

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXVII
FASCICULO I



ENERO - MARZO
MCMLXXXIV

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Dirección

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

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

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

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUNEZ 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

JOSÉ MELICH ORSINI: <i>La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones</i>	3
CARLOS VATTIER FUENZALIDA: <i>Gastos y mejoras en el arrendamiento rústico.</i>	63
FRANCISCO JORDANO FRAGA: <i>Consideraciones preliminares para un estudio crítico de las reglas de responsabilidad contractual en el Código civil español</i>	109

Estudios de Derecho extranjero

HANS-LEO WEYERS y GISELA KUNHN-PÄBST: <i>Apuntes sobre la evolución del Derecho civil de la República Federal de Alemania en 1981/82</i>	157
BERNARD DUTOIT: <i>Crónica del Derecho suizo del año 1982</i>	167
TOYOHIRO NUMURA: <i>Crónica del Derecho civil japonés: 1982</i>	193

Información Legislativa

A cargo de Pedro de Elizalde y Aymerich	199
--	-----

Bibliografía

Libros 239

AUBERT, Jean-Luc: *L'assurance-vie et les assurance de personnes*, por Antonio Cabanillas Sánchez.—CASTAN TOBENAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, por Carlos Vattier Fuenzalida.—COMENTARIOS A LAS REFORMAS DEL DERECHO DE FAMILIA, por Antonio Pau Pedrón.—DE LA CUETARA, Juan Miguel: *La actividad de la Administración*, por Antonio Pau Pedrón.—DIEZ PICAZO, Luis: *Dictámenes jurídicos*, por Vicente Espert.—*Estudios jurídicos en honor del prof. Octavio Pérez-Vitoria*, por Antonio Pau Pedrón.—HERNANDEZ GIL, Antonio: *De nuevo sobre el Derecho natural*, por Emilio Serrano Villafañe.—LOPEZ-REY, Manuel: *Criminalidad y abuso de poder*, por Antonio Pau Pedrón.—MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: *Introducción al Notariado y al sistema notarial español*, por Antonio Pau Pedrón.—MOREU BALLONGA, José Luis: *Ocupación, hallazgo y tesoros*, por José A. Doral García.—MOYA GARRIDO, Antonio: *El recurso de amparo según la doctrina del Tribunal Constitucional*, por Antonio Pau Pedrón.—PAU PEDRON, Antonio: *Elementos de Derecho Hipotecario*, por José Poveda Díaz.—POVEDA DIAZ, José: *Los elementos procomunales en la propiedad horizontal*, por Antonio Pau Pedrón.—PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, v. II, por Antonio Pau Pedrón.—REBOLLEDO VARELA, A. I.: *Separación de bienes en el matrimonio*, por Teodora F. Torres.—SALINAS QUIJADA, Francisco: *Derecho civil de Navarra*, por Antonio Pau Pedrón.—SALINAS QUIJADA, Francisco: *Estudio comparativo del Derecho ayalés y navarro*, por Antonio Pau Pedrón.—SECRETARIA GENERAL TECNICA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA: *La reforma del Derecho de familia de 1981*, por Antonio Pau Pedrón.—TAMAYO SALAVERRIA, Virginia y Carlos: *Fuentes documentales y normativas del Estatuto de Guernica*, por Antonio Pau Pedrón.

Revista de revistas

I. REVISTAS ESPAÑOLAS

A cargo de José Ramón Antón Riesco 293

II. REVISTAS EXTRANJERAS

A cargo de Antonio Pau Pedrón 305

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

II. RESOLUCIONES

A cargo de Antonio Pau Pedrón 315

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS:

Algunas consideraciones sobre la acción declarativa ordinaria y la acción ejecutiva en caso de responsabilidad derivada de accidente de automóvil, por Alberto Manzanares 325

II. SENTENCIAS 333

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 XXXVII
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMLXXXIV

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



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

La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones

Por JOSE MELICH ORSINI

SUMARIO: 1. Textos legales referentes a la causa.—2. La causa como «causa final».—3. Causa subjetiva y causa objetiva.—4. La causa como «causa eficiente».—5. La causa como razón justificadora de la sanción jurídica de una promesa.—6. La causa como correctivo de la teoría del consensualismo en la formación de los contratos.—7. La noción de causa del contrato.—8. Causa como fundamento de la atribución patrimonial.—9. La causa como fundamento subjetivo del deber jurídico de cumplimiento de una obligación.—10. El causalismo clásico.—11. El anticausalismo.—12. El neocausalismo.—13. El neocausalismo de Capitant.—14. La ausencia de causa.—15. La ilicitud de la causa.—16. La regla «nemo auditur propriam turpitudinem allegans».—17. La abstracción de la causa.—18. La prueba de la causa.

