de interpretación, sino sólo un ensayo o conato interpretativo facultativo («kein entscheidenes Auslegungsmittel, sondern nur ein unverbindlicher Auslegungsversuch». *Ibidem*).

(35) Véase la nota 33. Para la distinción entre *Wille zur Gesetzform* y *Wille zum Gesetzinhalt*, cfr. Josef LUKAS, *Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers. Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestage der Doktor-Promotion*. Tübingen. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1908, I, 399 y ss.

(36) *Interpretation* (n. 33), 21.

lativos hubieran estado expresamente de acuerdo sobre el sentido de un punto concreto de la ley, su opinión no pasaría de ser *una pura manifestación privada, particular* pues el legislador obra sólo a través de las palabras de la ley (37).

El dualismo ley-legislación está aún más acentuado si cabe en Binding: Para el desarrollo de una sana interpretación, decía, sería mejor que las leyes no vinieran acompañadas de una larga *Entstehungsgeschichte*, que no llegaran al mundo rodeadas por un montón de materiales (38). La interpretación jurídica no sólo puede prescindir de los materiales sino que debe hacerlo así.

V. EVOLUCION POSTERIOR DE LA POLEMICA. HECK Y LA REIVINDICACION DEL SUBJETIVISMO. LA DOCTRINA DEL MEDIO AUXILIAR

Las críticas de la doctrina objetiva arrumbaron con la teoría del pacto en sentido estricto, es decir, con la tesis según la cual el juez está obligado a entender la ley en el sentido que resulta de aquellos materiales prelegislativos en los que se manifiesta o, al menos, cabe presumir el acuerdo de los distintos factores legislativos (39).

Mas abandonar la idea de que es obligado estar a los materiales no supone para nada hacer lo propio con las que defienden que es posible o eventualmente útil o siempre necesario consultarlos a lo largo del proceso interpretativo de todas o algunas leyes. Se trata de la tesis o, mejor dicho, de la vaga idea conforme a la cual los materiales prelegislativos constituyen un *medio auxiliar* de utilidad variable *secundum quid*. Y, de hecho, lo más frecuente hoy es que la mayor parte de la doctrina tanto objetivista como subjetivista se mueva en torno a este segundo punto de vista. Para ello hay razones de fondo:

(37) «Der Gesetzgeber wirkt nur durch das Gesetzwort». *Interpretation* (n. 33), 26; añadía: «... im Gesetz steht, was in den Worten steht...». *Ibidem*, 27, donde además se refiere a la analogía de la ley con la obra de arte cuyos contenidos no llega a cubrir su propio creador.

(38) «Für die Entwicklung einer gesunden Auslegung wäre es besser die Gesetze kämen nicht mit einer langen Entstehungsgeschichte und nicht mit einem Wuste von Materialien behaftet zur Welt. Denn der doppelte Schaden, den diese anrichten— Entnervung der Auslegung und Versetzung des geltenden Rechts mit einer Masse unverbindlichen Stoffes—, scheint mir ihren Nutzen weit zu überwiegen». *Handbuch* (n. 33), I, 472-473.

Idéntica conclusión en Henri CAPITANT, *Les Travaux préparatoires et l'interprétation des Lois. Récueil Gény*, II (n. 34), 205 y ss., 214: «L'interprétation des lois gagnerait en certitude si l'on faisait abstraction complète des travaux préparatoires». Más citas en SAXL, *Materialien* (n. 11), 34.

(39) Con todo, cfr. Ernst Rudolf BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, IV, Neudruck der im Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) erschienen Auflage von 1894-1917. Aalen, Scientia Verlag, 1961, 268 y ss., quien sostuvo reiteradamente una versión modificada de la *Parktentheorie*. El autor acabó por defender que la ley debía ser interpretada de manera análoga a los contratos. Es de destacar que si el subjetivismo ha buscado siempre la analogía entre interpretación de la ley e interpretación del contrato, el objetivismo ha tendido a hacerlo con el testamento entendido como paradigma de negocio solmne. V. CAPITANT, *Travaux préparatoires* (n. 38), 205 y ss.

1. Por un lado, las doctrinas objetivas de la interpretación no llegaron a eclipsar totalmente a las subjetivas (40) ni tampoco todos los objetivistas se han expresado con igual rigidez ni desde luego con la misma que se lee en los escritos programáticos de esta tendencia. Si el subjetivismo puro de la teoría del pacto prohibiría investigar la voluntad del legislador de otra forma que no fuera estudiando la génesis de la ley, un objetivismo también extremo prohibiría acudir a la *Entstehungsgeschichte* (41). Pero lo más frecuente no ha sido eso sino que dentro del predominio de concepciones objetivas, se ha impuesto en la práctica la defensa de versiones templadas o mixtas de ambas doctrinas (42).

2. También hay que tener en cuenta que la doctrina objetiva fue muy pronto sometida a duras críticas (43). Si el subjetivismo había sido censurado por personar ficticiamente a un *legislador* más o menos imaginado (44), el objetivismo lo sería a su vez por hacer lo propio con una *voluntad* soportada ahora por el texto legal (45). La idea, además,

(40) Así, por ej., un autor de tanta influencia como Bernhard WINDSCHEID y que sobrevivió a la formulación de la doctrina objetiva (Windscheid muere en 1892), defendió tanto la doctrina *subjetiva* (la primera pregunta a formularse en interpretación es, decía, «welchen Sinn hat der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden?»). *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Auflage, Aalen, Scientia Verlag, 1963, I, parágrafo 20, p. 97) como la distinción entre interpretación gramatical e interpretación lógica que Savigny había criticado (I, parágrafo 21, pp. 98-102. Pero Windscheid se limitaba a decir que llamaba interpretación lógica a toda aquella que *va más allá*—hinausgehen— del resultado al que se ha llegado mediante la interpretación gramatical).

(41) HONSELL, *Historische Argumente* (n. 8), 20.

(42) Para una defensa de la «parte de verdad» que hay en ambas teorías, cfr. LARENZ, *Methodenlehre* (n. 31), 303, quien es matizadamente objetivista. Análogamente, COING, *Staudinger. Allgemeiner Teil* (n. 11), parágrafo 131, 4 y ss.

Elencos de los autores que a lo largo del último siglo se han ido alineando a favor de una o de otra doctrina, pueden verse en: Arthur MEIER-HAYOZ, «Die Bedeutung der Materialien für die Gesetzesanwendung». *Schweizerische Juristen-Zeitung/Revue Suisse de Jurisprudence*, Heft 14, 15.7.1952 (48, Jahrgang), 213 y ss.; Heft 15, 1.8.1952, 229 y ss. Ludwig ENNECERUS-Ans Karl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch*, 15. Auflage, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, parágrafo 54, pp. 324 y ss. Karl ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*. Stuttgart. Berlin. Köln. Mainz. Verlag W. Kohlhammer, 5. Auflage, 1977, 88 y ss. Gerhard HASSOLD, «Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes - subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung», *ZZP*, 94, Heft 2 (1981), 192 y ss. HONSELL, *Historische Argumente* (n. 8), 19 y ss., y 171 y ss.

(43) HONSELL, *Historische Argumente* (n. 8), 36 y ss.

(44) V. por ej., Max RUMPF, *Gesetz und Richter. Versuch einer Methodik der Rechtsanwendung*. Neudruck der Ausgabe Berlin 1905. Aalen. Scientia Verlag, 1970, 108.

(45) En frase de Carl SCHMITT, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, 2. Auflage. München, Beck, 1969 (1.ª edición, 1912), 30. Y si lo que se hacía preveyendo esa objeción era decir que la palabra «voluntad» no había de entenderse en sentido psicológico, sino en uno «orgánico», «teleológico» o «normativo», entonces uno pierde ya la noción del objeto del discurso. Cfr. al respecto el texto de KOHLER antes reproducido, *Interpretation* (n. 33), 1-2. Y, en seguida, en contra véase Sieg-

de que la ley se desgaja del entorno histórico que la crea y la imagen de la ley como más astuta que sus redactores fueron acusadas de enmascarar oblicuamente una propuesta de ampliación del arbitrio judicial (46) para lo que el culto a los materiales podía ser un obstáculo. Esta última consideración pesó aún más en el cambio de siglo cuando distintas corrientes de la entonces denominada «nueva metodología» (47) coincidían en el contenido de aquella propuesta (derecho libre, jurisprudencia sociológica, etc.). Así, no es de extrañar que el trabajo más importante publicado en aquella época sobre los materiales —la monografía de Maximilian Saxl— partiera del «sociologismo» y de la «interpretación teleológica» (48) a la hora de considerar a los materiales simplemente como «un espejo, a veces más bien turbio, de la época de surgimiento de la ley» (49).

3. Por último hay que recordar que la jurisprudencia de intereses de Philipp Heck supuso una revalorización del momento de la *Entstehungsgeschichte*, del subjetivismo, en la interpretación de la ley iniciándose desde el punto de vista de la doctrina subjetiva la verdadera sistematización y crítica de las doctrinas objetivas. La reivindicación del subjetivismo es comprensible si se recuerda que Heck partía de la base de que el método correcto de interpretación debe comenzar con la investigación histórica de los intereses reales que han causado u originado la ley, investigación que lleva al juez a reconocerlos y atenderlos en la resolución del caso que se le plantea (50). Heck ordenó y criticó los argumentos de la doctrina objetiva de la forma que luego ha sido más utilizada por los autores que han tratado de ella en conexión con la polémica de los materiales (51). Los argumentos en cuestión son los cuatro siguientes:

mund SCHLOSSMANN, *Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Gesetzesauslegung*. Jena. Verlag von Gustav Fischer, 1903, 33: «Das Gesetz, das... nur ein bedrucktes Blatt Papier ist, kann nicht denken und wollen...». Con mayor rotundidad, SCHMITT: «Nur ist zu bedenken, dass man uner einen 'lebendigen Organismus' nicht subsumieren kann...», en la obra aquí citada, 36.

(46) Cfr. la crítica del precursor del movimiento del Derecho Libre, Oscar BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*. Neudruck der Ausgabe Leipzig, 1885. Aalen, 1972, 35: «Gewiss: das Gesetz ist oft klüger als sein Urheber, das Gesetzbuch weiser als der Gesetzgeber! Mit andern, nüchterneren Worten und wohl noch schärfer zutreffend: den *Richtern* wird oft eine *grössere und bessere* Rechtseinsicht zugemutet und zugetraut als dem *Gesetzgebungspersonal!*». V. también SCHLOSSMANN, *Irrtum* (n. 45), 35. Para la doctrina actual, cfr. HASSOLD, «Wille des Gesetzgebers» (n. 42), 200-206.

(47) Sobre esto, véase CASTRO, *Derecho Civil de España*, I (n. 1), 501.

(48) «Wie ist das Gesetz auszulegen?... wie es dem aktuellen Bedürfnisse des Lebens und dem jeweiligen Stande menschlichen Erkenntnis entspricht». *Materialien* (n. 11), 30.

(49) «... ein (mitunter trüber) Spiegel ihrer Zeit...». *Materialien* (n. 11), 31.

(50) Philipp HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*. Tübingen. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1914 [también publicado en *AcP*, 112 (1914), 1-313], 59-60. A la investigación histórica de los intereses se añade ulteriormente una labor de integración emocional («emotionale Fortbildung»), por la que el juez desarrolla valorativamente los mandatos legales (59, 100 y ss.).

(51) *Gesetzesauslegung* (n. 50), 67 y ss. Posteriormente v. ENGISCH, *Ein-*

a) *Argumento de la voluntad (Willensargument)*: En un régimen constitucional en el que la actividad legislativa corresponde a distintos órganos pluripersonales ya no hay cuestión de hablar de voluntad del legislador porque no hay tal ni, por consiguiente, los proyectos o proposiciones de ley, las enmiendas, trabajos de comisiones o justificaciones de voto manifiestan en ningún caso voluntad legislativa alguna. Pretender utilizar los materiales lleva en la práctica a recaer directa o indirectamente en la teoría del pacto. Y ésta era, como se vio, un intento anacrónico de trasplantar la doctrina de la interpretación propia del Antiguo Régimen —que sólo reconoce un soberano único y absoluto— a un régimen parlamentario en el que el «mandato» legislativo no es imputable a un acto individual de decisión.

b) *Argumento de la publicación o de la forma (Formargument)*: La actividad interpretativa recae únicamente sobre las fuentes en sentido estricto y no sobre el material que las precede. Lo que se interpreta es el texto legal concreto, formalmente aprobado y publicado como tal. Otros textos no son derecho ni, por tanto, vinculan al juez.

c) *Argumento de la confianza (Vertrauensargument)*: Al ciudadano sólo le obliga el mandato que como ley se le posibilita conocer. La ley obliga no sólo cuando se publica sino en lo que se publica. En virtud de una elemental exigencia de seguridad jurídica, los ciudadanos deben comportarse en la forma que indica la ley publicada pero no de la manera que quepa colegir del texto publicado reinterpretado a partir de materiales tal vez nunca publicados y, en todo caso, no publicados como ley.

Los tres argumentos anteriores establecen una división tajante entre lo que es derecho y lo que no lo es, entre lo que es objeto de la actividad interpretativa y lo que no. Y a la *dualidad en el objeto* correspondía en el credo objetivista una *dualidad en el método*: el estudio de los materiales y, en general, el del surgimiento de la ley corresponde a una simple y auxiliar *interpretación histórico-filológica*. Pero la *interpretación jurídica* no ha de estar a los materiales prelegislativos. Y como ya se apuntó, ello es así no sólo por el carácter extralegal de los materiales sino además porque el intérprete no está para nada vinculado a la interpretación histórica. Se trata aquí del argumento que Heck llamaba

d) *Argumento de la integración (Ergänzungsargument)*: El contenido histórico no basta para satisfacer las necesidades de la vida. La ley, desligada de la realidad histórica que la ocasionó y del sentido que coyunturalmente se le atribuyó adquiere, integrada en cambio en el ordenamiento tomado en su conjunto, infinitas posibilidades de aplicación (52): *Interpretatio ex nunc y no ex tunc!* (53).

Heck intuyó que esta manera de pensar conducía, llevada al límite, *führung* (n. 42), 91. BADEN, *Regelungsgehalt* (n. 11), 384. HASSOLD, «Wille des Gesetzgebers» (n. 42), 207. ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil* (n. 42), parágrafo 53, pp. 323 y ss. Con diferente sistemática v. STRÖMHOLM, *Legislative material* (n. 7), 177 y ss.

(52) Cfr. BADEN, *Regelungsgehalt* (n. 11), 391.

(53) ENGISCH, *Einführung* (n. 42), 90.

a una tesis irracionalista: el conocimiento perjudica al derecho. El estudio de la génesis de la ley, el intento de explicarla históricamente limitaría o interferiría el proceso de su aplicación judicial por lo que se trataría de dos actividades a mantener radicalmente separadas. Contra ello protesta el subjetivismo y con razón: «Las leyes no caen del cielo», decía Heck, son, por el contrario, el producto históricamente muy real de empeños y aspiraciones humanas y por ahí hay que empezar a la hora de interpretarlas (54).

Descendiendo luego al terreno específico de la reivindicación de la doctrina subjetiva en pugna con los argumentos citados del objetivismo, el primero de ellos, el argumento de la voluntad, era contradictorio o al menos matizado: se señalaba que las leyes sí tienen efectivamente impulsores, proponentes, enmendantes y redactores técnica, social o políticamente más o menos influyentes o cualificados y que, concretamente, la pregunta sobre quiénes sean formalmente legisladores es algo que resuelve la Constitución del país de que se trate en cada momento histórico (55). No se trata de analizar los materiales prelegislativo como parte de la voluntad del legislador sino de analizarlos como indicios explicativos de la ley o de los intereses en conflicto que la originaron (56). Prescindir de ellos sería privar al intérprete de un importante medio de conocimiento del sentido originariamente atribuido a la ley y de sus razones.

Sin embargo, esta llamada a la realidad en el marco de la cual se origina la ley como fenómeno histórico queda en Heck, como en muchos subjetivistas que le han seguido luego, inmediatamente contradictoria: «voluntad del legislador» se nos dice sorprendentemente, no es un concepto psicológico que refiera a hechos históricamente concretos sino un «concepto normativo» (57) o, se añade, el legislador es un sujeto imaginado a quien se imputa el mandato legislativo (58). De esta

(54) «Dass unsere Gesetze nicht vom Himmel fallen, dass sie nicht die Wirkung elementarer Kräfte sind, wie Ordel oder Vogelflug sondern dass sie das Ergebnis menschlicher Bestrebungen sind, das ist einfach notorisch...» *Gesetzesauslegung* (n. 50), 73.

(55) Se trata del concepto de legislador formal: «... Rein formell, nach der in den Verfassung und teils auch in den Gesetzen niedergelegten Zuständigkeitsordnung, lässt sich allerdings der Gesetzgeber unschwer definieren als diejenigen Instanzen, ohne deren ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung ein rechtlicher Erlass keine formelle Geltung erlangt». Peter NOLL, *Gesetzgebungslehre*. Hamburg. Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1973, 44.

(56) Heck, *Gesetzesauslegung* (n. 50), 111.

(57) Heck, *Gesetzesauslegung* (n. 50), 50, 53, 62, 64 («Das Wort 'Gesetzgeber' ist vielmehr die zusammenfassende Bezeichnung für diejenigen Gemeinschaftsinteressen, welche in dem Gesetze zur Geltung gelangt sind») y 77. Parecidamente ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil* (n. 42), párrafo 54, pp. 326-327 (el argumento de la voluntad olvida, dicen, que la doctrina subjetiva «... nicht nach einem psychologischen, sondern nach einem in Gesetzgebungsakt herrschend gewordenen normativen Willen des Gesetzgebers fragt, d. h. den im Gesetz zur Geltung gelangten Gemeinschaftswillen feststellen will...»).

(58) «In der Tat ist der historische Gesetzgeber weder eine natürliche Person, noch bilden die zusammenwirkenden Gesetzgebungsfaktoren einen realen Gesamtwillen. Gesetzgeber ist ein normativer Begriff, ein gedachtes

forma se rechaza la posibilidad que queda únicamente apuntada de concebir la interpretación como una investigación empírica cuyo objeto sería la determinación del sentido que los autores históricos de la ley le atribuyeron. Marginada esa posibilidad, no se puede menos que afirmar que la reivindicación del subjetivismo de Heck coincide en lo sustancial con el proceder real de los partidarios declarados de la doctrina objetiva difiriendo sólo en el grado de importancia que se atribuye a los materiales. En ambos casos, el recurso a los materiales —o en general el propio argumento histórico— queda reducido tal y como se señaló al principio de este epígrafe al rango de un *medio auxiliar* más de la interpretación jurídica. La diferencia entre objetivistas y subjetivistas acaba así reduciéndose al grado de importancia o relevancia que otorgan a ese medio auxiliar (59).

En la crítica de Heck y de los autores que luego le han seguido, los argumentos de la voluntad, de la forma y de la confianza se asocian también con concepciones de la interpretación jurídica que el subjetivismo considera rechazables, como, por ej., las que sostienen que la ley debe entenderse según su sentido literal o, en especial la doctrina según la cual la ley hay que interpretarla conforme a su sentido común o habitual (: el derivado de los usos lingüísticos generales, el que le atribuiría el denominado ciudadano medio, etc.). Según esta última, no cabría apartarse del significado usual pues ello supondría la mediación del intérprete entre el texto legal y sus destinatarios (: los ciudadanos), distorsionando así su sentido. Habría, pues, un significado común de los enunciados legales que iría cambiando con el tiempo en función de los usos lingüísticos de la colectividad, pero que el intérprete individual no podría alterar ni congelar (60).