1. *Textos legales referentes a la causa*

El ordinal 3.º del artículo 1.141 del Código civil enumera entre «las condiciones requeridas para la existencia del *contrato*» la presencia de una «causa lícita» y el apartado IV del § 2.º de la Sección I del Capítulo I del Título III del Libro III del Código civil que trata «de los requisitos para la validez de los *contratos*», encabeza bajo el rubro «De la causa de los *contratos*» los artículos 1.157 y 1.158 en los cuales se analizan los efectos prácticos que se derivan de las deficiencias que puedan darse al respecto, puntualizando al efecto el artículo 1.158 que «el *contrato* es válido aunque la causa no se exprese». Sin embargo, el artículo 1.157 no refiere la causa al contrato, sino a la obligación. Dice, en efecto, este texto legal: «La *obligación* sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita no tiene ningún efecto» (1). Una primera incertidum-

(1) La referencia de la causa a la obligación que hace el artículo 1.157 (idéntico al 1.131 C. Civ. francés y al 1.119 C. Civ. italiano de 1865) concordaba antes de la reforma de nuestro Código en 1942 con la alusión que hacía el artículo 1.179 de nuestro Código de 1922 (idéntico al art. 1.108 fr. y al art. 1.104 it. de 1865), al enumerar, entre los requisitos de validez de los contratos, a una «causa lícita *para obligarse*». El que el artículo 1.141 de nuestro vigente Código hable hoy sólo de «una causa lícita y enumere este elemento entre los requisitos del *contrato*, se debe a la modificación que se imprimió al respectivo texto legal bajo el influjo del artículo 10 del Proyecto franco-italiano.

bre surge, pues, ya en el pórtico de la materia que vamos a tratar de presentar, ¿es la causa un elemento del contrato o lo es de la obligación?

Hasta las últimas décadas del siglo pasado la cuestión no parecía ofrecer mucha duda. La noción de causa se aplicaba no ya al negocio, y por tanto al contrato, sino a la obligación o a las obligaciones que surgen del mismo. Fue el legislador italiano de 1865 el primero en hablar de «causa del contrato» en el encabezamiento del párrafo que el Código de Napoleón titulaba simplemente «*De la cause*». Esto, unido al estudio del Derecho romano, donde la expresión causa tenía una significación diferente a la que se recogió en el Código Napoleón por la vía de los tratadistas de los siglos XVII y XVIII Domat y Pothier, a la influencia de la pandectista alemana del siglo XIX que contribuyó a popularizar una otra noción de causa como lo es la llamada «causa de la atribución patrimonial», y finalmente a la elaboración por la doctrina italiana de las primeras décadas de este siglo de la nueva noción de «causa del negocio» entendida como función económico-social del negocio en su integridad (Scialoja, Brini, Ferrarini, Manetti, Coviello, Betti, etcétera), ha contribuido a que podamos decir con el jurista italiano Deiana (2) que «hoy es necesario antes de iniciar una discusión sobre la causa que nos pongamos de acuerdo sobre el significado que se dará a la citada palabra, dado que la misma ha adquirido tantos, que puede decirse de ella que ya casi no tiene ninguno».

LA GENESIS DE LA NOCION DE CAUSA

2. *La causa como «causa final»*

El Código civil no define la causa en ninguna parte, con lo que noción resulta abandonada a los diversos usos que se le ha dado a lo largo de la historia y a las especulaciones de los teóricos. Sin embargo, el hecho de que los textos legales que acabamos de citar tengan su origen en el Código Napoleón (3), y que a su vez los

(2) DEIANA, Giommaria: *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*, en «Riv. dir. comm.», 1938, p. 127.

(3.) El artículo 1.141 venez. es el artículo 10 del PFI, que sustituyó parcialmente a los artículos 1.108 fr. 1.104 it. de 1865; el artículo 1.157 refunde los artículos 27 y 29 del PFI, idénticos respectivamente al primero, al 1.131 fr. y 1.119 it. de 1865 y el segundo, al 1.133 fr. y al 1.122 it. de 1865, siendo de observar que el artículo 27 del PFI innovó los citados artículos 1.131 fr. y 1.122 it. sólo en cuanto a la formulación de la regla *nemo auditur suam turpitudinem allegans*, principio ya plenamente acogido por la jurisprudencia francesa y por italiana del Código de 1865. Este agregado forma hoy el tercer párrafo de nuestro artículo 1.157, mientras que los dos primeros párrafos de este texto concuerdan literalmente con el artículo 1.131 fr. (1.119 del it.) y 1.133 fr. (1.122 del it.).

textos de éste derivan de la interpretación de la idea de causa que se hacían Domat y Pothier, obliga a iniciar el estudio de esta materia a partir de la doctrina de estos tratadistas franceses de los siglos XVII y XVIII. Ellos identificaron la noción de causa con la de «causa final», esto es, coincidieron en considerar que en todo contrato puede discernirse al lado del consentimiento o voluntad de celebrar el contrato, y del objeto, o sea, la materia de la prestación o de las prestaciones de las obligaciones que genera el contrato, el fin (*but*) que determina a la parte o partes que se animan a asumir una obligación.

Un antiguo civilista, Oudot, señalaba en este sentido que para diferenciar la «causa» del «objeto» de la obligación bastaba reflexionar que la «causa» responde a la pregunta *¿cur debetur?* (¿por qué nos obligamos?) en tanto que el «objeto» lo haría a la pregunta *¿quid debetur?* (¿a qué nos obligamos?).

Si consideramos, por ejemplo, el contrato de compraventa de un inmueble, podremos distinguir: de una parte, la obligación del vendedor, que tiene como objeto la transferencia al comprador de la propiedad del inmueble vendido; y del lado opuesto, la obligación del comprador, cuyo objeto es la transferencia al vendedor de la propiedad de una cierta cantidad de dinero, lo que se llama «el precio». Pero, ¿cuál es la causa de la obligación del vendedor? La sola idea de «fin» perseguido por el vendedor al obligarse a transferir la propiedad del inmueble no es suficiente, pues el vendedor se obliga porque desea obtener el dinero para hacer un viaje, o tal vez para hacer una otra inversión, o porque necesita ese dinero para pagar una deuda que él a su turno tiene, etc. A su vez, el «fin» perseguido por el comprador también puede variar mucho, p. ej.: se obliga a pagar el precio del inmueble porque necesita ese inmueble para vivirlo, o porque cree que él va a subir de valor y desea hacer una buena inversión, etc. Los cuasalistas acudían aquí a una distinción que se enraíza en la tradición del derecho intermedio: la causa es la que los glosadores (Bartolo, Baldo, Odofredo, etc.) llamaban «*causa finalis*», esto es, la causa próxima, el fin inmediato, la que se revela como determinante del acto de voluntad y en este sentido tipifica el negocio del que se trata, pudiendo decirse con propiedad que es de ella de donde emana la obligación; y se opondría a la «*causa impulsiva*», la causa remota, los motivos personalísimos que el autor del acto de voluntad pudo haber tenido en cuenta en su fuero interno y sin cuya concurrencia indudablemente no se hubiera decidido a querer aquel fin próximo tipificante del negocio por él concertado (4).

(4) El motivo es un elemento *subjetivo y personal* que obra en el ánimo singular de cada uno de los emisores de las declaraciones de voluntad que concurren a formar el consentimiento. Es claro que así como obra un solo motivo, pueden obrar también varios motivos y, en esta última hipótesis, si estos varios motivos obran en sentido divergente se producirá un estado de «perplejidad», que puede resolverse en que uno de los motivos consiga prevalecer y se emita la declaración de voluntad o que permanezca la situación

Se comprende así que si nosotros podemos distinguir fácilmente una compraventa de un contrato de arrendamiento, a un contrato de trabajo de un contrato de obras, es en gran parte por la noción de causa. Si tanto en el contrato de compraventa como en el de arrendamiento la obligación del comprador o la del arrendatario en su caso es pagar una suma de dinero, en el primer supuesto lo hace para que se le trasmita la propiedad del bien vendido, mientras que el segundo persigue la obtención del mero goce del bien arrendado. En el contrato de obras el comitente se obliga también a pagar una suma de dinero, lo mismo que ocurre con el patrono en el contrato de trabajo, pero mientras que el comitente persigue el resultado del trabajo que ha de poner el obrero, en el segundo busca tener a su disposición la energía laboral, la actividad en sí misma del trabajador. La causa cumple así una función tipificante del negocio. Ello ha permitido decir al causalista francés Bufnoir: «la causa es un fin o elemento intencional inherente al contrato, implicado por la naturaleza del mismo y que, por tanto, fue o debió ser conocido por ambos contratantes, al mismo tiempo y no exclusivamente por el que se obligó» (5).

3. *Causa subjetiva y causa objetiva*

Esta noción de la causa está ciertamente referida a la voluntad; el fin o motivo próximo perseguido por quien se obliga; y es en este sentido, una «concepción subjetiva» de la causa de la obligación (6). Pero a esta concepción que hace consistir la causa de la

conflictiva y no se emita ninguna declaración de voluntad. Es en este sentido que la *causa impulsiva* se confunde con la *causa efficiens* del acto de asentimiento al contrato que presta cada una de las partes. Como elementos subjetivos que son, los motivos son variables de sujeto a sujeto y hasta de tiempo en tiempo en un mismo sujeto; por eso se predica de ellos que son algo contingente o no necesario.