Mas contra esa manera de pensar se alegrará la dificultad o incluso la imposibilidad de identificar ese sentido usual o, ante la constatación de la diversidad de sentidos, se aducirá la inexistencia de criterios de elección del uso correcto; se añadirá que las concepciones citadas llevarían en el límite a postular no sólo la proscripción del uso de los *materiales*, sino también de la *jurisprudencia de los tribunales* y hasta de la propia *doctrina científica* (61). Es decir, se sugeriría la prohibición de la interpretación judicial y doctrinal, fenómenos estos que no eran históricamente insólitos (62) pero que, desde luego, nada tenían

Subjekt, dem der Gesetzesbefehl zugerechnet wird». HASSOLD, «Wille des Gesetzgebers» (n. 42), 207.

(59) Más importante ciertamente para el subjetivismo que para el objetivismo, pues prescindir de él sería «tirar el niño con el agua del baño» («das Kind mit dem Bade ausschütten») en la conocida imagen usada en este contexto por ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil* (n. 42), párrafo 54, p. 327.

(60) HECK, *Gesetzesauslegung* (n. 50), 77 y ss., y 259 y ss.

(61) Según el lema *scientia iuris nocet!*, que citaba irónicamente HECK, al criticar las tesis sobre la interpretación de Erich DANZ, *Gesetzesauslegung* (n. 50), 259. Modernamente v. BADEN, *Gesetzmaterialien* (n. 11), 387.

(62) Cfr. «El 'casus dubius'» (n. 3) e «Interpretatio necessaria» (n. 3).

que ver con las propuestas del objetivismo en tema de interpretación de la ley (63).

Al argumento de la integración oponía Heck que la interpretación histórica era un obstáculo a la integración sólo si se suponía que la labor del juez se limitaba a la mera subsunción (64). Posteriormente, el subjetivismo ha señalado que el argumento citado supone presentar como interpretación lo que no es sino integración, desenvolvimiento judicial del derecho. Es cierto, se dice, que la interpretación histórica deja muchas cuestiones sin resolver. Pero la alegada necesidad de readecuación de la ley a las «nuevas circunstancias» no es tarea de la interpretación sino de la integración (65). Admitida hoy la legitimación del juez para la integración del derecho (al haberse rechazado la originaria idea de que su función era puramente la subsunción), ya no hay necesidad de enmascarar so capa de interpretación lo que no es tal sino desarrollo judicial del derecho (66).

De la polémica clásica entre objetivistas y subjetivistas cabe extraer en lo que a la cuestión de los materiales se refiere algunas conclusiones:

a) De un lado, el *cambio de función de los materiales*: De fuente del derecho a fuente de conocimiento científico del derecho. Quizá la aportación fundamental de la crítica objetiva haya sido provocar un cambio definitivo en la consideración de los materiales prelegislativos. En manera alguna se consideran ya como manifestación vinculante para el juez de la voluntad del legislador. Se asumen, por el contrario, como medio auxiliar que facilita información más o menos fiable sobre la génesis de la ley y los problemas que con su promulgación se trataron de resolver (67).

b) Pero objetivismo y subjetivismo tienen mucho en común. La polémica no sirvió para dar un paso ulterior y quedó por aclarar la relación que media entre la *explicación* (histórica) de la ley y su

(63) Sino precisamente con la doctrina de la voluntad del legislador. En ocasiones se pretende contraobjetar a los tres argumentos considerados en el texto diciendo que el concepto de ley delimita el *objeto* de la interpretación, pero no los *medios* con que se lleva a cabo. En realidad ello no salva la objeción relativa, en el fondo, a lo que se puede tener en cuenta para legitimar la decisión judicial. En el mismo sentido v. Jürgen Rödig, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahren. Die Grundlinien des zivil-, straf- und verwaltungsgerichtlichen Prozesses*. Berlin. Heidelberg. New York. Springer Verlag, 1973, parágrafo 64.5, pp. 291-292. En la doctrina civil la combinación de los principios *subjetivo* y de *rigor formal* se da específicamente en el testamento (arts. 675 y 687 C. c.). En esa sede se usa la distinción «objeto-medios» de la interpretación diciéndose que la declaración de voluntad (la «disposición» dice el art. 675) debe caer del lado del objeto.

(64) HECK, *Gesetzesauslegung* (n. 50), 88.

(65) HASSOLD, «Wille des Gesetzgebers» (n. 42), 205-209. Ya antes, HECK, *Gesetzesauslegung* (n. 50), 62.

(66) BADEN, *Regelungsgehalt* (n. 11), 390.

(67) HECK, *Gesetzesauslegung* (n. 50), 111. Para el resto de la doctrina contemporánea al autor v. HONSELL, *Historische Argumente* (n. 8), 56 y para la actual, 186 y ss., así como MEIER-HAYOZ, «Die Bedeutung» (n. 42), 213 y ss., STROMHOLM, *Legislative material* (n. 7), 218, y BADEN, *Regelungsgehalt* (n. 11), 391-392.

aplicación (judicial). Aparte de la vaga manifestación —compartida por objetivistas y subjetivistas moderados— según la cual el conocimiento de la génesis de la ley puede coadyuvar a su mejor aplicación judicial, la mayor parte de la doctrina acabó por reducir el tema de los materiales al carácter de un *tópico interpretativo más*, otro elemento del arsenal de tópicos usado por la dogmática jurídica a la hora de justificar tal o cual solución propuesta. Los autores se manifiestan como objetivistas, subjetivistas o admiten seguir una dirección intermedia, pero, en la práctica, el uso de los materiales es algo que se asume como un simple argumento más a «ponderar» con los restantes (68). Como se ha dicho, la justificación de su uso acaba por ser puramente pragmática: en el fondo nadie está dispuesto a renunciar *a priori* al uso de un argumento que le podría ser de utilidad para, dado el caso, defender tal o cual propuesta interpretativa concreta (69). La dogmática triunfa así sobre la historia y consigue asimilarla reduciéndola a su propia manera de analizar el derecho.

c) Cuál es entonces la función de los materiales de la ley en la *doctrina del medio auxiliar* o, en otras palabras, cuál es la caracterización de ésta es algo que se responde aludiendo a una serie de cánones heurísticos propugnados por la doctrina dominante para la consulta y valoración de los materiales:

c.1.) De entrada, se advierte sobre la relativa *arbitrariedad* de la distinción entre *materiales prelegislativos* y otros antecedentes históricos que a lo sumo se justifica por la mayor proximidad de aquéllos al texto definitivo y a sus redactores, así como por una comunidad de técnicas de elaboración. Abandonada la teoría del pacto no hay por qué privilegiar aquellos documentos que resultan identificados exclusivamente por la normativa vigente en tema de legislación (o por la normativa *ad hoc* para la ley de que se trate)) pretiriendo en cambio otros que se producen al margen de aquélla, pero que pueden tener influencia determinante en la génesis y redacción del texto legal (procedentes de la actividad extraparlamentaria de grupos sociales o políticos) (70). Con todo, la especificidad de los materiales en relación al general argumento histórico se ve legitimada desde el punto de vista

(68) Así, la historia se pone literalmente al servicio de la dogmática. Para lo que es prácticamente un intento de asimilación de la interpretación histórica a la interpretación jurídica (entendida ésta en clave hermenéutica) v. COING, *Staudinger. Allgemeiner Teil* (n. 11), *Einleitung*, parágrafo 134 d: «... eine schroffe Gegenüberstellung der historischen und der objektiven (technischen) Auslegung sinnwidrig wäre. Jede Auslegung hat ihre Berechtigung, und beide Arten der Auslegung sind auf das innigste verknüpft, denn die historische Auslegung vermag ebenso zum objektiven Gehalt eines geistigen Werkes hinzuleiten, wie umgekehrt die Einsicht in den objektiven Gehalt dieses Werkes seine historische Eigenart zu erhellen vermag».

(69) HONSELL, *Historische Argumente* (n. 8), 54: «Man ist nicht bereit generell auf ein Argument zu verzichten, das ein andermal nützen könnte».

(70) Para ello se ha recurrido al concepto de legislador informal (*informelle Gesetzgeber, Gesetzemacher, law maker*) en oposición al de legislador formal que es el constitucionalmente identificado como tal: NOLL, *Gesetzgebungslehre* (n. 55), 44 y ss.

del análisis del proceso legislativo, de la legislación y no ya sólo de la ley. El estudio de los distintos proyectos y soluciones propuestas y discutidas pone de manifiesto la evolución hacia el texto definitivo y contribuye a poner en evidencia los cambios técnicos y de contenido. Desde esa perspectiva, el argumento de los materiales mantiene una autonomía propia.

c.2) Dentro ya de lo (que para cada derecho nacional en cada momento histórico) sean materiales en sentido estricto, la doctrina ha recalado siempre su *heterogeneidad*, la diferente valoración que merecen por parte del intérprete (71).

— En función, primero, de sus *protagonistas*. Algún autor ha distinguido al efecto entre *técnicos* y *políticos*. Los primeros (funcionarios ministeriales, juristas miembros de comisiones asesoras, letrados de las cámaras, etc.), tienden a instrumentar jurídicamente propuestas de política concreta que luego, a su vez, pasan normalmente a una nueva fase de discusión política retornando de nuevo en ocasiones a los técnicos (72).

En ese contexto, quien tienda a considerar los materiales como un dictamen de expertos, privilegiará los primeros, mientras que quien se acerque más a posiciones subjetivistas o, recordando la teoría del pacto, acentúe el carácter de decisión política de los textos que llevan a la ley, favorecerá una consideración más preferente de los materiales del segundo tipo, de los provenientes de los representantes políticos (73).

— En función, ulteriormente, de su *contenido* y *finalidad*. Se distingue entre textos *descriptivos* (*descriptive texts*) o documentos que recogen el proceso legislativo propiamente dicho: deliberaciones y debates, por ej.; *motivaciones* o *exposiciones de motivos* (*motivating texts*), así como *preámbulos* que normalmente se publican precediendo al texto legal y *textos explicativos* (*expounding texts*) o comentarios técnicos al proyecto (74). Sólo los primeros se han considerado algunas veces como materiales prelegislativos, pero no hay razón para no considerar los segundos aunque el hecho de que normalmente se publican junto con la ley introduce algún carácter diferencial en nuestra definición jurídica. Y, desde luego, hay que tener en cuenta los terceros, últimamente más frecuentes que en épocas pasadas. Sin embargo, se señala siempre que su valor depende de la relación del documento considerado con el texto final de la ley del que, en ese sentido, está en fun-

(71) En detalle: BADEN, *Regelungsgehalt* (n. 11), 388-399. Ello siempre ha sido esgrimido como un argumento en contra de los peligros de su uso en la interpretación jurídica: la diversidad de los materiales da pie a la multiplicación de interpretaciones encontradas de un mismo texto legal.

(72) STRÖMHLIM, *Legislative material* (n. 7), 189 y ss.

(73) Dado el predominio actual del objetivismo moderado, es mayoritaria la primera opinión. Se recalca también la normal ausencia de discusión parlamentaria real de los proyectos gubernamentales en los casos en que hay mayorías parlamentarias claras en las Cámaras. V. STRÖMHLIM, *Legislative material* (n. 7), 218.

(74) STRÖMHLIM, *Legislative material* (n. 7), 186 y ss.

ción. Esta es la doctrina tradicional en tema de motivaciones y con mayor razón se considera aplicable en los otros dos casos.

No sólo el contenido, sino también la finalidad perseguida originariamente por los tres tipos de textos citados, es también de importancia: muchas veces los textos explicativos se limitan a ser documentos de trabajo de carácter interno de las cámaras o comisiones parlamentarias. No se consideran ni por sus autores ni por sus propios destinatarios como textos destinados a su uso posterior por el juez (75). Tampoco, por otra parte, tienen normalmente esa destinación los materiales que forman los textos descriptivos: recogen un debate político, no son una guía para la aplicación del derecho. Sólo, por último, las motivaciones y preámbulos pueden, aunque sin ninguna vinculación, considerarse desde ese punto de vista (76).

c.3) También es común distinguir entre el papel que juegan los materiales en la interpretación de las *leyes recién promulgadas* y el que les corresponde en la de las *antiguas* —como son la mayor parte del contenido de los códigos civiles vigentes— (77). Es tradicional recalcar su importancia cuando la ley es nueva y no está todavía acompañada de una larga tradición doctrinal y jurisprudencial y no han cambiado las circunstancias históricas. Con el tiempo, en cambio, irían normalmente perdiendo trascendencia.

Pero hoy, más que usar de la distinción citada para afirmar la mayor utilidad de los materiales durante los primeros años de vigencia de la ley por oposición a cuando ya lleva décadas en vigor, se tiende a señalar que al principio los materiales juegan primariamente un papel dogmático mientras que luego asumen uno que ya es solamente (o preponderantemente) histórico: Fijan el marco histórico de la ley, aclaran los usos lingüísticos de la época de su promulgación o las razones que entonces se adujeron como justificativas de su tenor. Con cierta simplificación se puede decir que los materiales asumen durante los primeros tiempos el papel que les atribuye el subjetivismo clásico, pero luego cobran el atribuido por el objetivismo.

c.4) También se distingue en función de que los materiales *estén o no publicados*, así como del tipo de publicación de que, en su caso, se trate. Desde Thibaut se hace hincapié en que el descubrimiento histórico, el redescubrimiento y publicación de textos o documentos inéditos o no divulgados en su día u olvidados son cosas que mejoran tal vez nuestro conocimiento histórico pero que no modifican la interpretación dogmática. La administración de justicia, se dice, nada tiene que ver con una jurisprudencia anticuaria (78).

(75) A ello coadyuva no sólo su normal referencia al texto definitivo sino también el hecho de que se publican junto con la ley. Véase, para la doctrina reciente sobre estas cuestiones, HONSELL, *Historische Argumente* (n. 8), 186 y ss.

(76) Por su publicidad.

(77) BADEN, *Regelungsgehalt* (n. 11), 403; HONSELL, *Historische Argumente* (n. 8), 106.

(78) Es el texto de THIBAUT que encabeza este trabajo, *Theorie der logischen Auslegung* (n. 4), parágrafo 9, p. 30.

V. EL NEOSUBJETIVISMO

La concepción que reduce los materiales prelegislativos a medio auxiliar, al carácter de un tópico más a usar y ponderar en el marco de la interpretación jurídica, manifiesta el predominio actual de versiones moderadas de la doctrina objetiva de la interpretación. Sin embargo, el apunte que aquí se ha hecho de la polémica histórica sobre los materiales quedaría incompleto si no se aludiera a una serie de autores que recientemente ha tratado de nuevo de revalorizar la doctrina subjetiva de la interpretación y que lo ha hecho de una forma marcadamente radical (79).

Esta corriente *neosubjetivista* sostiene que el objetivo de la interpretación es la investigación de la voluntad del legislador histórico, la averiguación del sentido que éste dio al texto legal. En general, se entiende que la expresión «legislador» hace referencia a los órganos a los que en cada momento se atribuye constitucionalmente la función legislativa (80). La interpretación jurídica se concibe así como pura interpretación histórica: averiguación de un hecho histórico que puede en principio ser investigado con los medios y métodos que ofrece la ciencia histórica. La interpretación deviene una actividad puramente cognoscitiva; los enunciados legales entendidos en el contexto en que se formularon y en función de cómo los entendieron sus formuladores y de las finalidades por ellos pretendidas tal y como resultan de la *Entstehungsgeschichte* y del contexto histórico de la ley es lo que debe tenerse en cuenta a la hora de la interpretación. Los límites de la interpretación son los de la interpretación histórica. Todo lo demás cae del lado de la integración, del desarrollo o desenvolvimiento judicial del derecho. Ello supone una restricción del ámbito de la interpretación con respecto a lo que defiende la doctrina dominante que es moderadamente objetivista (tesis del significado usual de las expresiones legales, del significado literal posible, de la compatibilidad de

(79) Jürgen RÖDIG, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahren* (n. 63), parágrafo 64, pp. 279 y ss. Eberhard BADEN, *Gesetzgebung und Gesetzanwendung im Kommunikationsprozess. Studien zur juristischen Hermeneutik und zur Gesetzgebungslehre*. Baden-Baden. Nomos Verlagsgesellschaft. 1977, 57 y ss. Wolfgang FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*. Band IV. Dogmatischer Teil. Tübingen. J. C. B. Mohr. (Paul Siebeck). 1977, 360. Wilfried BOTTKE, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten*. Ebelsbach, 1979, 232 y ss. HASSOLD, «Wille des Gesetzgebers» (n. 42) y en *Strukturen der Gesetzesauslegung. Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983* (Hrsg. vom Claus-Wilhelm CANARIS und Uwe DIEDERICHEN). München. Beck. 1983, 211 y ss. Rainer HEGENBARTH, *Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik. Dargestellt am Beispiel der Lehre vom Wortlaut als Grenze der Auslegung*. Königstein/Ts. Athenäum. 1982, 171 y ss. Recoge y confronta opiniones neosubjetivistas la obra de HONSELL, *Historische Argumente* (n. 8), 172 y ss.

(80) Hay excepciones marcadas como, por ej., HASSOLD, «Wille des Gesetzgebers» (n. 42), 207. Cfr. lo que se señala en la nota 58 de este trabajo y en el texto correlativo.

la interpretación propuesta con el significado posible, etc.) (81): Cuando el intérprete se limita a desentrañar el sentido histórico de una expresión legal, realiza, se nos dice, una actividad puramente cognoscitiva. Mas cuando, por ej., entra en el campo de los significados literales posibles y propone alguno de ellos, entonces lleva a cabo una actividad valorativa, integradora de derecho y no interpretativa como, en cambio, sostiene el objetivismo (82).

Los argumentos del neosubjetivismo son básicamente dos:

a) *Argumento de la cientificidad*: La interpretación en clave subjetiva permite la posibilidad de contrastar en términos de verdad o falsedad los resultados de la actividad del intérprete *qua* intérprete. Estos pueden ser criticados racionalmente por referencia a los hechos históricos sobre los que versan.

En cambio, la doctrina objetiva no admite ese control: al señalar que la ley debe entenderse al margen del contexto histórico en que surge, se pierde el contacto con un conjunto de hechos históricos que podrían servir de medios de control del discurso del intérprete. Este es, diferentemente, juzgado en términos de corrección o adecuación a valores, justicia o aceptabilidad de la solución propuesta. Además se desdibujan los límites entre interpretación e integración, presentándose ésta como si fuera aquélla (83).

Con ello se abren las puertas no al arbitrio judicial —pues éste se asume como inevitable—, sino al arbitrio judicial indiscriminado e incontrolado, porque al presentarse como interpretación lo que es integración no pueden entrar en juego los límites y condicionamientos legales de esta última (84).

Los neosubjetivistas remachan: sólo si se admite que la ley ha de ser entendida históricamente, cabe controlar racionalmente la interpretación. Quien no quiere saber lo que hace, hace bien en evitar la historia del surgimiento de la ley (85).

No es que niegue un espacio a la integración. El neosubjetivismo no niega eso ni, por supuesto, su necesidad y su conveniencia. Pero no hay que llamar interpretación al desarrollo judicial del derecho, y éste comienza donde acaba la interpretación histórica.

Mas la objeción que usualmente se formula es entonces: la relación del juez con la ley en cada derecho nacional no es un problema *me-*

(81) Véase sobre todo esto la crítica de HEGENBARTH, *Juristische Hermeneutik* (n. 79), 33 y ss., 123 y ss., 159 y ss.

(82) HEGENBARTH, *Juristische Hermeneutik* (n. 79), 140. La crítica a esta confusión de límites es entonces obvia: «Die 'objektive Methode' vermag die Eigenwerung nicht zu ersetzen, aber sie kann sie klandestineren». *Ibidem*, 198.

(83) Como causas de ello se destacan a veces la sobrevaloración del papel de la ley como instrumento de regulación de las relaciones sociales y la mitificación de la doctrina de la división de poderes. Véase al respecto BADEN, *Gesetzgebung* (n. 19), 18 y ss.

(84) HASSOLD, «Wille des Gesetzgebers» (n. 42), 205-207.

(85) «Wer nicht wissen will, was er tut, tut gut daran, die Entstehungsgeschichte zu meiden». HEGENBARTH, *Juristische Hermeneutik* (n. 79), 197.

metodológico sino un problema *normativo*. El neosubjetivismo parece confundir el problema metodológico de cuál sea la mejor explicación (histórica) de la ley con el normativo de cuál sea la más correcta aplicación (judicial) de la misma. La distinción entre interpretación e integración y los límites de ésta no pasan por donde dice el neosubjetivismo sino por donde lo señalan los distintos ordenamientos vigentes. Frente a esa objeción se aduce el segundo argumento:

b) *Argumento de la seguridad jurídica*. En los regímenes constitucionales y democráticos contemporáneos el neosubjetivismo es la única dirección compatible con los principios constitucionales. La idea de Estado de Derecho (art. 1.1 Const.), la seguridad jurídica (art. 9.3 Const.), la separación de poderes y la vinculación del juez a la ley (art. 117.1 y 3) postulan que los límites entre interpretación e integración queden correctamente definidos, es decir, que todo lo que suponga desarrollar el derecho más allá de la previsión legislativa originaria conste como integración y, como tal, quede sometida a sus reglas (cfr. arts. 3.2, 4.1 y 4.2 C. c.) (86).

¿Qué concluir ante esto? Desde luego, que el neosubjetivismo pone en evidencia con mayor claridad que la doctrina dominante de la interpretación aquellos casos en los que el juez desarrolla el derecho parece algo innegable. En ese sentido, la principal aportación de esa corriente consiste tal vez en haber contribuido a deslindar con mayor sinceridad las fronteras entre interpretación e integración.

Mas no es cierto que todas las doctrinas objetivas abran las puertas al *arbitrio judicial incontrolado*. Lo único que sucede es que las doctrinas objetivas dan pábulo a los *cambios de interpretación de un mismo texto legal*: Cualquier posición objetivista que, por ej., suponga que el juez está primariamente vinculado al sentido de los textos legales que resulta de los usos lingüísticos mayoritarios de la colectividad (o de un sector de ella) ofrece tantos o más elementos de juicio en términos de verdad o falsedad que la posición neosubjetiva. Y, desde luego, eso no concede mayor arbitrio al juez que la propuesta de convertirle primariamente en historiador.

Por otra parte la posición neosubjetiva que apunta que al legislador formal (al constitucionalmente legitimado para legislar) como clave de la interpretación no hace en ocasiones otra cosa que reproducir la teoría del pacto y, consiguientemente, se presta a las mismas críticas a que ésta fue sometida (87).

(86) Cfr., por ej., HASSOLD, «Wille des Gesetzgebers» (n. 42), 204-205 y *Strukturen der Gesetzesauslegung* (n. 79), 217.

(87) En ocasiones las similitudes de las propuestas neosubjetivas y la teoría del pacto de v. WÄCHTER son casi literales. Cfr., por ej., BADEN, *Gesetzgebung* (n. 79), 60: «Mit der Gesetzesvorbereitung im Rahmen des Regierungsapparates ... wird eine der wichtigsten Grundlagen der späteren Gesetze geliefert. Die parlamentarischen Gremien ... bauen auf dieser Grundlage auf; dies rechtfertigt die *Vermutung*, dass sie im Entwurf vorgegebenen Daten in toto vom Gesetzgeber übernommen werden, soweit nicht noch Änderungen vorgenommen werden. Der Feststellung einer expliziter Übernahme des von aussen an das Parlament herangetragenen Gedankengutes bedarf es nicht».

Mas, quizá, la objeción principal al neosubjetivismo deriva de la falta de justificación del argumento aducido supra sub b): la regulación de la aplicación judicial del derecho no parece pasar, en cuanto a la diferencia entre interpretación e integración, por la vinculación al juez al sentido histórico de la ley en sede de interpretación. Rechazada la acusación de que el objetivismo conlleva necesariamente la imposibilidad de controlar el arbitrio judicial, el argumento neosubjetivista de la seguridad jurídica pierde su base (88). En ese sentido el neosubjetivismo no parece ser una dirección encaminada a sustituir a la doctrina del medio auxiliar.

Recuérdese ahora v. WACHTER, *Auslegung* (n. 12), 245: «Ist eine Stelle des von der Regierung vorgelegten Entwurfes von der Ständen geradezu angenommen worden: so ist vorauszusetzen, dass sie in dem Sinne angenommen worden sey, der ihr die *Regierung* beilegte. In einem solchen Falle kann und muss daher der Sinn des Gesetzes aus den von der Rgierung bei den Ständen über die Stelle gaben, entnommen werden».

(88) De hecho, si algo enseña la historia es que tanto el subjetivismo como el objetivismo han sido considerados, según las épocas, como instrumentos de la autocracia. Citas en HONSELL, *Historische Argumente* (n. 8), 25, 43, 183; MEIER-HAYOZ, «Die Bedeutung» (n. 42), 216; ENGISCH, *Einführung* (n. 42), 94-95 y HASSOLD, «Wille des Gesetzgebers» (n. 42), 203-204. Si el subjetivismo ha sido considerado como la doctrina interpretativa de la monarquía absoluta o de la dictadura, el objetivismo lo ha sido como una concepción antiliberal y antiparlamentaria del derecho que ha servido para legitimar interpretaciones arbitrarias y autoritarias de los viejos códigos liberales. La crítica ideológica muestra aquí su inanidad.

El Prof. Federico de Castro y el Derecho natural

Por JUAN VALLET DE GOYTISOLO

La catedral jurídica que edificó el Profesor FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO —al decir de LUIS FIGA FAURA—, resulta más imponente cuanto mayor es el detenimiento con que la contemplamos y examinamos su sólida arquitectura y la inconmensurable riqueza de los retablos de la mejor artesanía que contiene. La profundidad y firmeza de sus cimientos, la disposición y solidez de sus pilares, la perfección y armonía de sus arcos, la altura de sus cúpulas, y la entonada luz solar que captan sus amplias y bien orientadas vidrieras la dotan de inmenso valor para el gozo, asombro, enriquecimiento intelectual y reflexión profunda de quienes se adentran en ella, para contemplarla desde su transparencia interior

En mi examen admirativo de su trabazón y armonía no puedo dejar de ver cuanto dependen éstas de la plenitud y pureza del iusnaturalismo que le da forma y estructura, la cimenta firmemente en el suelo y la abre a la luz del cielo que penetra a raudales a través de las vidrieras de sus ventanales alargados hacia el firmamento, al que proyecta su aguda y elevada cúpula.

Es preciso, pues, para conocer en su esencia el pensamiento jurídico del Prof. FEDERICO DE CASTRO, examinar su concepto del Derecho natural y la función que le asigna en el alumbramiento, y para juzgar la legitimidad, integración e interpretación del derecho positivo.

I. EL DERECHO NATURAL Y EL CONCEPTO DEL DERECHO

En el primer epígrafe del primero de los capítulos del primer volumen de la Parte General de su *Derecho Civil de España*, DE CASTRO, con su inmovible vigor intelectual, plantea que, «a pesar de las dificultades de la tarea, es necesario precisar el concepto del Derecho al comenzar el estudio del Derecho civil». Rechazando el «peligro de una cómoda abstención» y señalando el «deber de buscar las raíces del derecho», acucia: «Nuestros legisladores trataron siempre de señalar el origen y el porqué de sus mandatos, y nuestro pueblo exige conocer la razón de su obediencia. Muchos

errores legislativos y la falta de confianza popular en las leyes se han debido a olvidar o desconocer la finalidad esencial del Derecho» (págs. 11-12). Ahí radica, que «el temor, el sufrir o el ver padecer mandatos coactivos injustos e inmorales, revestidos del nombre de ley, ha hecho sentir a muchos juristas educados en la concepción positivista del Derecho su trágica insuficiencia y les ha hecho buscar un criterio que permita distinguir entre el mandato arbitrario acompañado de amenaza y el verdadero Derecho». Esto aceleró, en los años de la última postguerra mundial, «el movimiento de *vuelta al Derecho natural*» (pág. 28).

Esa inquietud no pudo escapar al «espíritu crítico de los griegos» que «señaló pronto la distinta naturaleza de las reglas denominadas con la palabra Derecho; SÓFOCLES centra alguna de sus tragedias en el conflicto entre el Derecho meramente humano, el mandato del príncipe (νόμος) y el Derecho divino o ley no escrita (ἀγραπτα νόμος) y esta misma oposición será presentada todavía por los socráticos como a máxima novedad teórica. Pero son los cristianos, viviendo en el mundo pagano y hostil, los que tuvieron desde el primer momento que separar al Derecho estatal del derecho Divino» (pág. 31).

II. PLENITUD DE PERSPECTIVA EN LA VISION ONTOLOGICA DEL DERECHO NATURAL

Hace años que recibí, desde Génova, dedicado, con fecha 27 de abril de 1970, por su autor, otro querido amigo y maestro, el Prof. MICHELE FEDERICO SCIACCA, su recién aparecida obra, *L'oscureamento dell'intelligenza*. Este libro comienza con este párrafo:

«Entre todas las cosas, la más difícil es practicar la invisible medida de la sabiduría, que sólo tiene en sí los límites de todas las cosas»; saberlas medir, según SOLÓN, es la justicia.»

La falta del sentido de nuestra no autosuficiencia, es decir, de la medida de nuestros límites como seres finitos, depara el obscurcimiento de la inteligencia, según observa SCIACCA.

La medida de nuestra inteligencia dimana «de un nexo de *vínculos* con nuestros semejantes, las cosas, Dios». La existencia del hombre, como ser finito con relación al Infinito a Dios: «lo vincula a lo real como ser *en* el mundo y lo destaca como ser *por* Dios al que se halla ontológicamente vinculado como a Otro distinto de él». La inteligencia consiste en comprender estos límites, que le permiten captar «los entes en su ser, en su verdad»: y, con ello, «ilumina y mide la razón, y la señala los límites»; y hace que esa razón sea «racional», siempre que «no se haga a sí misma principio de la verdad y de toda verdad», sino que reconozca los vínculos «hombre-mundo y hombre-Dios».

La pérdida de estos límites —sigue SCIACCA— «obscura la inteligencia y hace estúpida la razón», y también a la voluntad

y a los sentimientos, y aliena al hombre en la andadura de su pensamiento y de su voluntad fuera de los límites.

Esta profunda reflexión me impulsó a proponer, cinco años más tarde, como tema general de la XIV Reunión de amigos de la Ciudad Católica, *La sociedad a la deriva*, señalando en uno de sus subtítulos, *Perspectivas incompletas*. En ella desarrollé la ponencia *Perspectivas incompletas y acción uniformante total*. La pérdida del sentido de la trascendencia y de la intelección del orden insito en universo por su Creador ha distorsionado, dislocado y segmentado la percepción, y ha traído que diversas visiones parciales luchan por imponerse de un modo uniformante y totalizante.

Muchos años antes, en su *Parte General*, con referencia al Derecho, había observado FEDERICO DE CASTRO ese fenómeno:

«Numerosísimos son los conceptos que del Derecho nos ofrece la doctrina, a pesar de que el verdadero sólo es y puede ser uno. La razón de ello se encuentra en que las modernas teorías consideran al Derecho desde puntos de vista parciales y, por ello, necesariamente falsos. La desmoralización que se producirá entre los filósofos del Derecho llega a ser tal, que algunos se resignan con la conclusión —usando un término de ORTEGA Y GASSET— de que el Derecho es una u otra cosa según la perspectiva desde la que se le mire» (págs. 12 y s.).

«Una idea firme del Derecho —dice, enseguida— sólo puede obtenerse en base del Derecho natural.»

¿Cómo se llegó a su conocimiento? La atisbaron algunos filósofos griegos. DE CASTRO recuerda la contraposición de la escuela órfica con los sofistas y los epicureos; entre los que mantenían la supremacía de las leyes no escritas promulgadas por los dioses (SÓFOCLES, SÓCRATES) y quienes sostenían soluciones revolucionarias, propugnando la implantación de normas ideales (ALQUINIADES, EMPÉDOCLES, el mismo PLATÓN), y el más dudadero influjo de la escuela de Zeno, con su aspiración al Estado ideal, sin límites nacionales, basado en ideas de humanitarismo y cosmopolitismo. Escuela estoica que atrajo a ilustres romanos (Cicerón, Séneca, Marco Aurelio) que, basándose en la *humanistas*, convirtieron el pensamiento estoico «en vehículo doctrinal de lo *civitas máxima*, superadora de la diversidad de los pueblos», con la que asentaron «la voluntad imperialista romana».

Fue el cristianismo el que, explica DE CASTRO, «frente a la inseguridad doctrinal griega, declara a *lex aeterna* base inmovible del Derecho». En el medievo: «Adquiere dignidad de *corpus* el Derecho canónico (nuevas normas con un nuevo espíritu), se transforma el romano en *ius commune* (letra justiniana interpretada en sentido cristiano), se erige sólida fortaleza a la doctrina católica en la *Summa Theologica* de SANTO TOMÁS, y se trata de articular la vida de los pueblos según el espíritu católico, como, por iniciativa de SAN FERNANDO, se procurará realizar en las Siete Partidas.

«Durante la Edad Media no hay duda respecto a la subordinación del Derecho positivo al Derecho natural; AZO considera tan evidente la unión entre Derecho y moral, que piensa que el *Codex* "supone la filosofía ética, porque trata de las costumbres, así como todos los libros legales", y en los textos jurídicos. canónicos y civiles se consigna expresamente la supremacía de la Ley de Dios sobre la ley humana. El inmenso y siempre actual valor que tiene nuestra literatura jurídica y teológica de los siglos XVI y XVII está en haber sabido conservar esta tradición y en haberla defendido y enriquecido frente al modernismo renacentista» (pág. 14).

Con referencia a España —dice unas páginas después— la inspiración de SAN ISIDRO DE SEVILLA y la unión bajo las mismas leyes de la nobleza goda y la masa de hispanorromanos para la realización del ideal católico, «hace que el Fuero Juzgo, nuestro primer gran texto legal, contenga en germen los principios señeros que han de caracterizar a toda nuestra legislación: subordinación del Derecho humano a la Justicia divina; unidad orgánica de todo el Derecho bajo los principios de comunidad y personalidad; respeto a la personalidad humana, concediéndose valor primario a la honra y dignidad; organización de la familia en una estricta unidad jerárquica, pero sin que desaparezca la personalidad de la mujer y de los hijos; subordinación de las conveniencias del tráfico a los dictados de la Moral» (pág. 155).

Seis siglos después, el Código de las *Siete Partidas*, debidas a la iniciativa de SAN FERNANDO y concluidas por ALFONSO X EL SABIO: «Responde al ideal católico de la Edad Media. No se considera al interés como fin ni a su protección como la función del Derecho. El Derecho humano no es independiente ni obra libre del príncipe. Derecho objetivo y derechos subjetivos existen o se atribuyen sobre la base de su sumisión al Derecho divino. La organización de la sociedad aparece como una red de mutuas relaciones que, presidida por Dios y sus Santos, une en una cadena jerárquica al Pontífice, al emperador, a los reyes, a los príncipes, y que comprende hasta al último vasallo; las leyes, reglas y privilegios que los subordinan entre sí, los juntan y aúnan, porque la ley humana es sólo reflejo de la universal y eterna Ley divina».

No son, advierte DE CASTRO, una copia del Derecho romano, como se ha dicho; «La diferencia esencial está en que se parte de una idea de la vida distinta de la romana; su primera fuente son las "palabras de los Santos" y sólo después "los dichos de los sabios"; el conjunto de sus disposiciones se halla impregnado del espíritu católico; el ordenamiento jurídico se concibe como un todo orgánico; el fin supremo del libro es ayuntar el amor del hombre con Dios por medio de la fe, y a los hombres unos con otros, por la Justicia y la verdad; es cierto que el legislador no puede ser obligado "por premia", pero está vinculado por es-

trictos deberes morales y jurídicos, respecto de sus naturales, de sus vasallos y de la Patria» (pág. 158).

En la literatura teológica y jurídica de los siglos XVI y XVII, señala la «íntima conexión entre el Derecho y su base teológica». «Pocos —dice— eran los civilistas que no eran también buenos conocedores del Derecho natural; pero son los teólogos los que crean las bases filosóficas de nuestro Derecho, en lo que se ha llamado la escuela española de Derecho natural. Esta dependencia respecto al pensamiento eclesiástico no imprime a la doctrina —como se ha creído— un carácter monjil y timorato, ni origina un espíritu de "oscurantismo", servil hacia hombres y teorías; todo lo contrario, se escribe con un estilo tan recio, que parece hoy extrañamente bronco, con una libertad en el planteamiento de hipótesis sorprendente para la mojigatería moderna y una originalidad y personalidad en las ideas de osadía máxima. El cuerpo de sus doctrinas es una defensa ardiente de los derechos y libertades de la persona; el valor de la Justicia se eleva, la obediencia a las leyes, los deberes de las autoridades encuentran una base trascendente en la Religión y en la Moral; ella, a su vez, otorga a los razonamientos de los autores una fuerza tan grande que les hace enfrentarse, con energía, sin ejemplo, e incluso pedir cuentas, a monarcas y autoridades, del modo cómo usan sus prerrogativas en beneficio del bien común. La altura de su punto de mira les permite sacudir los excesos del secular respeto hacia el Derecho romano señalar sin pasión, pero con seguridad, sus limitaciones y defectos, y poder ver y proclamar con autoridad las excelencias y virtudes de la legislación española.

»La influencia de esta corriente es hondísima; no queda reducida a los teóricos, sino que se nota, y de modo especialmente enérgico, en las obras escritas para los prácticos, como en las instrucciones y estilos publicados para escribanos y jueces. Contribuyen a generalizarla otros libros de vulgarización, publicados como los anteriormente aludidos también en castellano y destinados a dar a conocer a todos, especialmente a los comerciantes, el valor moral de las distintas reglas y actos jurídicos» (páginas 174 y s.).

III. LA DESINTEGRACION DE ESA PERSPECTIVA ONTOLOGICA, SU DESTRUCCION Y SUS CONSECUENCIAS JURIDICAS

FEDERICO DE CASTRO, en unos párrafos memorables, explica ese fenómeno destructor:

«El Renacimiento, con su culto al individuo y su admiración ilimitada a la cultura pagana, y el protestantismo —su hijo natural—, con su doctrina de la libre interpretación, dejarán un campo bien abonado para toda nueva doctrina contraria a la objetividad del Derecho. El humanismo —fuente tan rica, por

otra parte, de aportaciones culturales— fue instrumento tan eficaz como el protestantismo y la filosofía heterodoxa, para quebrantar la gran ciudadela de la doctrina católica, al poner fuera de moda a la escolástica; acarreando, con su ironía de la forma pesada, pero segura, de la *schola*, un injustificado descrédito para su dogmática. Los teóricos acudirán a todos los caminos; comienza una larga época de desorientación para la Humanidad, en que tantos hombres se separan y separan el Derecho de Dios y se debaten en afanosa e infructuosa búsqueda de sombras y fantasmas.