En contraposición al motivo, la causa debe ser caracterizada como algo *objetivo*, que por no depender de la voluntad de uno solo de los declarantes es *constante* en cada tipo de contrato. Por ejemplo, el vendedor que se obliga a transmitir la propiedad de una cosa, *siempre* persigue la finalidad de obtener que el comprador se obligue a pagarle el precio; el comprador que se obliga a pagar el precio, *siempre* persigue como finalidad inmediata que el vendedor se obligue a transmitirle la propiedad y posesión de la cosa vendida: cualquiera que sea el contrato de venta de que se trate, para cada una de las partes no puede haber una causa distinta de la indicada. Por el contrario, los motivos de la venta variarán: el vendedor se propondrá gastar el precio en un viaje, o socorrer a una pariente con el precio obtenido o pagar una deuda, etc.; y el comprador, por su parte, se propondrá jugar al alza del valor del objeto comprador, usarlo para sí, hacerlo producir renta, etcétera.

Para ahondar en las raíces de la historia de esta distinción en el derecho intermedio, Cfr. CAPITANT, Henri: *De la Causa de las Obligaciones*, núm. 72 y sigts., págs. 148 y sigts.: CORTESE, Ennio: voz *Causa* (*dir. interm.*), en la Enciclopedia del Diritto, t. VI, núm. 11, pág. 543.

(5) Citado por DABIN, Jean: *La Teoría de la Causa*, núm. 298.

(6) CHEVRIER, Georges: *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*. Sirey, París, 1929, inicia esta monografía suya, muy importante para

obligación en el motivo próximo o inmediato que lleva a la parte a obligarse se agrega, como hemos dicho ya, una cierta vertiente objetiva, pues la representación psíquica que ha tenido el sujeto para obligarse se objetiva al punto de hacer de ella una razón típica y constante en cada género de contrato, para concluir finalmente en que la causa de la obligación consiste en los *contratos bilaterales*, para cada una de las partes que se obliga, en el objeto de la obligación de la otra parte (7); en los *unilaterales interesados*, para la única parte que resulta obligada en el hecho cumplido por aquel que con el contrato no ha asumido ninguna obligación, p. ej. en el mutuo, la causa de la obligación del mutuario consistirá en la entrega del dinero por parte del mutuante (8), y en los

seguir la evolución de la noción de la causa en el medioevo y en el antiguo derecho francés, con el señalamiento de una doble función de la causa: de una parte, permitir al juez, guardian de la moralidad, escrutar la intención de quien hace una promesa con el fin de apreciar según ella la validez de tal promesa, en cuanto que ella pueda o no corresponder al fin secretamente querido por su autor y en cuanto a la moralidad misma de lo que se ha perseguido así; y de otra parte, permitir al juez distinguir entre una *promesa con intención de obligarse* en el plano jurídico y una *promesa hecha sin voluntad de obligarse*, con ánimo puramente didáctico o de juego, o que constituye simplemente un proyecto y que todavía no ha pretendido configurar un contrato en firme. La acentuación del aspecto bajo el cual se nos aparece la causa en el primer caso da lugar a las concepciones subjetivas de la misma, que la conciben bien al estilo tradicional como elemento psicológico de la obligación distinto del motivo, bien asimilándola al móvil general del contrato (p. ej.: Josserand). A su vez, la acentuación del aspecto bajo el cual se nos aparece en el segundo caso da lugar a las concepciones objetivas de la causa: esto es, la causa como «razón de ser económica de la obligación» (Gaudemet, Louis Lucas, etc.) o «utilidad social de la obligación» (Demogue).

(7) Es cierto que BAUDRY-LACANTINERIE (*Precis de droit civil*, II, págs. 595-607) se ha esforzado en mantener la causa bien separada del objeto. Para él la causa de la obligación de una parte en un contrato bilateral recae estrictamente en la obligación de la otra parte, en el medio para conseguir el objeto de dicha obligación, no en este último, que es sólo el resultado del cumplimiento de tal obligación. Pero esto no es lo común entre los causalistas clásicos. La mayoría de ellos hace consistir la causa en el objeto de la otra obligación. BARASSI, Ludovico: bajo la voz *Causa*, en la Enciclopedia Giurídica Italiana, Vol. III, Parte II, núm. 13, pág. 929, cita al respecto las definiciones de MERLIN (*Quest de droit*, II, voz *Causes d'oblig.*, § 1), TOULLIER (VI, núm. 165), DURANTON (X, núm. 32), LAROMBIERE (I, art. 1.131, núm. 2), MARCADE (IV, núm. 453) y AUBRY y RAU (II, § 345). En cualquier caso, es partiendo de esta confusión de la causa con el objeto de la obligación de la otra parte, como algunos causalistas clásicos explicaron el fundamento de la acción resolutoria, entendiéndola como una *condictio* concedida por la ley como consecuencia de llegar a faltar, por el incumplimiento de la otra parte, la causa. Tal, p. ej., LAROMBIERE (III, art. 1.184, núm. 1) y DEMOLOMBE (II, núm. 489).