»La situación a que llegará la doctrina jurídica moderna es la resultante de una serie de crisis del pensamiento europeo, de distinto carácter y origen, que coinciden sólo en sus pretensiones de reemplazar la concepción cristiana de la vida. Sus manifestaciones principales parecen ser: 1.^a La teoría nominalista de GUILLELMO DE OCCAM (1300-1350), mediante la que se intentará separar la Ley eterna de la naturaleza y de la sociedad. 2.^a La indicación de HUGO DE GROOT (1583-1645), de que la Ley natural "no dejaría de tener lugar en manera alguna, aunque se admitiese —lo que no se puede admitir sin máximo crimen— que no hay Dios o que no se cuida de los asuntos humanos", que abrirá la puerta a las construcciones de Derechos racionalistas, desconectados de la ley eterna. 3.^a La concepción protestante de la independencia completa del Derecho positivo humano del divino y natural, expresada por LUTHER (1483-1546), diciendo: "Si eres un príncipe, caballero, señor, etc., y tienes gentes debajo de ti y quieres saber lo que te corresponde, no lo preguntes a Cristo, sino al Derecho del país y al Derecho del imperio; ellos te dirán cómo portarte y valorar a tus súbditos." 4.^a La desconexión entre el Derecho y la política, que predica MAQUIAVELLO (1469-1527), diciendo: "Cuando se trata de la salvación de la patria, no caben consideraciones sobre lo justo y lo injusto"» (págs. 14 y s.).

Las consecuencias de esa desintegración las repite en diversas páginas de su libro.

«En cualquiera de los momentos de la Historia en que se ha separado la idea de Derecho del Derecho natural, ha sido inmediatamente puesta al servicio de doctrinas y partidos políticos. La política se degrada en partidismo y la naturaleza misma del Derecho se hace depender de los intereses y conveniencias de grupo» (pág. 13).

«Desconocida la base última del Derecho, todas las aspiraciones ilegítimas, todos los partidos, procurarán aprovecharse de esta situación; se da al Derecho el sentido que conviene a cada uno y se trata de utilizar, en beneficio de intereses egoístas, la fuerza inmanente de la idea de Derecho. Dos rutas principales se seguirán: la doctrina del absolutismo, para justificar todos los actos del soberano, y la del liberalismo individualista, amparando el

arbitrio del individuo y justificando su rebelión contra el Estado» (pág. 15).

De esa constante repetición de semejantes consecuencias, originadoras de posiciones parciales, con pérdida de la perspectiva jurídica plena, señala DE CASTRO reiterados ejemplos:

«Cortada toda conexión con el Derecho divino, las concepciones del Derecho irán a la deriva de las ideas políticas. Los hugonotes franceses (en su condición de minoría) señalaron como finalidad del Derecho la libertad de cultos; los liberales le convertirán en defensor de la libertad del individuo y de sus derechos frente al Estado; los conservadores alemanes lo harán uno con la tradición encarnada en el espíritu del pueblo; el absolutismo real identificará al Derecho con la voluntad del soberano; el absolutismo democrático, con la voluntad general; el absolutismo totalitario, con la voluntad del jefe o los intereses y directivas del partido.

»El culto a las ciencias naturales y positivas y el deseo de borrar hasta el último rastro del Derecho natural, llevará a una serie de autores a considerar al Derecho como un fenómeno social, determinado exclusivamente por causas materiales, por el utillaje fabril y la distribución de la riqueza, por la fuerza de la sangre, por el juego más o menos libre de los intereses.

»La imposibilidad de mantener en la sociedad moderna las posiciones del antiguo liberalismo y el deseo de sostener los postulados de la liberal democracia, explica el intento *in extremis* de separar al Derecho —al menos, en apariencia— de todo contenido político y sociológico y dejarlo reducido al puro juego de las normas. Tentativa fracasada desde el momento en que se descubre su verdadero fin: dar armas al legalismo individualista.

»Después de haberse seguido por la filosofía del Derecho tantos falsos y extraviados caminos, parece que ya es hora de volver a centrar el estudio del Derecho sobre su verdadera base: el Derecho natural» (pág. 13).

Y dos páginas después, enfocando especialmente la repercusión en el estatismo, dice:

«El absolutismo ilimitado de la monarquía inglesa encontrará en HOBBS (1588-1679) su definidor, y reaparecerá la fórmula pagana, que identifica el Derecho con la voluntad del príncipe; todo acto es en sí indiferente, su justicia o injusticia depende sólo del mandato del soberano: será justo lo que él mande, e injusto lo que prohíba. El filósofo judío, de origen portugués, SPINOZA (1632-1677), en su Tratado teológico político, dirigirá un ataque más hondo y peligroso contra el Derecho natural, dando la base teórica al absolutismo de los Estados protestantes, a la vez que —aunque resulte contradictorio— trata de conciliarlo con el individualismo liberal; "no es la sana razón —dice— la que determina para cada uno el Derecho natural, sino la extensión de su poder y la fuerza de sus apetitos o, por mejor decir, de sus

necesidades"; el Estado nace por el traspaso que cada uno, por conveniencia, le hace de su poder, pero hecho este traspaso, el Estado tiene un poder ilimitado y absoluto, porque nadie ha podido reservarse un poder "sin dividir el Estado y consiguientemente sin arruinarlo".

»La escuela protestante de Derecho natural (PUFENDORF, 1632-1694; WOLF, 1679-1754; THOMASIIUS, 1655-1728), al basarse en la razón individual y en las necesidades del hombre, como base de sus derechos, proporciona su fundamento teórico al pensamiento revolucionario del siglo XVIII y prepara la separación entre el Derecho y la moral desde un nuevo punto de vista; además, su dogmatismo altisonante y la minuciosa pedantería con que sus teóricos van señalando derechos y deberes concretos hace que muchos autores, que sólo conocían este tipo de Derecho natural y desconocen o mal conocen la doctrina del Derecho natural católico, hayan creído poder condenar y desprestigiar en él a todo el Derecho natural.

»El siglo XVIII, liberal, sacará las consecuencias a estas premisas. ROUSSEAU (1712-1778), el hombre más representativo del pensamiento «ilustrado», con su idea de la «voluntad general», entrega el Derecho al capricho de una arbitraria mayoría de votantes. KANT (1724-1804), mucho más influenciado de lo que él pretende por el pensamiento francés, trata, se dice, de dar una base firme al Derecho. Acepta la separación propuesta por THOMASIIUS entre Moral y Derecho, estableciendo entre ambos un abismo: basa aquélla en el imperativo categorico de la conciencia y la razón propia, y al Derecho en el dictado de la autoridad con fuerza coactiva; la esencia del Derecho consiste para él en la armonización de las libertades individuales. HÉGEL (1770-1831), basando al Derecho en la voluntad general, proclama que «el Derecho es, en general, algo sagrado, sólo porque es la esencia del concepto absoluto de la auto-consciente libertad».

»El liberalismo filosófico llevará, por distintos caminos, a la condenación o a la desconfianza hacia el Derecho. Entre los románticos, el Derecho y las leyes serán considerados como enemigos, que sólo sirven —dicen— para poner obstáculos a los derechos innatos, impedir los generosos movimientos instintivos y hacer estéril la energía de las grandes personalidades. El liberalismo mercantilista defiende el libre cambio y el libre juego de los intereses, entendiendo reducido el Derecho al cometido enojoso de ponerle trabas. El anarquismo, en fin, sacará las últimas consecuencias: la condenación del Estado y de sus instituciones; señala como máxima aspiración de la vida social la incondicionada libertad del yo, y acaba proponiendo una "Asociación de egoístas". Resultando lógico de partir de la premisa: la libertad es un valor absoluto.

»Los epígonos del subjetivismo no se atreven a tanto, pero acaban entregando la idea del Derecho al arbitrio individual, a la

"conciencia individual", a la "intuición personal", al "sentimiento más íntimo" y a "las fuerzas psicológicas más oscuras, subconsciencia, creencia, sentimiento, etc."

«La separación kantiana entre la Moral y el Derecho prepara no sólo la señalada enemiga hacia el Derecho, sino también el que se le considere como un fenómeno o producto de la causalidad social. Las ideas de DARWIN (1809-1882) y de COMTE (1791-1857), divulgadas ampliamente en todos los círculos cultos, son aceptadas por bastantes juristas como la última palabra de las ciencias naturales y sociológicas, y en ellas asientan sus conceptos jurídicos. Visto el Derecho conforme a los métodos positivistas, como un subproducto sociológico, se le considera producido por la economía, la maquinaria estatal o por los hechos sociales o psicológicos o subconscientes que, según las distintas direcciones de la escuela, se considere dominante. En la formulación sociológica más corriente se reduce el Derecho a ser "un ordenamiento con ciertas garantías específicas para la chance de su validez empírica". La dirección positivista se desarrolla lógicamente, también, hasta la negación misma del Derecho. Desaparecida la posibilidad de distinguir cualitativamente una organización jurídica (p. ej., el Estado) de cualquier otra agrupación ordenada de hombres, se podrá afirmar que "incluso el organizador de una banda de bandidos establece Derecho", ya que "toda organización debe ser designada como Derecho, Derecho y organización es lo mismo". Desde otro lado, la concepción naturalista de la Sociología, la de primacía o exclusivismo de lo intuitivo, con la asimilación de las comunidades humanas a las de ciertos animales (abejas, hormigas), acabarán en la aspiración de integrar el Derecho en la zoología» (páginas 15 a 19).

Después de este repaso desolador, observa:

«De los cientos de teorías formuladas para escapar al férreo dilema en que se encuentra encerrada la doctrina —el Derecho, o hay que basarlo en el Derecho natural o es preciso abandonar la misma idea de Derecho—, la más ajustada a los tiempos escépticos de la pre-guerra ha sido la mantenida por Kelsen.» (pág. 20).

Pero, con ella: «El derecho queda así reducido a la nada; aquella conclusión, que antes se ocultaba —la desaparición del Derecho entre las manos de los filósofos del Derecho—, se ostenta ahora triunfalmente; se parte de la falta de contenido del Derecho, y de este *vacuum*, con maestría de prestímano, se saca la "teoría del Derecho". KELSEN y su escuela se precian de su lógica; pero, a pesar de ello, su mayor fallo es lógico, al identificar la esencia del objeto con una de sus características. La esencia del Derecho no puede encontrarse en uno solo de sus caracteres, aunque se trate del más peculiar (la relación normativa), sino en su totalidad. en la hondura de sus fines, aunque con ello haya que acoger cualidades o contenidos que le son comunes con otras materias (moral, sociología, política). El eco de esta doctrina ha sido universal y ha

influido incluso en mismos adversarios. La buena acogida que obtiene se debe quizá, más que a sus cualidades positivas, a encajar perfectamente en la época en que se difunde. Días de la poesía pura, de la pintura cubista, ningunos podrían ser más favorables a la moda de una doctrina jurídica "pura"; tiempo del florecimiento del positivismo, de la divinización de la ciencia, nada más natural que se acoja con alborozo una doctrina que pretende ser sólo sistema y construcción. Sin embargo, examinada de cerca, en su fundamento y consecuencias, se descubre que es —empleando el lenguaje de su escuela— "cryptopolítica": su aparente pureza encubre la más eficaz defensa de las aspiraciones neoliberales, poniendo al servicio de las teorías libero-democráticas la abstracción y vacuidad formalista del Derecho, dando un valor carismático a la legalidad constitucional.» (págs. 20 y s.)

Y después de efectuar oportunas consideraciones acerca de la tesis del inglés AUSTIN, concluye:

«Esta, aunque breve y apresurada, revista de teorías sobre el concepto del Derecho, nos da ya un resultado revelador; si el Derecho se basa en la conciencia individual, se convierte en capricho o en pantalla hipócrita de aspiraciones partidistas; si se identifica con la realidad de una organización y con el poder de la fuerza, se le rebaja a transitorio e indiferente suceder social; el Derecho, de guía y maestro, se convierte en esclavo de los partidos (absolutista, conservador, liberal individualista, capitalismo mercantilista, marxismo, comunismo, totalitarismo en sus diversas formas, liberal-democracia, anarquismo, etc.). Las teorías que separan al Derecho del Derecho natural y de la Moral concluyen, en los maestros o en los discípulos, por negar la misma existencia del Derecho; es una *reductio ad absurdum* realizada por la misma Historia, una confesión de hecho de que esas reglas independizadas, que se comenzaron calificando de Derecho, no son lo que la conciencia de cada hombre llama Derecho.» (pág. 22).

IV. DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO

FEDERICO DE CASTRO ante la dupla Derecho natural-Derecho positivo, adopta la misma posición expresada por SANTO TOMÁS DE AQUINO, en su *Summa Theologiae* I^a-II^{ae}, *qu.* 95, *a* 4, y *qu.* 96, *a* 4. Por lo tanto, no la observa dialécticamente, ni como una radical incompatibilidad, como la viera KARL BERGOHM en la tercera de sus objeciones.

Dice DE CASTRO: «La doctrina del Derecho natural no supone substituir ni subordinar las leyes del Estado a reglas utópicas, desconociendo las realidades sociales, ni confunde los preceptos de la ley natural con los gobernantes; antes bien, se ha cuidado de dibujar, a veces con precisión hasta exagerada, el contorno propio del Derecho positivo y la peculiaridad de su origen, caracteres, eficacia y finalidad.

»Norma de Derecho positivo es la promulgada por el gobernante con eficacia coactiva, con la finalidad de lograr el bien de la comunidad. Como regla finalista, el fin la explica y justifica. De aquí que la idea del *bonum commune* sea crucial en la doctrina del Derecho natural y sea imprescindible su recta comprensión para juzgarla.» (pág. 38)

La relación entre ambos derechos, la expone así,

«El Derecho natural, como norma superior, marca el carácter y señala su fin al Derecho positivo. Al contrario de lo que tanto se repite, el Derecho natural no pretende petrificar al positivo, al contrario, le impone como carácter la variabilidad. Como el hombre, por su propia naturaleza, vive en la Historia, las disposiciones que regulen su convivir deben dictarse atendiendo a las circunstancias (*ad debitas circunstancias*) de lugar y de tiempo. El Derecho positivo no lleva en sí mismo fuerza de obligar, pues la deriva del Derecho natural; por ello, debe tenerse en cuenta que esta derivación puede ser *per modum conclusionis* y *per modum determinationis*; en el primer caso, la ley positiva es el desarrollo y, a veces, casi la reproducción de la natural; en el segundo, dicta preceptos completamente nuevos, eligiendo entre las innumerables posibilidades que quedan a su arbitrio.» (pág. 39)

Y explica esta distinción: «Debe tenerse presente que el Derecho positivo realiza una doble actuación; una estricta, la que el Derecho natural deja a su particular determinación (régimen político) y otra complementaria aplicar y desarrollar el mismo Derecho natural; en esta última se comprende la regulación de la familia y la persona.» (pág. 40)

Consiguientemente, «no todas las leyes o decisiones de un Estado legal o legítimo serán jurídicas sólo por ser dictadas por él; si son injustas mejor podrían llamarse "violencia" que leyes, y son injustos los preceptos que impongan una conducta directamente contraria al Derecho natural, a la moral o a la naturaleza de las instituciones. En cambio, ha de advertirse que el Derecho natural tiene en cuenta que el Derecho positivo requiere la eficacia social y, por tanto, que debe legislarse conforme a las circunstancias y siguiendo los dictados de la prudencia política. Por eso, no es de extrañar que no se pida que el Derecho positivo prohíba todo lo malo, sino sólo lo peor, que no sea censurable el que permita algunos actos que la Ley divina castiga o prohíbe y el mal uso de los bienes.

»De lo dicho, resultará claro el doble carácter del Derecho natural, su firmeza para juzgar y sancionar los mandatos del Poder, su flexibilidad al tener siempre en cuenta, para ello, lo cambiante de la realidad social. Es verdad que corrientemente se fijan en los libros reglas de Derecho natural de contenido rígido; su alcance y utilidad está en expresar, con más o menos acierto, la aplicación de principios de Derecho natural a determinados datos concretos;

sirven para la vulgarización, pero no son el Derecho natural, que no puede apresarse en fórmulas, como tampoco puede serlo la evidencia moral.» (págs. 41 y s.).

Es importantísima esta última observación, porque corresponde a la genuina concepción tomista del derecho natural, tan alejada de la dogmatización de reglas y normas que hallamos en tantos manuales, que disecan conclusiones, dándoles un carácter abstracto, lo cual es incompatible con la *ratio tomista* y su concepto del derecho como la *res iusta* o *quod iustum est*, en concreto.

«El derecho —ha anticipado DE CASTRO— es, como indica SANTO TOMÁS, *mensura mensurata*. El Derecho positivo, que mide nuestras conductas, es medido por la Ley eterna. Ella es la que justifica la ley humana, la que dirá si es o no legítima.» (pág. 37)

Es y debe ser así, pues: «Si el Derecho fuese mero conjunto de reglas de conducta impuestas y el Estado tan sólo organización, no habría posibilidad de distinguirlos de los mandatos de la fuerza y de la asociación de bandidos. El Derecho necesita algo que legitime su organización, sus mandatos y sus sanciones. La necesidad social de justificar al Derecho positivo es indudable; las obligaciones impuestas por la ley, que culminan en la de matar a otros hombres y sacrificar la propia vida, hacen necesario buscarles un apoyo en valores superiores al de la vida individual. Todos los partidos y todas las escuelas han tratado, de modo más o menos claro, de justificar su organización preferida, señalando su para qué, defendiendo su fin último.

»Se ha dicho que Derecho es lo que el príncipe quiere, lo que quiere el pueblo o la mayoría del pueblo (como espíritu del pueblo, voluntad de la Nación o voluntad general, manifestada por la tradición o por el sufragio), que tiene por fin garantizar la libertad, el mantenimiento de posiciones privilegiadas de clase, de organizaciones económicas, de razas o de pueblos. Ante todas estas afirmaciones cabe preguntar: ¿por qué llamar a eso Derecho, por qué no denominarle, con sinceridad, arbitrio o fuerza? Todas las veces que no se hace así hay un reconocimiento implícito de la existencia (al menos social) de otro, del verdadero Derecho. Usando la palabra Derecho para amparar ambiciones políticas o sociales, se ha tratado de crear un confucionismo, que permite atribuir a tales pseudo-Derechos el valor que instintivamente se une a la palabra Derecho; se intenta explotar en provecho partidista el anhelo, hambre y sed de justicia, propio del hombre. El hombre, por ser hombre, siente la angustia de la ausencia divina, tiene el ansia de completarse y perfeccionarse acercándose al Creador; uno de los caminos que a él conducen es el de la justicia. por ello, cuando el hombre lucha por la Justicia y el Derecho eterno, pelea, por lo que para él tiene mayor valor, por la salvación de su propia alma.» (págs. 36 y s.)

La pauta que el Derecho natural señala al Derecho-positivo, es la de «cumplir su fin: servir el bien común o de la comunidad.»

DE CASTRO lo recuerda, y explica que se entiende por *bien común*: «Bastante general ha sido la creencia de que implicaba una concepción estatista, afirmadora de la total superioridad del Estado sobre el individuo, que como parte habría de sacrificarse al todo; en este sentido se pudo entender la frase: "la comunidad es anterior al individuo, el individuo deviene por la comunidad lo que él puede y debe hacer". También se ha podido entender en sentido contrario, que al Derecho positivo corresponde lo referente al bien común (régimen político) y en todo lo demás sería incompetente, alegándose al efecto palabras desconectadas de SUÁREZ. Ambas versiones, aunque autorizadas con textos de SANTO TOMÁS, son extrañas al sistema tomista. El bien de la comunidad es superior al de cada individuo, que le deberá su propio sacrificio, como parte que es de ella, mas sólo cuando se trata de bienes de igual calidad (*eiusdem generis*); además, y sobre todo, sólo se puede hablar de bien común cuando se refiera —o al menos no se oponga— a los bienes espirituales superiores; lo que prácticamente supone que, si bien el individuo deberá arriesgar vida y fortuna por la comunidad, ésta no puede exigirle que ponga en peligro su alma, y su mandato no puede lícitamente atentar contra la dignidad personal.

»El gobernante tiene un deber estricto: dictar las medidas imprescindibles al mantenimiento a conservación de la comunidad, sin tener que ocuparse de la esfera familiar e individual más que para impedir que la puedan poner en peligro; además, siendo las más de las cuestiones que atañen a esas esferas regladas de modo preciso e ineludible por el Derecho natural, carece en ellas el legislador del arbitrio que en otras se le concede. Pero, cuando la sociedad deja de cumplir espontáneamente lo mandado por el Derecho natural, corre peligro el bien común y debe intervenir el Estado.» (págs. 9 y s.)

Consecuentemente, advierte:

«El Derecho natural, como se ha visto, no inmoviliza al Derecho positivo ni le impone un especial criterio de bien común, y, del mismo modo, no le somete tampoco a un molde rígido al marcar los requisitos mínimos que ha de tener. El mandato del legislador ha de tener algo, aparte de su voluntad y amenaza, que le dé valor jurídico y le haga obligatorio. La doctrina de Derecho natural dice que una norma puede decirse justa, por el *fin*, cuando se ordene al bien común; por su *auctor*, cuando no exceda de la potestad de quien la dicte, y por la *forma*, cuando las cargas de los súbditos, en orden al bien común, se impongan en proporción igual. Considerada con esta amplitud la justicia de una norma, el Derecho natural exige respecto al simple Gobierno *de facto*, en cuanto mantenga una organización estable para la paz social (Bien común), y desde entonces sus disposiciones tendrán valor jurídico.» (págs. 41)

Pero, añade: «La relación entre Derecho natural y Derecho positivo no se limita a la función negativa de señalar los presump-

tos inalienables de lo jurídico. Supone, además, para el Derecho positivo, tener el modelo (*de lege ferenda*) que muestra la perfección a que debe aspirar y le ofrece una posible fuente inagotable (principios generales del Derecho), con que completar la irremediable insuficiencia de las normas positivas. Los preceptos de Derecho natural, al ser convertidos en normas positivas, adquieren una nueva eficacia social, al sumársele la coacción física y, también, pueden recibir así concreción y hasta aumentar en su extensión, cuando las normas de mero contenido positivo son elevadas a jurídicas por el Derecho natural.» (pág. 42)

V. EL DERECHO NATURAL MEDIADOR ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO POSITIVO

Es sabida la clasificación de las distintas posiciones adoptadas con referencia a las relaciones entre la Moral y el Derecho, de las que hace años nos ocupamos al diferenciar la virtud de la justicia y lo justo jurídico: tesis separatistas; absorcionistas de una por la otra, y finalistas o subordinantes, pero diferenciadoras.

FEDERICO DE CASTRO nota que existe «un campo en el que coinciden el imperativo moral y el jurídico: en el deber de actuar conforme a la Justicia. La conducta del hombre en la sociedad está medida conjunta y armónicamente, a la vez, por la regla de la Moral, por la del Derecho natural y por la del Derecho positivo. Las diferencias están en el ámbito, criterio y eficacia de cada regla.

»El Derecho natural se distingue de la Moral por: a) Su ámbito más restringido, referido a la conducta del hombre en la sociedad. b) Por su criterio más escrito, el de la Justicia (no el de las demás virtudes). c) Por su eficacia más concreta y precisa, lleva consigo la exigencia de su realización social, la exigibilidad de su cumplimiento por la persona autorizada y el deber de reparación en caso de incumplimiento.

»El puesto del Derecho natural, dentro del orden moral, será, pues, el de eslabón intermedio, o dicho con metáfora menos imprecisa, el de mecanismo necesario para la aplicación de la ley eterna en la vida social. La concreción posible y la delimitación de sus preceptos, unida a su mayor intensidad, como exigibles socialmente, son los supuestos que permiten la *conversión* de los imperativos morales en directrices de las reglas coactivas del vivir social.

»La relación entre el Derecho positivo y la Moral se hace por medio del Derecho natural. El Derecho natural mide con criterio de justicia a las normas positivas, les impone límites, marca direcciones y las puede completar. No puede merecer nombre de Derecho una regla que pretenda imponer una conducta injusta o inmoral. La perfección de un ordenamiento positivo se muestra

por el grado en que logra moralizar a la sociedad.» (págs. 26 y s.)

A la inversa, observa también —conforme la opinión de SANTO TOMÁS, que fue común entre los clásicos hispánicos— la repercusión de las normas de derecho positivo, en lo que inicialmente era moralmente indiferente que se hiciera de un modo u otro, pero que dejaba de serlo una vez determinado por el derecho positivo como debía hacerse. Así, dice DE CASTRO:

«También la norma de Derecho positivo tiene influjo —aunque sea reflejo— en el orden moral. Cuando, por la legitimidad de su origen y contenido (medidos por el Derecho natural), merece la consideración de norma jurídica, entra en el orden moral y nace, respecto de ella, un especial deber: el de respetarla, obedecerla y colaborar en su realización.» (pág. 27)

Por consiguiente, el Derecho natural: «No es ni un Derecho ideal (utópico) ni un ideal jurídico (aspiración política "ideología"), es sencillamente el canon jurídico impuesto por la Justicia, en su doble función de señalar la meta de perfección a que ha de aspirar el Derecho (ordenación que colabore a la más perfecta realización de la naturaleza moral del hombre) y el mínimo de respeto que a él ha de guardar una regla, para merecer (conforme a las circunstancias) el título de jurídica.» A su juicio, «importa mucho el que las reglas y principios extrapostivos lleven el nombre de Derecho lo que marca su carácter de medida y de medida homogénea de las reglas positivas y su aptitud para calibrar *jurídicamente* cada norma y mandato. El mismo calificativo de "natural", aunque poco concreto, indica suficientemente su principal carácter: el de ser superior al arbitrio del gobernante. Prácticamente, la admisión del Derecho natural significa que norma positiva justa queda reforzada, obligando en conciencia; que la tacha de contrariar al Derecho natural acarrea su pérdida de valor jurídico al dejar de obligar en conciencia.» (págs. 29 y s.)

De ahí que la norma positiva, además de *auctoritas* y *effectus*, deba tener *ratio*, que DE CASTRO hace equivalente a «valor intrínseco de la regla, por su contenido moral, político o técnico. Determinado jurídicamente por su finalidad (bien común) y legitimidad (conexión con el Derecho natural).» (pág. 53)

«La diferencia —dice— entre regla de Derecho natural y de Derecho positivo está en que aquélla tiene la fuerza de su *ratio*, pero carece tanto de su consideración de regla positiva para los órganos (*auctoritas legis*) como de eficacia organizadora (*effectus*). Las reglas del Derecho natural pasan de la consideración de desiderata a la de Derecho positivo cuando adquieren eficacia organizadora; en este momento dejan el estado extra-positivo y se convierten en reglas del Derecho positivo, como ocurre en el Derecho español por medio de los principios generales del Derecho (art. 6 C. c.)» (págs. 53 y s.)

VI. GNOSEOLOGIA DEL DERECHO NATURAL

La perspectiva ontológica del Derecho natural, hemos visto antes (§ II), está claramente entendida por el Profesor DE CASTRO como expresión de la Ley eterna (págs. 14 y 37). Menos explícito es al explicar el aspecto gnoseológico del derecho natural, es decir, el relativo a su conocimiento. Leemos «el *Derecho natural* es lo preceptuado por la ley natural ("la participación de la ley eterna e nla humana criatura racional", S. *Th.*, 1.^a 2.^{ae}, q, 91, a 3 y qu. 97, a. 1, ad 1) en materia que atañe a la justicia de las relaciones humanas» (pág. 23). Y contrapone Derecho positivo y Derecho natural por su autoridad y origen mediato: «El Derecho natural como dervado de la Naturaleza, y el positivo, como impuesto por un mandato (incluso el Derecho positivo divino)» (pág. 31).

Ahora bien, ¿cómo captamos el conocimiento de la ley eterna? ¿como leemos en la naturaleza lo que es derecho?

DE CASTRO, al enfocar el contenido de la ciencia de Derecho positivo, rechaza la *estrechez de visión* que significa la, que se ha hecho usual, de «considerar a la "ley promulgada" como única materia del Derecho» y afirma que «no puede excluir el que la actividad de *lege ferenda* y la determinación de los principios jurídicos también» (pág. 69). Esto se relaciona con su consideración del Derecho natural, no sólo con «la función negativa de señalar los presupuestos inalienables de lo jurídico», sino la de servir de «modelo (de *lege ferenda*)» (pág. 42). Sin duda por eso, señala:

«Para no incurrir en las faltas habituales, conviene tener presente que la ciencia del Derecho positivo ha de considerar estos elementos:

»1. La idea de la Justicia es el criterio organizador y decisorio de toda la realidad jurídica; incluso en el último y mínimo detalle, la idea de Justicia será la que justifique o excluya y la que dirá el porqué de la decisión.

»2. El método; la naturaleza de esa idea es la que determina el procedimiento para conocer toda la realidad que ella informa. Por ello, en primer lugar, estará determinado por el criterio de la adecuación justa y sólo en segundo lugar por el de la adecuación lógica.

»El poder organizador de la idea se muestra al utilizar: a) el método deductivo, infiriendo criterios de adecuación de los principios generales de justicia (Derecho natural) y de los de la política (idea de la vida a realizar en un pueblo y en un tiempo determinado), y b) el método inductivo, conociendo la realidad social (estructura social, política y económica real) y la realidad jurídica (eficacia real de las normas en la vida social), para que sirva de base para la actuación jurídica (realización práctica en la materia jurídica).

»Aunque con el primer método se utilizarán más las ideas y en el segundo los conceptos, ambos son imprescindibles en la ciencia

jurídica. Las ideas dan los criterios prácticos, los signos de orientación y los motivos de decisión. Los conceptos ofrecen los medios de ordenar la realidad jurídica y de comprenderla discursivamente. Se utilizarán conceptos definidores de contenido, ordenadores de materias y sistemáticos para dar forma unitaria al conocimiento.

»3. Materia. La realidad jurídica puede ser considerada: teóricamente (modo de comprenderla) o técnicamente (modo de actuar sobre ella); pero, como ciencia práctica, en la ciencia del Derecho positivo ambos aspectos van unidos. ...» Según la materia, distingue la labor jurídica, de *lege ferenda* —«Bajo la presidencia decisoria del criterio de Justicia se formulan leyes, se determinan costumbres y se precisan los principios generales del Derecho»— y de *lege lata*. (pág. 70).

Seguidamente, enuncia las ciencias del Derecho —es decir, las disciplinas científicas, creadas «alrededor de la realidad de la idea de Justicia y de sus distintas manifestaciones»: Filosofía del Derecho, Derecho natural, Sociología jurídica, Política jurídica, teoría general del Derecho y ciencia del Derecho positivo— e indica que el Derecho natural «estudia el Derecho como una substancia o realidad metafísica, en su aspecto de ley eterna, inmutable y trascendente y en su aplicación temporal como criterio y guía de la actividad jurídica» (pág. 71).

Pero, a la par, al señalar la finalidad y el método de la ciencia del Derecho positivo, muestra su inseparabilidad práctica de la ciencia del Derecho natural, al decir que aquélla se insipara «en los postulados del Derecho Natural, a la vez que no desconoce los criterios políticos y se basa en el conocimiento de las realidades sociales. Su carácter de ciencia aplicada del Derecho le coloca en la delicada situación de mediadora entre la idea de Justicia y la realidad jurídica, siendo el medio de conocer y contribuir al desarrollo de aquélla en su eficacia conformadora de la vida social; por esto, los principios de Justicia son para ella tan esenciales —si no más— en su tarea de confeccionar leyes e interpretarlas como para el conocimiento de las mismas leyes para aplicarlas.» (pág. 72)

Aquí, en nota 8 a pie de página, ofrece esclarecedora una cita de ESSER, indicando que éste «señala como cometidos de la investigación científica: 1. Investigación social (sociología jurídica y disciplinas auxiliares). 2. Aclaración del Derecho (dogmática jurídica). 3. Formación del sistema ("doctrina del Derecho natural", teoría jurídica, filosofía del Derecho). 4. Investigación de las fuentes (historia). 5. Mejoramiento y nueva formación del Derecho (política jurídica).»

En mi colaboración a los *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, que titulé *Perfiles jurídicos del Derecho natural en Santo Tomás de Aquino*, al abordar la gnoseología utilizada por el AQUINATENSE observé e hice notar la doble vía por él empleada para el hallazgo del Derecho natural, deductiva en el

Tratado de las Leyes I^a, II^{ae}, qu. 94, e inductiva en el *Tratado de la Justicia*, II^a, II^{ae}, qu. 57, al juzgar si algo es justo atendiendo a las consecuencias dimanantes. Notemos que, mientras la mayoría de manuales modernos del Derecho natural lo han enfocado como el dimanante de la ley natural, en cambio el Prof. MICHEL VILLEY muestra que SANTO TOMÁS lo discierne por la vía que trata de hallar la *res iusta, ex ipsa natura rei*, es decir, en concreto, *quod iustum est*. A mi juicio, es preciso seguir complementariamente ambas vías con perspectiva universal y concreta a la vez. La determinación de la *res iusta, secundum absolutam sui considerationem*, requiere su perspectiva iluminada por la proyección del juicio de la ley natural, y su concreción *secundum aliquid quod ex ipso consequitur* necesita la consiguiente inducción y los juicios prudentiales, aunque ambas consideraciones confluyan al apreciarlas la razón natural, *secundum rationem naturalem, quae hoc dictat*.

¿Cuál ha sido en este punto la posición de Don Federico? Sin duda tuvo presentes ambas vías. Pero, tal vez, consideró que el derecho natural propiamente dicho era el dimanante de la primera, mientras la segunda se imponía al derecho humano como exigencia de aquél, como requisito para resultarle conforme. Dudamos que filosofara en torno a esta duda; pero, si el Derecho positivo debía seguir la segunda para conformarse al Derecho natural, es que también con ella se acaba de perfilar éste, predeterminándolo como modelo de aquél. Dejamos para más adelante profundizar en esa duda. De momento, vamos a comprobar, como DE CASTRO, tiene en cuenta ambas vías para determinar la conformidad del Derecho positivo al Derecho natural.

VII. ANTROPOLOGIA JURIDICA

Notemos que la vía descendente de la ley natural es de enfoque antropológico. No sólo por su captación, por *sinderesis* de los primeros principios, sino precisamente por partir en su hallazgo de las inclinaciones humanas y reguladas por la razón natural.

La radical distinción entre la perspectiva antropológico-jurídica del Derecho natural y cristiano clásica, y la del Derecho natural moderno, derivado del Protestantismo y de la Ilustración, la explica DE CASTRO lúcidamente:

«En la antigüedad, no había un clima favorable para la valoración jurídica de la persona. En Grecia, el hombre adquiere significado jurídico en cuanto pertenece al *oikos*, a la *fratria* y a la *polis*; en Roma, durante siglos, sólo alcanzaba verdadera personalidad el *cives romanus sui iuris*. El estoicismo, al hacerse y transformarse en doctrina de las clases altas romanas, y luego la desaparición de la vieja estructura social de la *civitas*, incompatible con la nueva realidad del Imperio, hacen posible un comienzo de regulación y hasta de consideración dogmática de la persona por

los juristas romanos, como elemento básico e independiente, en la organización social. Desde Constantino, el cristianismo influirá en esta misma dirección, del modo que revela la legislación recogida en el *Corpus iuris civilis*.

»La concepción cristiana se hace sentir e influye de modo mucho más hondo y decisivo en la legislación de los conquistadores germánicos. Como "doctrina de libertad", enseña que ser persona es algo más que la atribución de un nombre vacío, y consagra como regla e impulsa a que se realicen en la práctica los dos grandes principios del Derecho de la persona, los de la libertad y la responsabilidad. Ello explica el hecho, tan extraño para una consideración histórica superficial, de que en algunos textos jurídicos "bárbaros" se encuentre un respeto real a la persona, superior al que en el Derecho romano clásico se le tuviera y que el "obscurantismo" escolástico lo proclame como un deber y con un vigor hoy, por desgracia, desconocido.

»Es opinión generalmente aceptada, tan extendida como falsa, que el "despertar de la personalidad" se debe al Renacimiento italiano; su contribución ha sido más bien la hipertrofia del individualismo, la destrucción o la debilitación de los grupos sociales naturales, con la consiguiente preponderancia de los dos enemigos más fuertes de la libertad: el determinismo moral, excusa de la irresponsabilidad, y el concepto del Estado moderno, que llevará al absolutismo. La tenaz defensa que la Iglesia católica hace de la persona y el poderoso movimiento que, en su favor, supone la Contrarreforma serán frenados; la desaparición de las distintas organizaciones corporativas, apoyo y defensa del individuo, enfrenta a cada hombre, solo y desamparado, al moderno leviatán del Estado; y la desviada dirección que toma la cultura centroeuropea permite y fomenta la difusión de los tópicos en los que se buscará la justificación teórica del desconimiento de la personalidad.

»Los derechos naturales propios de todo hombre, como criatura racional y ser social, formulados de modo científico por la escuela española de Derecho natural, difundidos por los juristas de los Países Bajos, se transforman, en la escuela protestante alemana de Derecho natural, en los derechos individuales, que con ya definido matiz político derivarán en los "derechos del hombre" del enciclopedismo francés. La Revolución francesa, al difundir la moda de plantar al frente de las Constituciones la "declaración de los derechos del hombre", hizo un mal servicio a la defensa jurídica de la persona, y tuvo una lamentable repercusión en la legislación civil; pues los partidarios y los enemigos de las ideas revolucionarias coinciden en sobreentender que la regulación toda de los derechos y deberes de la persona y su consideración institucional es cuestión política, materia constitucional, impropia de los Códigos civiles; prejuicio que tendrá como resultado que los civilistas abandonen la consideración jurídica de la persona.

»En los tiempos más recientes preocupa ante todo la libertad económica. El poder de las grandes organizaciones financieras e industriales, que ningún individuo aislado podría resistir, determina el auge de su antagonista, la organización de trabajadores, y entre ambos, como tercera potencia necesaria, la moderna burocracia estatal. Gran capitalismo, sindicatos, el tentacular Estado de funcionarios y técnicos, en sus tremandas luchas por el predominio, arrastrados por la misma necesidad de la contienda, aspiran a un control siempre más exclusivo de la sociedad, y se pierde todo respeto a la persona. Nuevos mitos comunitarios se instauran, y los hombres son sólo estimados por su raza, su "religión" política, por su adscripción corporativa o sindical, y son reducidos a números, en esas modernas masas informes a las que ni siquiera —como en Bizancio— se les dejará que se distingan por unos colores.

»El valor de la persona es postulado de toda concepción humanista y su defensa está en el centro mismo de la idea cristiana de la vida; el Derecho civil no es concebible sin un *mínimum* de independencia personal, y los juristas, como custodios del Derecho, tienen un deber vital en su guarda. Por eso, en estos momentos de tan azarosas posibilidades, no es lícita ninguna abstención; la ciencia del Derecho, en especial la civilista y muy particularmente la ciencia jurídica española, tienen como una de sus tareas más propia y exigente la de acentuar de modo eficaz el significado básico, general y decisivo que para toda la organización jurídica tiene la adecuada consideración jurídica de la persona.» (vol. II-1, págs. 10 y ss.)

El iusnaturalismo de la visión antropológica jurídica de DON FEDERICO, resalta al leer el examen crítico que efectúa de las diferentes direcciones teóricas que tratan de explicar el concepto jurídico de persona.