(8) Escribía Domat, citado por CAPITANT, op. cit., núm. 78, pág. 163, que «en los contratos en que tan sólo una parte aparenta quedar obligada, como en el préstamo de dinero, la obligación del que presta ha sido precedida por parte del otro, de lo que éste debía dar para realizar el contrato. Así, pues, la obligación que en estas convenciones se verifica en provecho de uno de los contratantes, tiene siempre su causa en la del otro, y la obligación sería nula si verdaderamente careciera de causa» (subrayado nuestro).

contratos gratuitos en el espíritu de liberalidad en sí mismo considerado (9). Esto es, que no obstante haberse definido la causa como algo subjetivo, se la hace consistir en definitiva en el objeto de la obligación de la otra parte, en la cosa recibida o en el hecho cumplido por el promisorio, etc., elementos estos últimos de naturaleza ciertamente objetiva. Y es precisamente esta vertiente objetiva de la noción de causa la que permite que el artículo 1.157 del Código civil pueda postular supuestos de obligación sin causa o con causa falsa o ilícita; porque si la causa hubiera sido concebida como algo estrictamente subjetivo: la pura representación psíquica que se hace quien asume la obligación del fin que se propone conseguir al obligarse, ella jamás podría dejar de existir, ya que ciertamente no se concibe, por absurda, la hipótesis de que alguien se obligue sin ningún motivo. Lo que falta, en efecto, cuando se habla de «ausencia de causa» no es en verdad tal representación psíquica, sino el objeto deseado; no es la voluntad de que la cosa le sea consignada a quien se obliga para obtenerla, sino la consignación de la cosa en sí misma considerada, la «realización» de tal fin, que como fin perseguido existió y continúa existiendo con independencia de si tal cosa existe o no, o de si ella es o no realizable práctica o jurídicamente (10).

El esfuerzo por conciliar la concepción subjetiva de la causa, tal como ella resulta de la recepción que hacen Domat y Pothier de la diferenciación entre la *causa finalis* y la *causa impulsiva*, con una «concepción objetiva» que pretende explicar a través de la noción de causa el fundamento o razón que determina al ordenamiento jurídico a atribuir a la declaración de voluntad reconocimiento o eficacia jurídica, ha dominado en particular a los juristas italianos que, bajo el impulso de la doctrina general del derecho y de las enseñanzas de los romanistas, se movieron antes que los franceses en la dirección de superar el dogma voluntarista en materia de formación del contrato para poner la fundamentación de éste en la «sola verdadera fuente formal: la nor-

(9). Escribía también Domat (*locus cit*): «En las donaciones y en los otros contratos en que del lado de una sola parte está el dar y el hacer, y la otra no hace ni da nada, la aceptación perfecciona el contrato, y la obligación del que da se fundamenta en un motivo razonable y justo, como, por ejemplo, un servicio prestado o algún otro mérito del donatario, o el solo placer de hacer el bien. Y este motivo hace las veces de causa de quien recibe y no da nada» (subrayado nuestro).

(10) Para el desarrollo de esta argumentación (*cf.* DEIANA, *op. cit.*, páginas 33 y sigts.). Insistiendo sobre la esterilidad de la pura concepción subjetiva de la causa, señala BARASSI, *op. cit.*, núm. 4, pág. 924, que si la causa realmente existe, pero no es reconocida por la ley, se cae en el terreno de la causa ilícita, pero que habiendo el legislador distinguido entre esta hipótesis y la de ausencia de causa, la ausencia de causa no puede consistir tan sólo en que el ordenamiento no preste su reconocimiento para sancionar el contrato como eficaz jurídicamente al fin o motivo próximo perseguido por aquel que ha querido obligarse, sino que la frustración de la causa se refiere a algo objetivo o, dicho de otro modo, que la «causa» de la voluntad debe buscarse fuera de ésta.

ma» (11). De este modo los juristas italianos comenzaron por acentuar el aspecto objetivo de la causa en cuanto función cumplida por el negocio (Venzi, Simoncelli, Bensa) o en cuanto «estado de hecho del cual deriva o puede derivar una alteración negativa en la esfera jurídica del promisorio» (Venezian) para llegar hasta la elaboración de una nueva noción de causa: la «causa del contrato».