«La persona y su mismo concepto —dice— no son creación del Derecho, existen fuera de él, y con su propio significado es aludido o utilizado por la norma. La función del Derecho positivo respecto a la persona puede centrarse en los dos elementos lógicos de la designación y la conversión jurídica. La designación supone, como siempre, una salida del ámbito de la abstracción jurídica y el marcar una realidad, que ya tiene una existencia —física o social— propia y no dependiente del Derecho. Tal designación no es arbitraria, responde a porqués de muy distinto origen; respecto a la persona, viene directamente determinada por su origen (Derecho natural); la designación contenida en la norma se referirá a una realidad social, pero determinada en el "que" y en el "como" por el Derecho natural. La conversión jurídica requiere el definir —jurídicamente— la realidad social y transformarla en realidad jurídica. La definición de la realidad social, dado el carácter técnico o instrumental de la nomenclatura jurídica, puede hacerse utilizando un concepto que, aunque sinónimo en el Derecho, no corresponda

exactamente (sea más o menos amplio) a su significado social; esta discordancia externa no significa una diversidad de naturaleza, ni una desconexión con la realidad, sino sólo un medio de referencia impuesto por la técnica de la interpretación jurídica. La conversión de la realidad social en jurídica es el dar un nuevo valor a esa realidad, no un sustituir la realidad social por la jurídica; se produce un cambio jurídico, social y hasta económico, pero la realidad social, a la que revaloriza y transforma el Derecho, es la que caracteriza e individualiza la referencia contenida en la norma. La que explica y justifica la peculiaridad de cada situación jurídica de cada norma y de su interpretación. La persona a la alude el Derecho no es una abstracción; no es lo "jurídico" a lo que se atribuye o puede atribuir "algo" jurídico; es la persona realidad social, en su valoración jurídica. Es, pues, una realidad social, que exige —conforme al Derecho natural— una regulación jurídica; es cierto que el Derecho positivo ha desconocido, parcialmente, en ciertas épocas, el valor de la persona, y que puede extender el concepto de persona, por analogía, a otras realidades sociales; mas tal proceder —justificado o no— del legislador o de la técnica no puede ocultar el hecho de que es la realidad social persona, la que fue y es la base y el fin de la regulación jurídica de la persona.» (vol. II-1, págs. 27 y s.)

De ahí *el deber general de respeto a la persona con sus inherentes derechos.*

«La doctrina no ha sabido destacar la existencia del deber general de respeto a la persona, que imponen los principios del Derecho civil; hecho lamentable, pues a pesar de que la jurisprudencia ha encontrado remedio a los supuestos más graves, ha dificultado o impedido la justa resolución de muchos casos prácticos.

»Los primeros intentos de la doctrina fueron poco afortunados, pues se hablaba de "de un derecho de la personalidad", centro de derechos, como la propiedad y la patria potestad, que se revela en múltiples facultades, derecho subjetivo unitario básico, que fundamenta a todos los derechos subjetivos particulares. Con motivo, la opinión común rechazó tal tipo de derecho subjetivo, que no contenía ningún poder concreto ni recaería sobre un objeto determinado, que supondría la duplicación de figuras jurídicas, con un derecho de personalidad debajo del que pulularían otros derechos sobre la misma persona, sobre cosas y conductas ajenas. Pero al combatir esta teoría se repudió también, sin haber sabido distinguirlo, el valor jurídico intrínseco de la persona y hasta "los mismos derechos especiales de personalidad".» (págs. 35 y s.)

Sin embargo —añade— «la realidad se ha impuesto al fin y la jurisprudencia ha reconocido la existencia de daños ocasionados a la persona (no a un especial derecho subjetivo de ésta) y se han admitido acciones para su indemnización. Aceptado el daño de algo, que no es de un derecho subjetivo, que es precisamente una

cualidad de la misma persona, se acoge implícita, pero necesariamente, la figura jurídica de la situación protegida y el correspondiente deber general de respeto a la persona.

»Doctrinalmente, la cuestión carece de dificultades desde que se abandona la idea de un derecho subjetivo de la personalidad y se atiende sencillamente a lo protegido, al cómo y al porqué de la protección. La persona, al ser reconocida jurídicamente, alcanza una situación jurídica amparada, que se manifiesta inmediatamente en los derechos subjetivos de la personalidad, en variadas facultades y, ante todo, en un deber general de respeto a tal situación y cualidad.

»El alcance teórico y práctico de reconocer tal situación protegida y el correspondiente deber general de respeto es muy amplio; especialmente pueden señalars los siguientes extremos: 1. La proliferación hecha por la doctrina moderna de los derechos de la personalidad no basta para la completa protección, pues por muy numerosos que se conciban dejarán siempre indefensos algunos aspectos de la persona. 2. El respeto a la persona se impone a todos, incluso a la persona respecto de sí misma, lo que implica los límites intrínsecos de los derechos de la personalidad. 3. Señala el origen y porqué del deber de defensa y protección de la persona que incumbe a las autoridades. 4. Indica la posibilidad jurídica de la protección de hecho de una persona por otra y las relaciones jurídicas —extracontractuales— que nacerán de ella. 5. Determina los límites impuestos a los poderes que sobre la persona puedan concederse en cada una de las distintas ramas del Derecho. 6. Justifica los casos más importantes del daño moral » (págs. 36 y s.)

VIII. LA PRUDENCIA EN LA POLITICA JURIDICA Y EN LA POLITICA DE DERECHO

Hemos señalado antes (§ IV) que según DE CASTRO el primer precepto específico que recibe el Derecho positivo del natural, es el de cumplir su fin de servir al bien común o de la comunidad (pág. 39). Para ello, si bien el Derecho natural «señala límites e indica fines, no impone un sistema concreto de reglas y soluciones». Para servir al bien común es preciso determinarlo, realizar las medidas que aconseje la prudencia y fortificar las instituciones que sea preciso; y, todo esto —dice— entra en el campo de la política (pág. 46).

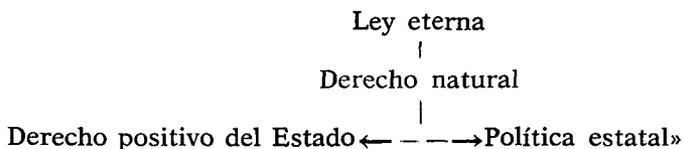
Por *política jurídica* «se ha aludido el arte de dictar reglas jurídicas» o «de gobernar mediante el instrumental jurídico» o a la «previa selección de los resultados a conseguir socialmente las leyes.»

Política del Derecho estima que podría llamarse a la política —modo de legislar, gobernar y aplicar las normas— que impone o aconseja la misma idea del Derecho.

A su juicio: Hay «una política, la política de Derecho, que impone a los juristas como deber específico, inmediato, y creando gravísima obligación de conciencia, la discriminación de lo justo y la aplicación de la justicia en todo momento y ocasión. No se propone, como se ha dicho, una conducta inhumana o desconectada con la realidad social, sino la realización del valor jerárquico de la justicia en la y para la organización social. No se predica un abstracto *pereat Mundus, fiat Iustitia*, sino un necesario y sentido por todos: *fiat Iustitia ut non pereat Mundus*. Es la política del respeto al Derecho, que está por encima del Poder y sus apetencias; que supone una idea de la vida, la que entiende que sólo es Derecho el mandato justificado por el Derecho natural, antepone el bien común a los provechos egoístas, impone la aplicación justa de las normas, y dice que se ha de enseñar el puesto subordinado que las leyes estatales tienen en el orden moral.» (páginas 48 y s.)

Aquí la realización del valor jerárquico de la justicia requiere que se examine en relación a las consecuencias dimanantes; pues, dice, «todo Derecho vivo es siempre una tensión constante entre las resistencias de la realidad social y las aspiraciones de sus principios, y supone una labor creadora y reformadora, en constante lucha con errores modernos, viejos prejuicios y arraigados intereses egoístas.» (pág. 49).

En nota (3) señala: «La relación entre ley eterna (razón y voluntad de Dios, ordenando el mantenimiento del orden natural, S. Agustín), ley natural (participación de la ley eterna en la criatura racional, Santo Tomás), o mandato para mantener el orden natural (entre los hombres, con el Derecho estatal y la Política puede representarse por este esquema:



La prudencia política en el campo del Derecho tiene que relacionar los principios del Derecho natural con las consecuencias dimanantes de la normativa humana según se la aplicara en uno u otro sentido, con tal o cual intensidad y de qué modo se aplicase. Debe legislarse, ha dicho antes DE CASTRO, «conforme a las circunstancias y siguiendo los dictados de la prudencia política» (pág. 41).

Como civilista de pro, pide DON FEDERICO que los juristas se preocupan por el mal modo como se ha venido haciendo política jurídica con el Derecho civil, sin hacer verdadera política del Derecho civil, sin hacer verdadera política del Derecho y poniéndolo, «con más o menos despreocupación, al servicio de ideas e intereses políticos». Y, para mostrar este defecto de utilización política del Derecho, va exponiendo:

«... El fin de la *aequabilitatis conservatio*, que ya señalara Cicerón al Derecho civil romano, le hacía arma eficaz en manos de reyes y príncipes en su lucha contra el feudalismo y poderes sociales independientes. Los legistas construyen argumentos y elaboran sus textos al servicio de la realeza y colaboran a minar los Derechos especiales de la nobleza, de los terratenientes e incluso de las ciudades.

»Las ideas del ius-naturalismo individualista y la teoría de los derechos innatos hacen centrar al Derecho civil en torno al hombre, en su consideración de individuo. En el Derecho territorial prusiano (1791), con el título de «derechos del estado llano» (*Bürgerstandes*), se regula la situación de una clase todavía; pero el individuo ya no se considera como miembro del poder estatal, sino como protegido, como «persona privada». En nombre de la libertad (SPINOZA, ROUSSEAU, KANT), se rompen los antiguos vínculos, se destrozan las viejas comunidades y se eleva a la primera categoría el concepto de ciudadano; el primer Código nace como *Code civil des français*; el Derecho civil se concibe como el mantenedor de los derechos subjetivos del individuo y como su defensor frente a la Administración.

»El individualismo se manifiesta en el mundo moderno de nuevos modos. Mediante la técnica conceptual y la abstracción, se elimina el viejo *pathos* político, se procura borrar toda huella del Derecho natural y se trata de convertir al Derecho civil en la fría organización técnica de los intereses del tráfico económico. Por otro lado, separada la persona de las instituciones que le daban valor y arraigo, el individuo se convierte en masa, en ese número sin nombre ideal del marxismo. La concepción individualista reduce la persona a una sombra abstracta, insignificante en el juego de las fuerzas económicas; las tendencias del absolutismo estatal eliminan al Derecho civil y todo lo reducen a un funcionamiento mecanizado. En una o en otra dirección tenía que disminuir el valor del Derecho civil, y no faltaban signos que justificasen predicciones de su desaparición.» (págs. 124 y s.)

Sin embargo, partiendo indudablemente de su concepción antropológica, que hemos observado en el epígrafe anterior, declara paladinamente:

«El Derecho civil afirma y recobra su puesto central en la concepción jurídica moderna; como base del Derecho privado, regulador de los valores personales y familiares, y adquiere todo su significado considerando a la persona en la rica variedad de la vida social, en la realidad concreta de los distintos puestos de mando y servicio, en su dignidad y en su honor, dentro de la organización jerárquica de la familia y como miembro de la comunidad nacional.» (pág. 126)

IX. EL DERECHO NATURAL Y LAS FUENTES DEL DERECHO POSITIVO: LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO Y LA EQUIDAD

Además de la función del Derecho natural de ofrecer sus conclusiones para las normas legales y consuetudinarias, sirviendo como modelo de *lege ferenda* y de actuar como *mensura* del Derecho positivo «ofrece una posible fuente inagotable» en los *principios generales de Derecho*, según dice DE CASTRO (pág. 42), quien, como veremos, admite que se conecten, con la *equidad* (págs. 472 y s.). Esta penetración del Derecho natural como fuente de agua viva, aplicable directamente como derecho positivo humano, vamos a tratar de mostrarla desde la perspectiva de DON FEDERICO.

A) *El Derecho natural en los principios generales del Derecho.*

El Prof. DE CASTRO dice: «En todos los países de Derecho conocido se distingue, junto al Derecho formulado en leyes o manifestado en prácticas sociales, ciertas normas que, a pesar de no basarse en la autoridad del Estado ni en los intereses de una determinada fuerza social, tienen un vigor normativo tal, que son el fundamento más firme de la eficacia de leyes y costumbres.» (pág. 448)

Y, páginas después, explica: «La expresión principios generales del Derecho permite comprender todo el conjunto normativo no formulado, o sea, aquel impuesto por la comunidad que no se manifiesta en forma de ley o de costumbre. Esta es su ventaja respecto de otros términos, como principios de Justicia, principios del Derecho natural, equidad o razón natural; con ella se alude también a los demás tipos de normas no formuladas, principios sociales (tradicionales) y principios políticos, cuya existencia es igualmente cierta. Unos y otros, a pesar de su distinto origen y naturaleza, coinciden en tener igual significado en el ordenamiento jurídico, respecto al Derecho formulado, y se caracterizan, del mismo modo, en que la evidencia de su realidad y eficacia hace innecesaria su concreción en una regla formulada.» (pág. 464).

Indaga y responde DON FEDERICO: «¿Dónde se halla el origen, fuente o fuerza social que crea y da vigor jurídico a los principios? Pregunta que no puede contestarse negativamente, ante la realidad jurídica de los principios, y cuya respuesta parece escapar siempre a la doctrina. El camino mejor para responderla quizá sea seguir la pista a cada tipo de principio y descubrir su peculiar causa de eficacia, teniendo —a la vez— en cuenta la singularidad propia de este modo de manifestarse el Derecho.

»Las reglas del Derecho natural están por encima de la realidad social y son la medida del Derecho positivo; para formar

parte del ordenamiento positivo se requiere, sin embargo, el trámite de la positividad. Las reglas del Derecho natural, así recibidas, tienen, pues, la autoridad doble de sus dos fuentes: la de su contenido (básica y mediata) y la de su positivación (secundaria o inmediata). La positivación puede provenir de la ley, de la jurisprudencia, de la Administración, de algún grupo social o de la comunidad en general; conforme a ella, las reglas del Derecho natural toman valor de normas legales o consuetudinarias; aunque merezcan el nombre de principios generales del Derecho natural sólo cuando la recepción se hace por la comunidad y sin que se formule en una regla específica.» (págs. 459 y s.)

Como vemos, en el primer más elevado puesto de los principios generales de Derecho sitúa a los de Derecho natural.

No es cosa nueva, sino que se percibía en las más antiguas manifestaciones del Derecho que nos son conocidas. DE CASTRO va siguiendo sus huellas desde el mundo griego.

«En Grecia se concibe el Derecho como una manifestación del orden universal (κοσμος), establecido por los dioses, o ley general (κοινος νομος); en el ordenamiento jurídico de cada ciudad (ἴδιος νομος) se reconoce la existencia —junto a la ley escrita— de una ley no escrita (αγραφος νομος), derivada de la Naturaleza, basada en la equidad y la tradición o impuesta por las convicciones morales y religiosas.

»La organización jurídica romana, a pesar del preponderante papel político que en ella alcanzó la ley y de la función renovadora que se confiaba al pretor y a los "prudentes", estaba también basada en leyes no escritas. Repetidas veces, CICERÓN señala que el Derecho civil está constituido no sólo por las leyes *senatus consultus*, sentencias, autoridad de los juriconsultos y edictos de los magistrados, sino también *more et aequitate*, y que, al lado de la ley escrita, existe la establecida *sine litteris, aut gentium iure, aut maiorum more.*» (pág. 448)

Y explica: «La conciencia del valor de las normas no formuladas hace que los juristas romanos apoyen sus decisiones en la *ratio iuris*, en la *natura rerum* e incluso en la *pietas* y en la *humanitas*; la tradición, *amore antiqui moris*, ha mantenido la sorprendente unidad y uniformidad del Derecho romano a través de los siglos; en fin, explica que se pueda llamar fundamento de la Justicia a principios no expresados en las leyes, como la *fides.*» (pág. 449).

En el mundo medieval advierte la perspectiva universalizada del orden jurídico: «La concepción jurídica de la Edad Media, iluminada por la doctrina católica, no contraponen la ley a las normas no formuladas, sino que parte del origen común y de la unidad fundamental de todo lo jurídico. Santo Tomás enseña que la ley humana descende de la ley natural, derivándose unas veces como la 'conclusión del principio' (*ius gentium*) y otras "por modo de determinación particular" (*ius civile*).» (pág. 449)

La edad moderna trae otro planteamiento jurídico:

«Hasta la época moderna no se pone en cuestión la existencia de principios jurídicos fuera de la letra de las leyes, y, por ello, hasta entonces no se discute en torno suyo ni se inquiere por su especial naturaleza. La dirección individualista del Derecho pone a los principios del Derecho en la primera línea de la consideración teórica. Primero negándolos y condenándolos, en lucha contra la autoridad del Derecho romano y canónico y frente al influjo de la tradición católica, para favorecer al arbitrio de los príncipes protestantes. Después, pasado el momento de la labor negativa y elaborados ya, por los corifeos de la escuela, propios principios, la conveniencia práctica (dada la insuficiencia del texto de las leyes) y el deseo de conseguir mayor fuerza para sus ideas, hace renacer el interés por los principios del Derecho.

«El ambiente del ius-naturalismo individualista domina durante el siglo XVIII, lo mismo en las Cortes de Berlín y de Viena que en los círculos y clubs revolucionarios franceses. Con y por él serán acogidos dentro del movimiento codificador los principios generales del Derecho.» (págs. 449 y s.)

DE CASTRO critica esa nueva posición: «La intervención decisiva de la Escuela de Derecho natural individualista, en la admisión de los principios generales por los Códigos austríaco y albertino, hará que la repudiación general que sufre después esa escuela se refleje en un desprestigio de los mismos principios. El predominio del positivismo jurídico vendrá a confundir y a unir en igual condena el Derecho natural y toda regla no legislada.

«Es necesario, ante todo, insistir sobre la radical diferencia entre la doctrina de la escuela católica de Derecho natural, que lo concibe como firme e inatacable conjunto de verdades objetivas, derivadas de la ley divina y eterna, y las concepciones individualistas que formulan reglas de Derecho natural conforme al arbitrio de la razón individual. Aquél merece, pero éste no, el título de Derecho natural.

«Hay, también, que apartar del contenido del Derecho natural todo lo que no tenga este carácter. Incluso en los autores mejor intencionados, por influjo de los equivocados métodos de la escuela individualista, se encuentra atribuido el carácter de Derecho natural a reglas que, por algún motivo, les ha parecido racional o conveniente darles carácter general. Más peligrosa se muestra esta tendencia cuando se trata de cubrir con el manto del Derecho natural la defensa de determinadas y circunstanciales ideas políticas.» (págs. 453 y s.)

Párrafos después, prosigue:

«La fuerza extraordinaria de la dirección positivista y la enemiga fanática contra el Derecho natural, determina que se condene toda referencia a sus preceptos, pero no suscita iguales recelos la idea, un tanto vaga, de normas subsidiarias del Derecho legislado; aceptadas por los positivistas, para impedir pereciesen por asfixia,

a fuerza de abstracción sus construcciones, será la puerta por la que se irá reconociendo la existencia, primero, y, después, la primacía de las normas extrapositivas.

»La historia de las doctrinas jurídicas muestra cómo, de este modo, las escuelas enemigas del Derecho natural llegan a admitir, con distintos nombres o disfraces, la existencia de principios jurídicos fuera de la ley.» (pág. 455).

Y concluye que, «si bien el reconocimiento de la imperfección de la regulación legal y de la necesidad de acudir en su defecto a principios no formulados, son un primer paso y un expediente hábil, no puede la doctrina jurídica detenerse en él, porque sería desconocer la verdadera naturaleza de los principios generales. Con ellos se alude a una realidad jurídica independiente y superior a la ley positiva, a aquella que le da sentido jurídico, valor moral y eficacia social.» (pág. 456)

Estima DE CASTRO que, para evitar errores al relacionar el Derecho natural y los principios generales, conviene advertir:

«1.º Que, al sostenerse que los principios del Derecho natural son principios generales del Derecho positivo, se alude al Derecho natural objetivo y se rechazan las pretendidas reglas, invención arbitraria de la dirección individualista.

»2.º Que no todos los principios del Derecho natural son recibidos por el Derecho positivo.

»3.º Que no todos los principios generales son de Derecho natural, pues existen también los tradicionales y los políticos.» (pág. 454).

Penetrando en el examen de los principios de Derecho natural, explica:

«El Derecho natural es la base del Derecho positivo y ha de informar todo el ordenamiento jurídico del Estado, por ser reflejo de la ley eterna y corresponder a la verdadera naturaleza del hombre. Queda entonces afirmado el Derecho positivo en el fundamento de los fundamentos y anclado sólidamente en las verdades imperecederas; la ley humana debe cumplir —en el modo imperfecto que le es posible— su misión de colaborar en el maravilloso orden y armonía de la creación.» (pág. 466)

Seguidamente se ocupa de dilucidar, la «serie de dudas y cuestiones» que la «enemiga e incompresión respecto al Derecho natural origina» acerca del significado de éste respecto al positivo:

a) Respecto de la *variabilidad del Derecho*, dice: «Pero la variabilidad del Derecho humano y de los principios que lo inspiran nada dice contra la existencia y función del Derecho natural; pues el mismo Derecho natural requiere el adecuado mudar de la ley humana.» (págs. 466 y s.)

En nota añade: «Como dice Santo Tomás, la ley humana está sujeta a mutación por dos causas: por parte de la razón, porque

el procedimiento de la razón humana es llegar por grados de lo imperfecto a lo perfecto; por parte de los sometidos a la ley, porque la ley humana debe de estar en relación a las condiciones de aquellos a quienes se impone, y así cuando varían o se modifican estas condiciones debe mudarse también y modificarse la ley. *S. Th. I, 2.^a, qu. 97, a. 1.*» (nota 1, pág. 467)

b) Acerca de la *imperfección del Derecho*, advierte: «Se impone sólo la armonización del Derecho positivo con el Derecho natural. El Derecho natural es luminar que orienta los progresos y retrocesos del Derecho positivo; el legislador, conforme a las variadas circunstancias, habrá de trazar y construir su propio camino, con desviaciones e inexactitudes, a través de toda clase de peligros y dificultades; muchos pueden ser los caminos, mejores o peores, más o menos rectos, que hacia él se dirigen; pero sólo se podrá considerar extraviado y condenable el que no tenga en cuenta o vaya en dirección contraria al Derecho natural.» (pág. 467).

c) En cuanto a la *extrapositividad del Derecho natural*: «El Derecho natural no se confunde con el Derecho positivo, pero tampoco están separados en dos esferas incomunicadas. El Derecho natural está por encima del Derecho positivo, como legitimador del Derecho estatal; mas a su vez, el Derecho positivo concede eficacia —positiva— a una parte del Derecho natural, en cuanto se concreta en normas formuladas o acude a él para obtener principios aplicables *hic et nunc*. Esta positivación del Derecho natural puede hacerse en mayor o menor escala, de modo tácito o expreso.» Esa positivación, añade, «es un hecho social que se manifiesta a través de distintos órganos —afirmativa o negativamente— en el contenido de los textos legales, actuación de las autoridades, en especial de los Tribunales, en la actividad de los juristas y, sobre todo, en el juicio valorativo que imponga la misma comunidad nacional.» (págs. 461 y s.)

Afirma DE CASTRO que, en Derecho español la positivación del natural «está impuesta con la remisión a los principios generales del Derecho» (pág. 467), respondiendo a los antecedentes históricos, que expone páginas antes:

«La concepción jurídica española no permite separar a las normas legales de los principios religiosos y morales y de su finalidad política: se hacen, como dicen Las Partidas, "a servicio de Dios y a procomunal de las gentes". No es un azar, por cierto, que haya sido un español, RAIMUNDO LULIO, el que primero utilice el término de principios del Derecho y señale su significado y contenido.» (págs. 461 y s.)

Nota, al respecto, que la doctrina clásica española, «a pesar de su reverencia por la autoridad del Derecho romano y de los antiguos maestros, no olvida que se debe mayor respeto a las normas del Derecho natural. Se acepta, como opinión general, contra los excesos de los romanistas, que el Derecho romano sólo era alegable y aplicable en los Tribunales como supletorio del Real, en cuanto

fuese exponente de la razón natural.» *Tamquam rationis naturalis* —según citas que hace de GREGORIO LÓPEZ, BURGOS DE PAZ, MOLINA, SÁNCHEZ—, regla que, en el siglo XVIII, es impuesta por Auto del Consejo pleno de 4 de diciembre 1713 (pág. 462).

A juicio de DON FEDERICO: «Estas ideas nunca se abandonan, y con terminología semejante a la actual se mantienen hasta la época de la codificación, cuya obra inspiran directamente.» (página 462). Y concluye: «Con la aceptación del término de principios generales del Derecho, no se ha modificado la situación jurídica anterior al Código. Ha venido sólo a confirmarse y a ponerse en primer plano, en contra de las corrientes positivistas que dominaban en otros países, el valor fundamental reconocido a las normas no legisladas, en especial a las del Derecho natural.» (pág. 463).

B) *El Derecho natural en la aplicación de la equidad.*

Explica DE CASTRO que no cabe contraponer Derecho y equidad sino bajo el régimen del *ius strictum*, pues: «desde el momento en que se admite una interpretación o corrección de la ley conforme a la Justicia (sistema del *ius aequum*), la equidad deja de estar fuera y entra a formar parte del sistema jurídico positivo.

»En el Derecho español, el engarce entre la equidad y los principios generales del Derecho natural parece claro. Supuesto de la aplicación de la equidad es la *inadecuación* (carencia de equidad) entre un caso concreto y la regla que parece regularlo; la inadecuación no resulta ni de la regla ni del caso, sino del hecho que la regla positiva está limitada o corregida por un principio de Justicia; es éste el que determina la falta de equidad e impone que el caso se regule no por esa regla, sino por el principio de Justicia. La equidad no es más que una manifestación del mecanismo fundacional de los principios generales, la exigencia de acudir a los principios superiores (*altiora principia*) de Justicia, para decidir un caso para el que resulta inadecuada (según el principio general correspondiente) la regla legal.

»La jurisprudencia utiliza, en general, el concepto de equidad como equivalente al de Justicia...» (pág. 471 y s.)

En nota, a las palabras *altiora principia*, cita a SANTO TOMÁS, *S. Th.*, 2.^a, 2.^{ae}, q. 51, a. 4 y a SUÁREZ, *De legibus*, 6, 6, § 8 (nota 1, pág. 672).

Entiende que el Código civil «utiliza los términos "equitativamente" (art. 1.154) y "equidad" (art. 1.690) conforme al uso y al sentido de la antigua doctrina». Y concluye que, estos artículos, «pueden citarse como ejemplos de *ius aequum*, más que por la referencia a la equidad, por la excepción que suponen a la aplicación estricta de la ley del contrato, encomendándose al juez la moderación o el control de sus disposiciones conforme a los principios de Justicia.» (págs. 472 y s.)

Los antecedentes legislativos lo confirman, como muestra DE CASTRO, citando el siguiente comentario de GARCÍA GOYENA: «La equidad, tan recomendada en el Derecho, no es otra cosa que la razón o justicia natural, y ésta debe ser el verdadero suplemento de las leyes expresas.» (pág. 463).

C) Lo expuesto a lo largo de este epígrafe, explica la concepción más amplia que la de *ordenamiento jurídico* que expresa el Prof. DE CASTRO con la locución *orden jurídico*: «El orden jurídico —dice— será el último objeto de las normas en cuanto es dar realidad a la jerarquía de fines. Una de las grandes aportaciones de la doctrina católica ha sido ver en la *ordinatio* la función básica del Derecho y señalar que las normas jurídicas tienen que ser juzgadas no en su consideración aislada, sino en conjunto, como indicara SANTO TOMÁS, por su origen, materia y fin, por su resultado total en la realidad.» (pág. 63)

X. EL METODO PARA LA REALIZACION DEL DERECHO

La finalidad del Derecho es, sin duda, instrumental, la realización de la Justicia, con la que se funde en la función de *ius suum quique tribuere*. Pero, la piedra de toque para valorar esa función se halla en donde se sitúa su techo o su cúpula. Ahí se advierte la fundamental diferencia que contrapone el positivismo y el iusnaturalismo. El primero pone el techo en su respectivo ordenamiento jurídico positivo. El segundo sitúa su cúpula en la consecución del orden jurídico.

Esta diversa postura comporta diferencias sustanciales en cuanto a la significación, la interpretación y la aplicación de las normas en la realización del Derecho.

La posición en esta materia, del Prof. DE CASTRO es nítida. Basta leerla para comprenderlo:

«En el estadio de realización ha de considerarse la norma como instrumento, y el orden jurídico como fin a conseguir. Deben, por ello, estimarse las dos caras o planos de la realización del Derecho, teniendo en cuenta el significado instrumental del uno y el final del otro.» Se busca «conseguir el orden externo que, a su vez, se basa en el orden interno, en el respeto a la jerarquía de los valores morales, o sea, en fin de cuentas, la verdadera realización jurídica, lograr el bien común mediante la mejor realización social de la Justicia.» (pág. 488)

De ahí que estime, de acuerdo con la definición del AQUINATENSE (*S. Th.*, 1.^a 2.^{ae}, *qu.* 91, *a.* 4), que la ley: «Como norma jurídica ha de tener, para poder llamarse tal, legitimidad interna (racionalidad del precepto) y externa (potestad legítima del que la promulga).» (pág. 388)

Y, al analizar su carácter jurídico, indica: «En torno a la ley se ha reproducido, con meros cambios terminológicos, la disputa sobre la naturaleza del Derecho. Así, la esencia de la ley se ha visto: 1. En su *ratio* o porqué jurídico. 2. En la voluntad de quien tiene el Poder. 3. En su legalidad o conformidad a ciertos requisitos legales.» En nota (4) comenta: «La doctrina tomista coloca en la "*ratio*" la base de la Ley, como la de todo el Derecho. El nominalismo, con OCCAM, con su crítica de la razón y el predominio dado a la "*voluntas*", abre el camino de las concepciones absolutistas, que asientan la ley en la voluntad del soberano (HOBBS, BODINO). Esta dirección encontrará apoyo en los romanistas, que resucitan (con variantes) la regla "*quod principi placuit, legis habet vigorem*" (D. 1, 4, 1, *pr.*) y en la doctrina protestante que niega o repugna el Derecho natural (LUTERO y más decidida y sistemáticamente ZWINGLIO). La situación de desamparo creada por el desconocimiento del Derecho natural lleva a la búsqueda de criterios externos para distinguir entre ley y arbitrio: carácter general de la Ley, constitucionalidad. Su carácter insatisfactorio ha dado entrada, de nuevo, a otras tendencias absolutistas, como las que identifican la ley con la "voluntad del Estado", la "voluntad y plan del Jefe", "los intereses y la voluntad del Partido".»

Continúa, en el texto: «La doctrina clásica española ha seguido la concepción católica de la ley. Previo y condicionante será el que la regla tenga condición jurídica. El valor normativo de la ley (*vis obligandi*) se deriva de la finalidad justa del precepto y de la voluntad política del Poder que la dicta; la falta de uno de estos elementos impide el nacimiento de la ley; no habrá entonces más que un acto de fuerza, una aspiración o programa. Característica de la doctrina española ha sido el vigor con que exige que la ley tenga contenido moral, sea conforme al Derecho natural y sirva al bien de la comunidad.» De sus citas, destaquemos las de SUÁREZ (*De Legibus* I, 5, 11) y SOTO (*De Iustitia et Iure* I, 1) (págs. 388 y sig.).

Tal vez no resulte ocioso aquí recordar un reconocimiento que DE CASTRO hace del influjo que él tuvo del DOCTOR EXIMIO: «Las ideas de SUÁREZ sobre el concepto del Derecho, naturaleza de las normas, conceptos y caracteres de la ley y de la costumbre, aplicación e interpretación de la ley, han sido recogidos y, en general, han inspirado a los correspondientes capítulos de este libro» (página 177).

En cuanto al «paso intermedio, necesario, entre la norma (la orden) y el orden jurídico» (pág. 487), advierte DE CASTRO: «El tránsito desde la esfera de los conceptos —exacta, constante y diáfana— al vivir real de la sociedad —cambiante, multiforme, sólo asequible por la intuición— es de extraordinaria dificultad teórica, pero necesidad ineludible para el Derecho. ¿Cómo se pasa de la una al otro, qué camino les puede unir? ¿Deben relacionarse o permanecer independientes? ¿En qué situación de subordinación o

igualdad, deben mantenerse? Estas son las cuestiones que se aluden al hablar de método jurídico. Trasciende de la determinación del modo de *buscar la regla jurídica aplicable al caso*, e implica el ser del Derecho, *nuestra posición y conducta respecto al Derecho.*» (págs. 488 y s.)

En los tiempos modernos —dice— «de modo creciente, ha ido poniéndose de moda la cuestión del método en el Derecho»... «Colocando en primer plano la cuestión metodológica, queda arrumbada y en la sombra la fundamental y decisiva. la de la naturaleza y fin del Derecho. Implícitamente, con sólo el silencio, se acepta el postulado escéptico y relativista de la doctrina positivista y se reduce la cuestión metodológica a una sola tarea, la de "técnica del manejo de las normas". La importancia del método es incuestionable, pero no constituye un problema independiente, sino subordinado. Método significa dirección dada al conocimiento respecto a un objeto, camino para conseguir un saber teórico o para poder convertir en realidad práctica la teoría. Es necesario saber adónde se va antes de preguntarse cómo se va mejor. Se requiere partir de la idea del ser del Derecho para poder determinar con exactitud el método jurídico a seguir. Mantener o no el carácter trascendente del Derecho, buscar o rechazar con fin jurídico primario la realización de la Justicia, es lo que separa de forma irreconciliable y de idéntico modo los conceptos y los métodos, exactos e inexactos del Derecho. Hallada la concepción jurídica verdadera, ella misma señalará cuál sea el mejor método a seguir.

»Las corrientes teóricas que cifran la función de la ciencia del Derecho en averiguar el *modus operandi* sobre "los datos experimentales del Derecho" (leyes, intereses, sentimientos, conductas de los jueces, órdenes concretas), estiman indiferente para sus disquisiciones metódicas lo que se refiere al concepto y al fin del Derecho, pero juzgan así porque de hecho desconocen a uno y a otro. El error está en su punto de partida, y ello, necesariamente, ha de reflejarse en todas sus consecuencias y, especialmente, en el enfoque de la cuestión metodológica.» (págs. 489 y s.)

Por eso concluye: «Hay que tener siempre bien presente que las funciones técnicas —interpretativa y sistemática— están subordinadas, como instrumentales, a los fines de la función realizadora del Derecho, marcados por los principios generales orientadores.» (pág. 491)

DON FEDERICO señala el itinerario de la pérdida de esa orientación que brilló «en los grandes movimientos jurídicos creadores: romano, Derecho intermedio y escuela española»:

«Los "prudentes", como el pretor en Roma, buscaban la conveniencia y la justicia de la solución dada; el orden de exposición de los estudios jurídicos o del edicto se consideraba adecuado, con tal que no dificultasen la comprensión de su contenido. Los glosadores y postglosadores interpretan las leyes del Derecho justiniano como Derecho vivo; respetan su letra y reverencian fórmulas y sistema,

pero reelaboran su contenido —con la técnica escolástica de distinciones y subdistinciones— para obtener resultados justos en la práctica.

»El cambio estará determinado por varias corrientes de ideas nacidas con el Renacimiento. Los ataques de los humanistas contra la jurisprudencia de su época será incentivo para un nuevo método (*usus gallicus*), basado en el estudio filológico. Su generalización llega a estos resultados: socavar la autoridad de los textos justinianos, preocuparse fundamentalmente por la pureza de los fragmentos clásicos y no dar importancia al fin social de las disposiciones ni a su adaptación para la aplicación práctica. Más grave, por su hondura y trascendencia, es la repercusión del protestantismo: la insubordinación contra la autoridad de la Santa Sede y del Concilio llevará consigo la repudiación del Derecho canónico, textos y principios; además, prepara la ruptura entre la esfera moral y la jurídica, que tan graves consecuencias tendrá.» (págs. 491 y s.)

A su juicio, «sobre todo, será decisivo el abandono de las formas escolásticas de razonar y el entusiasmo en favor de los nuevos métodos, en especial por arte dialéctico (*ars bene disserendi*) de PETRUS RAMUS (PIERRE DE LA RAMÉE, 1515-1571).

»La autoridad de la tradición y de la Iglesia se creyó poderla reemplazar por sistemas fundados en razonamientos, divisiones y clasificaciones elaborados dialécticamente. En el mismo grupo forman todos los enemigos de una y otra; los romanistas, los hugonotes franceses huidos a Universidades alemanas y los juristas influenciados por MELANCHTON. Característico, por ello, de tal dirección serán los estudios sobre metódica jurídica, y los nuevos tratados de Derecho se recomiendan al lector como confeccionados según al "método sintético", con el adjetivo *methodice* o el título *synopticos tractatus*.

»Contraste radical con esos aparatos sistemáticos, las más de las veces vacíos de todo contenido, ofrece la escuela jurídica española. No preocupa el orden de las materias, sino la exactitud de los principios. La autoridad del Derecho no hay que basarla en medios artificiales; tiene su fundamento incommovible en la teología moral y en un Derecho nacional.» (págs. 492 y s.)

»Emprendido el mal camino —sigue—, pararse es difícil, y lo que era dirección equivocada se convierte en error de resultado. Los juristas se preguntan: ¿Por qué, en los casos en que un texto jurídico falta, no utilizar también, para completar el Derecho, criterios dialécticos, los procedimientos empleados por la matemática y la filosofía? El medio propuesto para ello es la *analogía iuris* o *proportionale*. De este modo, del sistema, de las definiciones, de la lógica, del *ratiocinare* y del *argumentari ex legibus*, se espera completar el contenido de las leyes: *in lege non expresum decidere*.

»El pandectismo alemán continúa basado en esas premisas. Le impedía ver el espejismo sufrido su enemiga al Derecho natural, el cultivar un Derecho desligado del sentir nacional y la preparación filológica de sus cultivadores. La renovación de los estudios a mediados del siglo XIX significará acentuar el conceptualismo y el poder creador atribuido a la construcción sistemática.

»La exposición de la infraestructura teórica del método dogmático la hace en forma insuperable JHERING; la técnica jurídica ha de trabajar sobre "los cuerpos jurídicos" o "elementos simples del Derecho", obtenidos por el "análisis jurídico"; conseguido así el material, se procede a la segunda operación, "la concentración lógica", para transformarlo en reglas generales, que, a su vez, y mediante un nuevo proceso de abstracción, producirán la "construcción jurídica"; el conjunto de estas operaciones, en fin, culminará en el "sistema"; llegado a esta altura, "la dialéctica es una fuerza viva, fuente inagotable de nuevas verdades".

»La clara exposición de JHERING, más que otra causa, al dejar descubierto el escamoteo de dar valor jurídico creador a la mera ordenación sistemática, produce la moderna reacción contra el dogmatismo jurídico. Aunque abandonada por la doctrina moderna alemana (al menos externamente), se mantiene y da todavía brillantes frutos en otros países. La razón de esta supervivencia *post-mortem* está en que su abandono supone el del dogma fundamental del positivismo jurídico; salir de la letra de la ley y de las operaciones sistemáticas es —para éste— salir del campo del Derecho, o lo que para esta teoría es peor, reconocer la existencia del Derecho natural.