4. La causa como «causa eficiente»

La noción de causa final que hemos heredado de la tradición del derecho intermedio no corresponde a la de «causa civilis» de que nos habla el Digesto (12). Aquí la causa tenía inequívocamente el significado de «causa eficiente», esto es, de causa generadora de la obligación. Ella consistía en la *res* o entrega de la cosa en los cuatro contratos llamados reales, en el carácter típico del negocio consagrado por la práctica cotidiana en los cuatro contratos consensuales, en la utilización de la forma (*stipulatio*), etc. «La palabra *causa* —explica Bonfante (13)— equivale aproximadamente a nuestra palabra relación. No es el motivo por el cual la parte obra, sino el motivo por el cual la ley reconoce la sanción jurídica, esto es, la esencia objetiva de la relación entre las partes, el negocio. En una infinidad de usos: *iusta causa traditionis*, *iusta causa usucapionis*, la *iusta causa* en base a la cual se concede la *restitutio in integrum*, etc., aparece esta vinculación de la idea de causa con el derecho objetivo. *Causae obligationum* son para los romanos lo que nosotros llamamos fuentes de las obligaciones, esto es, relaciones objetivas con fundamento en las cuales se reconoce la obligación (*ommissis*); la causa es entendida por los romanos y debe ser entendida lógicamente no en el sentido subjetivo, en

(11) PUGLIATTI, Salvatore: *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, en *Diritto Civile, Saggi*, pág. 79. Sobre esta orientación de la doctrina italiana cfr. MALVAGNA, Simone: *Il problema della causa nei contratti*, *Riv. dir. civ.*, 1934, pág. 215; GIORGANI, Michele: voz *Causa* (dir. priv.), en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. VI, pág. 548; BARASSI, locus cit.; MIRABELLI, Giuseppe: *Causa subiettiva e causa obiettiva*, en *Riv. Trim. dir. e proc. civile*, páginas 323 y sigts, y DEIANA, op. cit., especialmente, pág. 39 y sigts, y páginas 127 y sigts.

(12) Cfr. L. 49, §, D. 15, *De Peculio*, donde se lee: «Para que se entienda o que el esclavo es deudor del señor o el señor del esclavo se ha de hacer el cómputo en virtud de *causa civilis*; y por tanto, si el señor consignase en sus cuentas, que él debe a su esclavo, siendo así que en manera ninguna hubiere recibido en mutuo, ni hubiere precedido causa alguna para para deber, la simple cuenta no le constituye deudor». Comentando este texto escribe BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, en *Riv. dir. comm.*, 1908, I, pág. 123, lo siguiente: «¿Qué significa «causa» civil?». Lo dice el propio texto: es el mutuo u otro negocio, por el cual el siervo, si hubiese sido libre, se habría convertido en acreedor: un *contractum*, un *negotium contractus*. El epíteto *civilis* se agrega aquí a *causa*, porque en el caso se quiere que, aun si la obligación del siervo fuese una obligación natural, su base debe ser siempre uno de los negocios por los cuales el derecho civil concede acción».

(13) *Locus cit.*

relación al agente, a su voluntad interna, sino en sentido objetivo referida al derecho, al legislador».

Una primera serie de textos romanos sobre la causa se refieren a la *stipulatio* (contrato típicamente abstracto en virtud del cual el deudor quedaba obligado apenas se había cumplido con la formalidad necesaria para la creación del vínculo, aun si las razones que determinaron al deudor a contraerlo llegaban a faltar) en donde la causa vino a significar precisamente un medio de lucha contra el formalismo, al equipararse la ausencia de ella con el dolo para autorizar por este medio la concesión de la *actio* o *exceptio doli*. Otros textos se vinculan al instituto de las *condictiones*, especie de acciones especiales tendientes a lograr la repetición de lo que se encontraba en el patrimonio de otro sin podérselo justificar, y a cuyo respecto se suscitó la distinción entre las varias *causae* de las *condictiones*, para apoyar en ella la caracterización de las *condictiones* en las cuales se trata de relaciones regulares en que sólo es irregular la causa, por faltar ella o ser errónea (*condictio causa data causa non secuta, condictio sine causa*) y diferenciarlas de aquella otra situación en que toda la relación es irregular (*condictio ob turpem vel iniustam causam*). Otros tienen relación con la escritura probatoria, según la cual todo título debe mencionar la causa antecedente, o sea, la fuente de la obligación mencionada en el título bajo pena de ser declarado *indiscretus*. Otros, en fin, se contraen al problema de la necesidad de una *causa* para la accionabilidad del simple pacto, que sin ella no resultaría tutelable. En cualquier de estos casos, sin embargo, la causa venía entendida como relación intersubjetiva existente de hecho y que constituye el antecedente histórico y lógico de la voluntad del ordenamiento. Esta concepción objetiva de la causa, que se identifica con la fuente de la obligación, es malentendida como consecuencia de las especulaciones de los juristas del derecho intermedio y de la concepción subjetiva que estos se hacen de la causa como *causa finalis* de la obligación a discernir tan solo de la *causa impulsiva*. Se llega así a confundir la causa o motivo determinante por el cual cada sujeto se ha obligado con el *quid* que el ordenamiento ha tomado en consideración para vincular a la manifestación del sujeto los efectos jurídicos. Por la vía de la causa final de la voluntad y de la identificación de ésta con el de «motivo común» o «intento común», se logrará finalmente la absorción del concepto de causa (eficiente) de los efectos del negocio jurídico y se nos introducirá en ese confuso mundo del causalismo clásico y de sus derivaciones neocausalistas, del cual la doctrina del contrato no ha logrado salir aún.

5. La causa como razón justificadora de la sanción jurídica de una promesa.

A primera vista pudiera parecer, en efecto, que hay una radical oposición entre la concepción romana de la *causa civilis* y la concepción de la causa que presenta nuestro Código referida a un elemento psicológico o subjetivo, como lo es el fin perseguido por quien se obliga. Pero no hay que exagerar esta oposición. También en la concepción subjetiva de la causa que recepta nuestro Código civil se ve la causa, desde cierta perspectiva al menos, como una razón justificadora de la sanción jurídica de la promesa.

En nuestro sistema positivo la donación es un contrato formal; no basta pues la promesa de donar ni aun la entrega de una cosa con el ánimo de transferir la propiedad por parte del presunto donante al pretendido donatario, para que el primero quede obligado con el segundo ni para que se produzca el efecto traslativo de la propiedad del bien donado a que la donación debería dar lugar, a menos que se trate de una cosa mueble cuyo valor no exceda de dos mil bolívares (art. 1.439 C. civ.). Sin el otorgamiento del documento auténtico, la promesa de donar, aun si ha sido aceptada y ni siquiera si está acompañada de la efectiva entrega de la cosa, produce el efecto de transferir la propiedad del bien que se ha querido donar ni de obligar al promitente a cumplir su supuesta obligación de dar. La obligación de dar no existe sencillamente, y todo intento de realizarla mediante la entrega de la cosa configuraría un pago indebido (art. 1.178 C. civ.). Pero una larga tradición que viene de las viejas Ordenanzas francesas de 1539 y 1566, al respecto de ciertas aparentes donaciones en que frente a la promesa de dar del presunto donante se presenta una cierta obligación del «promisario» (una «carga» apreciable en dinero, una «causa pretérita» o prestación ya realizada por el supuesto donatario antes de que se le haya hecho la promesa, etc.), obliga a plantearse la cuestión de si se estará realmente ante el intento de una donación nula por defecto de la forma requerida para la validez de ésta (la «insinuatio» en los registros públicos en el antiguo derecho francés o el documento auténtico entre nosotros) o ante un otro contrato oneroso que, como tal, se habría perfeccionado «*solo consensus*». Esto obliga a inquirir la «causa» (fin) de la promesa, porque o ésta es la de hacer una liberalidad al promisorio (animus donandi) y entonces para que esta promesa sea jurídicamente sancionable se requiere cumplir con el esquema formal de las donaciones, o bien esa promesa tiene como su verdadera «causa» la obtención de la contraprestación prometida o ya cumplida por el promisorio. La cuestión estriba en hallar una otra causa —distinta de la mera liberalidad— que sea «suficiente» para excluir el esquema causa-formal de la donación (14).

(14) Explica GORLA, Gino: *El contrato*, Vol. I, § 5, d), págs. 88 y sigts., que Pothier, tratando sobre la necesidad de cumplir con la formalidad de

Este es el llamado problema de la «*causa suficiente*», donde la expresión «*causa*», entendida en un sentido subjetivo de causa final, adquiere al propio tiempo ese carácter objetivo de configurar la razón justificadora de la sanción jurídica del contrato, ya que si no existiere la «*causa suficiente*» que permita calificar el mero cambio de promesas como un contrato oneroso y excluir que él sea una donación, ese cambio de promesas configuraría un nudo pacto sin virtualidad obligatoria alguna.

6. *La causa como correctivo de la teoría del consensualismo en la formación de los contratos.*

Los iusnaturalistas al par que afirmaban el principio del nudo consentimiento como fuente de la virtualidad obligatoria de los nudos pactos, debían reconocer en la práctica que en el derecho positivo de su tiempo no era posible llevar a sus extremas consecuencias esa sugestiva idea de que para la formación de un contrato pudiese bastar el simple acuerdo de voluntades sobre una materia que pudiese ser objeto de contrato.