»La escuela kelseniana realiza el último ensayo de gran estilo para salvar el positivismo; reduce, para ello todo el Derecho a mero sistema y cada norma recibe su justificación y su valor jurídico de la coordinación sistemática.» (págs. 493 y s.)

En cuanto al moderno concepto de *sistema* y a su función —de «seriar, clasificar y definir conceptos»— indica DE CASTRO: «Su función es subordinada: la clasificación ha de tener una finalidad y el orden estar determinado por una jerarquía, ni una ni otra pueden ser creadas por el sistema, sino que éste las presupone y en ambas ha de basarse.

»El sistema no es imprescindible para el Derecho, pero es de gran utilidad por la claridad que para su conocimiento produce. En cambio sacarlo de su función instrumental y querer basar en la perfección o en la elegancia del sistema la autoridad del Derecho o pretender atribuirle una mística fuerza jurídica productora, son atentados inadmisibles contra la dignidad y la naturaleza del Derecho.

»Un sistema jurídico, para ser aceptable, ha de partir de la idea verdadera de Derecho y reconocer, por tanto, la función creadora y directora y el puesto jerárquico primario que corresponde

a los principios jurídicos. Haberlo advertido es una importante contribución de la escuela jurídica española a la ciencia del Derecho.» (pág. 494)

XI. EL DISCERNIMIENTO DEL DERECHO Y LA SOLUCION DE LAS CUESTIONES JURIDICAS

El primer problema que plantea el sentido en que se emplea la palabra interpretación —en sentido estricto *explicatio* (pág. 495)— es impreciso, dice DE CASTRO; «unas veces muy amplio aludiéndose con este término todas las cuestiones sobre la realización del Derecho, y otras se le reduce al procedimiento para averiguar el sentido de las leyes.» (pág. 509)

En ese sentido amplio, la primera pregunta que se plantea —conforme explica y responde— es: «¿hasta dónde está permitida la búsqueda de la norma aplicable? La teoría oficial del positivismo ha pretendido limitar la investigación a las leyes que constituyen el ordenamiento jurídico positivo. Esto es lógicamente imposible, porque siempre habrá que aplicar reglas que no son leyes; así, fuera de la ley está la regla que dispone cómo esta ley (la misma que contiene reglas para la interpretación) ha de ser entendida, y, prácticamente, toda ley siempre deja al intérprete extremos que concretar. Y es que el sostén del ordenamiento legal está fuera de las leyes, por encima de la misma ley constitucional, por lo que, en la búsqueda de la norma aplicable será constantemente necesario salir del texto legislado.» (pág. 510).

Dos caminos caben en esta cuestión: «a) Separar lo ordenado en la ley, lo más posible, de toda idea que no tenga su expresión en la misma letra de la ley (*ius strictum*), sea por falta de desarrollo jurídico (primitivismo), afanes de seguridad y recelo, o por deseo de mantener el Derecho en una aparente zona neutral; b) O bien admitir que la norma está íntima e indisolublemente ligada a los principios morales y políticos de la comunidad (*ius aequum*). La concepción positivista tenderá a la omnipotencia y exclusividad de la ley, junto a la que —como complemento necesario— el individualismo liberal agrega el principio de la presunción favorable al libre juego de las fuerzas sociales (*nullum vinculum sine lege*); la concepción totalitaria (en todas sus formas) tiende a imponer la supremacía de los principios políticos; la concepción cristiana, que es la idea de la vida propia de la comunidad española, asienta y completa las normas en los principios de justicia.»

A juicio DE CASTRO: «Una concepción realista del Derecho ha de reconocer que la búsqueda de la norma aplicable puede y debe seguirse *más all áde la ley*; pero también que la ley en el Derecho moderno, como expresión del Poder del Estado, tiene la máxima *auctoritas*, que tiene valor de principio jurídico la normal primacía de la ley en el ordenamiento jurídico (arts. 5 y 6 C. C.). La ley

constituye, de hecho, la parte más sólida, firme y resistente de la estructura jurídica, y a ella atenderá primeramente quien aplique el Derecho; pero la ley *está* en el ordenamiento jurídico y sufre el influjo de las demás normas (superiores en jerarquía o posteriores en el tiempo), que pueden derogarla y cambiar su carácter y sentido.» (págs. 511 y s.)

Esta cuestión se halla íntimamente relacionada con la planteada en el Derecho moderno de las lagunas de la ley. De ella dice el Prof. DE CASTRO: «Sobre esta cuestión se libra una de las más ardientes entre las batallas doctrinales. El motivo del encono de la lucha está en que, bajo la apariencia de una discusión terminológica (qué debe denominarse laguna jurídica) se exterioriza la enemiga entre el positivismo legalista y las direcciones que exigen el reconocimiento de un Derecho fuera del texto de las leyes.» Y explica:

«El antiguo Derecho romano confiaba a la autoridad de sus magistrados y jurisconsultos la misión de completar las leyes; en la Edad Media, la concepción católica había señalado al Derecho natural como fuente inagotable del Derecho. No había dificultad para uno y para otra en reconocer los fallos e imperfecciones de las leyes.

»La negación del Derecho natural por diferentes escuelas jurídicas plantea, con un nuevo sentido, la cuestión de las lagunas. Cuando las fuentes son insuficientes para resolver un problema jurídico, se dice que hay que completarlas, "porque la universalidad del Derecho es tan esencial como su unidad" y se acude a la analogía o, más precisamente a la analogía del Derecho. La razón de ello se basará en el *horror vacui* del Derecho que no permite ningún espacio vacío; así, al afirmarse la naturaleza "lógicamente perfecta del Derecho", con sus fuerzas siempre «latentes», se puede negar ya la existencia de las lagunas y decir: no hay lagunas en el Derecho, sólo las hay en su conocimiento.

»La analogía y el sistema no parecen suficientes a la dirección dogmática para asegurar la perfección del Derecho positivo y la exclusión de las lagunas, y se acude al argumento *a contrario*: Que haya hechos no regulados por el Derecho —se afirma— no significa la existencia de una laguna, porque el ámbito regulado por el Derecho "decide implícitamente respecto del resto: que sobre ello no se debe ordenar jurídicamente"; si después de usar todos los medios científicos no se puede extraer de las leyes una solución para el caso, hay que deducir, retrospectivamente, que "la cuestión jurídica de que se trata es ajurídica, que cae en el *espacio vacío* de Derecho".» (págs. 529 y s.). Esta es la tesis de BERGBOHM, de quien son las expresiones entrecomilladas.

Observa a este respecto DE CASTRO: «La escuela histórica piensa que la analogía hace nacer una nueva regla jurídica en virtud de la unidad orgánica del Derecho y que es uno de los modos de creación jurídica en que se manifiesta el Derecho de los juristas.»

... «con la regulación de todo el Derecho (*analogía iuris*) —en el que se manifiesta "el espíritu de la totalidad del Derecho"—, hace brotar reglas que nacen del mismo ordenamiento jurídico; con la importantísima consecuencia, para la dirección positivista, de poder negar las lagunas de la ley y evitar así tener que recurrir a los principios del Derecho natural.» (pág. 534).

«Las doctrinas "modernistas" —dice DE CASTRO—, por el contrario, proclaman altamente la existencia de lagunas en el Derecho, incluso en las llamadas lagunas impropias, por faltar la determinabilidad en la determinación; es preciso —se dirá— buscar el Derecho fuera de la ley y conceder libre arbitrio al juez en todos los casos de insuficiencia o injusticia de la ley.

«La escuela de la jurisprudencia de los intereses adopta una posición intermedia.» ... «acude a un procedimiento parecido al del método dogmático, pues para pesar los intereses se usa el arbitrio del estira y afloja, de la analogía y del argumento *a contrario*. Se diferencia del método dogmático en que no se admite el postulado de la perfección del Derecho positivo y en que, como el Derecho libre, reconoce la existencia de casos en que es preciso recurrir al libre arbitrio del juez.»

«Como último reducto del positivismo —prosigue—, el normativismo insiste en salvar la perfección del ordenamiento legal, diciendo que carece de lagunas, pues cuando la ley no impone una obligación hay libertad, y que ni siquiera existen lagunas técnicas, pues cuando el legislador no regula la que debió (p. ej., procedimiento de elección de un órgano, que se mandó nombrar por elección), está permitido cualquier camino.» (pág. 531). Es la tesis de KELSEN para quien lo jurídico es puramente formal, ordenador de la pirámide jurídica de mandatos basados en la voluntad del órgano competente. En esa perspectiva «No hay lagunas porque el Derecho se completa a sí mismo, mediante la actividad del juez; hay lagunas porque se reconocen casos en que es preciso salirse de la ley y, abandonando los pretendidos procedimientos lógicos, buscar fuera de ella la solución.» (pág. 532).

Hemos llegado de la mano experta de DON FEDERICO a un punto clave de la actual crisis del Derecho que sufre el mundo moderno. La *razón* de la Ilustración se ha refugiado en un formalismo, que cada vez se muestra más huero, colocado entre decisiones que resultan de aplicar un voluntarismo movido en la dirección de la ideología sensitivamente, es decir, irracionalmente aceptada.

Interpretación y aplicación del Derecho se disocian. El Derecho confundido con la ley positiva, y ésta privada de otro fundamento que la *volonté générale*, el espíritu del pueblo, la decisión del caudillo carismático, o del Partido, no deja a los juristas teóricos otra labor que —con el material de las normas segregadas, exteriorizadas por su interpretación extensiva, por una analogía desorbitada o un desbordamiento del *contrario sensu*, sobre el vacío de

lo no previsto— la de construir y reconstruir las instituciones y el sistema, ya sea a través de conceptos elaborados o bien de los intereses estimados prevalentes, cuando no de las utopías presentadas como meta. Ahí comienza y acaba la interpretación.

La aplicación se mueve entre dos polos: Uno, la subsunción del caso presentado en la norma —sea directamente, con su mera exégesis literal, o bien por el trámite de esa interpretación generalizante y abstracta, hecha ya por los teóricos a la que acabamos de referirnos—, es decir, la obediencia ciega al mando literal del legislador. Y, otro —ante el vacío normativo—, el libre arbitrio del funcionario o juez encargados de decidir, sin más criterio que el impulso recibido de su intuición, de su ideología o del soplo del viento de la historia en la dirección mostrada por la veleta ambiental.

De ahí un enorme contraste con el método clásico, en el que las normas de Derecho positivo estaban inmersas en el océano del Derecho natural, como señales puestas para guiar a quien navegara en sus aguas. En esa navegación, no se trataba de extender la letra de las leyes fuera de su *ratio*, sino de situarla en ella, para ayudar en la rigurosa labor de hallar lo justo concreto, en cada caso, conjugando la proyección de los principios de la ley natural en la realidad de las cosas, y atendiendo a las consecuencias dimanantes de su aplicación de una u otra manera.

El Prof. MICHEL VILLEY, en el vol. XVII de los *Archives de Philosophie du Droit*, dedicado a *L'interprétation dans le droit*, distinguió tres criterios interpretativos: a) El de la exégesis que busca la solución en el análisis del *texto literal* de la norma y proyectándola silogísticamente de un modo «casi mecánico». b) El más abierto, que entiende que los normas de Derecho no hacen sino sugerir, de modo más o menos claro o confuso, una *orientación*, una pista del orden de preferencia que el ordenamiento positivo establece entre los diversos intereses o valores, de cuya prelación deben extraerse los criterios interpretativos del texto de las normas. Y, c) el que concibe la regla de Derecho, no tanto como el medio de dirigir una conducta, sino más bien como un intento de *buscar el derecho natural*, es decir, lo naturalmente justo; ya que las normas sólo colocan jalones, aportan indicaciones fragmentarias que, junto a otras, deben ayudar a descubrir lo justo, puesto que lo escrito no puede abarcar todo lo justo natural que es inexpresable en su plenitud, como ya advirtió ARISTÓTELES.

¿Cuál fue en este punto la posición del Prof. DE CASTRO Y BRAVO? Por lo que hemos visto, no es la primera ni tampoco la segunda. Pero tampoco estoy seguro que sea exactamente la tercera. Creo que no. Pienso que se halla entre las dos últimas, en cuanto eleva y amplía la segunda extendiéndola hasta abarcar el firmamento de los principios del Derecho natural con el supremo valor

de la Justicia; y, a través de la equidad, lo proyecta a lo justo concreto en los casos de «*inadecuación* entre un caso concreto y la regla que parece regularlo.» (págs. 472 y s.)

Pienso que aquí, al lado de nuestra identidad de pensamiento en lo esencial, media esa diferencia entre la posición de mi maestro y la que tengo yo, discípulo suyo. Hace unos meses, al presentar mi *Panorama del Derecho de Sucesiones*, expuse mi posición con estas palabras:

«Las normas positivas, buenas o malas, ajustadas o desajustadas a la realidad y a la justicia, son como mojones puestos que pueden servir para mejor guiarnos, o como alerta de obstáculos —adecuados o no, justos o injustos, salvables o inevitables— que encontramos al desarrollar nuestra tarea de juristas, siempre razonada —aunque no racionalista— en presencia de la realidad viva, en busca de lo justo concreto que hallamos en nuestro camino cotidiano— aunque sin olvidar los principios básicos que salvaguardan toda sociedad de su disolución y, específicamente, la nuestra.»

Tal vez la diferencia de matiz dimana de que mi iusnaturalismo es tomista, fundado en utilizar la doble vía que el AQUINATENSE ofrece en sus tratados *De las leyes*, la primera, y *De la justicia*, especialmente la segunda, mientras que —como antes hemos recordado— DON FEDERICO reconoce que las ideas de SUÁREZ, entre otras cuestiones, sobre «aplicación e interpretación de la ley, han sido recogidas y, en general, han inspirado a los correspondientes capítulos de este libro (pág. 177). Y no olvidemos que el DOCTOR EXIMIO acentuó, con respecto al criterio del DOCTOR COMÚN, el valor y la eficacia de la voluntad en cuanto no fuera injusta, excesivamente dura o resultare, «por conjeturas», que «la voluntad del legislador es otra de la que ostentan las palabras» (*De Legibus* 6. 4, 4, *in fine*). Es decir, puso mayor énfasis en la fuerza voluntarista insita en la ley, que de la dimanante de su razón, al contrario de lo que hicieron el rosellonés GUIU TERRÉ o el jurista gerundense TOMÁS MIERES, según notamos en nuestro estudio acerca de la concepción que éste tuvo de la equidad y la buena razón (*A.D.C.* XXX-I, pp. 3 a 33).

XII. DETERMINACION DEL CONTENIDO DE LAS NORMAS

Mas, para matizar la posición en ese punto del Prof. DE CASTRO, es necesario completar lo expuesto en el epígrafe anterior con lo que él dice al explicar el contenido de la norma y el procedimiento interpretativo para averiguarlo.

Respecto del *contenido de la norma*, dice:

«Antes de intentar averiguar el sentido de una norma es preciso saber qué es lo que se busca a través de los signos que la exteriorizan, qué es lo que se estima como la esencia de la norma. Aquí también la concepción política dominante puede marcar variados

caminos: adivinar la intención del tirano al que hay que complacer, tratar la ley como un oráculo separado de toda realidad, apreciarla como instrumento de dominio de una persona o de una clase, o bien considerarla como regla de justicia, o sea, como verdadera norma jurídica. La buena dirección está marcada por la misma naturaleza de la ley, y es la que generalmente se le reconoce, excepto en situaciones sociales patológicas.

»La ley recibe su autoridad del que la crea (*auctor*), ha de atenderse, primeramente, a la voluntad visible en el mandato; esta voluntad será, normalmente (excepto respecto al tirano), no una voluntad individual, sino una que pueda ser y sea valorada como expresión o representativa del querer de la comunidad. La esencia de la ley, lo que le da valor jurídico es su *ratio*, que determina su *vis directiva*. El contenido de la ley se centra, realmente, en su *fin jurídico*, esto es, en el fin inmediato o propósito organizador concreto propuesto y en el fin mediato, general e implícito de dictarse para el bien común y para la mejor realización de la justicia.» (págs. 512 y s.).

Y por lo que se refiere al *procedimiento de interpretación*, señala:

«La norma jurídica —y en especial la ley— es una regla que contiene un sentido, y un sentido jurídico propio. Por ello, no puede interpretarse psicológicamente, buscando las causas que indujeran a dictarla, ni abstractamente, separándola de la realidad jurídica.»

En consecuencia: «La labor interpretativa no se detiene en el texto legal. La letra de la ley ha de ser el punto de partida de la interpretación y los propósitos del legislador servir para aclarar su sentido, pero ni una ni otros son un límite infranqueable; se trata de llegar a "la médula de su razón", y no hay que pararse en "la corteza de las palabras". Mediante la interpretación se busca el fin jurídico (sentido normativo) de la ley; como ésta no es un fin en sí misma, sino parte del plan jurídico para la organización de la sociedad, se debe investigar el fin que tiene o le corresponde en el ordenamiento, considerando éste en su totalidad; no sólo el fin inmediato de la norma, sino también el mediato o general (servir al bien común). De este modo, mediante la interpretación, podrá concluirse hasta la ineficacia de la regla, en lo que o en cuanto ella resulte contraria a los fundamentos de la organización jurídica.

»El único procedimiento interpretativo adecuado a la naturaleza de las normas es, pues, el *finalista* o teleológico; que, además, aunque pueda parecer paradoja, es el más seguro y el más respetuoso hacia la autoridad del legislador, al que se presume razonable y justiciero.

»La primera operación interpretativa es la obtención y valoración de los datos que permitan llegar a establecer el sentido jurí-

dico de la norma; mediante la determinación del significado gramatical, social, técnico y lógico de expresiones y conducta, teniendo en cuenta las circunstancias y antecedentes. Con estos medios podrá llegarse hasta la *ratio legis específica* (significado individual de la regla), pero esto no basta; la labor interpretativa no se limita a una norma, pues (aparte casos de laguna y antinomia) ésta no puede considerarse aisladamente, sino como parte del ordenamiento jurídico. Por ello, cabe decir que la *interpretatio legis* supone o implica —expresa o tácitamente— la *interpretatio iuris*.

»Los conceptos, definiciones, clasificaciones y construcciones jurídicas deben servir para aclarar y poner de relieve el significado de las normas. A este propósito, servirán mejor que las fórmulas abstractas, hasta ahora en boga, destacar las ideas rectoras del ordenamiento jurídico, formulando los principios que las expresen (principios del Derecho positivo), lo que permitirá, al distinguir sus caracteres, valor y jerarquía en el ordenamiento, entender mejor las reglas que ellos informan.» (págs. 514 y ss)

Concluido y, por mí, releído este trabajo, confieso que resulta más una antología que un análisis. Prefiero que así sea, para que el iusnaturalismo del Prof. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO quede más a la vista del lector y tal como es, no según mi interpretación. Por eso mismo, dejo al lector una respuesta decidida a las dos cuestiones que he dejado planteadas al final de los epígrafes VI y XI.

Concluyo. El año 1974, el I.N.E.J. me publicó los dos volúmenes de mi colaboración al *Tratado Práctico y Crítico del Derecho Civil*, vol. LVIII, que él promovió, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de disponer. Las Legítimas*; y le puse la siguiente dedicatoria: «A mi querido maestro don Federico de Castro y Bravo de quien he tratado de aprender e intentado seguir su rigor en la búsqueda de lo verdadero y de lo más justo, y de quien he recibido tantísimos otros buenos ejemplos no sólo en materia jurídica. Con mi gratitud, admiración y cariño.»

No puedo sino reiterar estas últimas palabras y expresar que, pese mi intento, temo no haber sabido aprovechar suficientemente sus enseñanzas y su ejemplo. Pero el recuerdo de éste y de aquéllas permanece presente y vivo, aunque ahora, por mi parte, sea tal vez tarde para seguir fructificando del modo apetecido. ¡Descansen en paz el maestro, sabio y ejemplar!