La idea de la necesidad de un otro elemento que, unido al consentimiento y al objeto, constituyera la razón justificadora de la sanción jurídica de las obligaciones nacidas *ex contractus* tenía como hemos visto ya en el derecho romano, unas poderosas raíces. Pero los mismos romanos, sobre todo en el Bajo Imperio, habían llegado a admitir al lado de los contratos formales, de los cuatro contratos reales (mutuo, depósito, comodato y prenda) y de los cuatro contratos consensuales (venta, arrendamiento, sociedad y mandato) en los que la tipicidad social suplantaba la necesidad de la forma o de la *res*, una amplia categoría de contratos innominados que, en oposición a los *nuda pacta* (simples acuerdos de voluntades que no engendraban obligaciones), los glosadores llamaban *pacta vestita*, para significar con ello que en éstos se daba la realización de una cierta causa *civilis* que consistía en que la promesa hecha y de cuya accionabilidad judicial se trataba hallaba su fundamento en la cosa (*res*) entregada o en el hecho (*factum*) ya cumplido por el destinatario de tal promesa, que como

la *insinuatio* para la validez de las llamadas «donaciones onerosas» (art. 1.432 C. c. venez.), se plantea en primer término la cuestión de la «donación con carga», a cuyo propósito escribe: «Pero si las cargas estipuladas por el donante en provecho propio son apreciables en dinero y el valor aproximadamente igual al de la cosa donada, no se tratará de una donación y no habrá necesidad de *insinuatio*», y luego la cuestión de la «donación por *causa praeterita*» o «donaciones remuneratorias», al respecto de las cuales dice: «Pero si el precio de estos servicios es igual al valor de la cosa donada, entonces esta donación remuneratoria no tendrá de donación sino el *nombre* y aunque el notario la haya calificado así no será una donación remuneratoria, sino una *dación en pago*, una venta de la cosa donada por la cantidad debida al adquirente como precio de sus servicios, y por consiguiente el acto no estará sometido al requisito de la «*insinuatio*».

tal le servía de *vestmentum* a dicha promesa (15). Este esquema contractual se generalizó en la Edad Media, llegando a constituir junto con el esquema del contrato formal, en donde la obligación nace de la realización de la solemnidad, un esquema aplicable a cualquier género de intercambio que las partes quisieran realizar. La idealización de la *res* o del *factum* que era necesario que ya hubiera cumplido el promisorio para que la promesa hecha a él y sobre cuya accionabilidad forzosa se trataba, hasta el punto de llegar a considerar que bastaba con que el promisorio hubiera llegado a asumir ciertamente una obligación a favor de su recíproco promitente para que pudiera hablarse de que la obligación de este último estaba *causada*, explica la evolución de la doctrina de la causa en el sentido de llegarse a un resultado análogo al de la causa *civilis* romana mediante la sola constatación de que a la obligación de una de las partes en el contrato de cambio correspondía la paralela obligación de la otra parte. En esta forma, seguramente de modo inconsciente, se produjo una conciliación de la insoslayable necesidad que tiene todo ordenamiento de una razón justificadora de la sanción jurídica, la llamada *causa civilis* de los romanos, con la idea popularizada por la tradición canónica y hecha laica por el iusnaturalismo de los filósofos de los siglos XVII y XVIII de la racionalidad del principio consensualista sobre la generación del contrato obligatorio.

En efecto, hemos dicho que existe una insoslayable necesidad de algún otro elemento diferente del consentimiento de las partes y del objeto para explicar la virtualidad obligatoria del mero cambio de una promesa y de su aceptación. En primer lugar, existen promesas hechas sin intención de vincularse jurídicamente, en las cuales el promitente sólo pretende satisfacer una relación social o cuando mucho de índole moral, p. ej.: una invitación a almorzar, a llevar en nuestro automóvil hasta cierto sitio a alguien que nos lo pide como un favor, a cuidarle una mata o un canario durante su ausencia, etc. En segundo lugar, una razón de prudencia social: evitar que uno pueda resultar gravemente afectado en su patrimonio o que puedan resultar comprometidos sus herederos por un acto de disposición de sus bienes en un momento de

(15) En los últimos años de la República cuando una persona había cumplido una promesa contando con la recíproca promesa que había recibido de otro sujeto, y se trataba de algún cambio de promesa de los que no podían encuadrarse en ninguno de los tipos de *negotia* de los cuales surgían obligaciones en el derecho romano, para evitar que pudiera consolidarse un enriquecimiento injusto a favor del promitente infiel al aprovecharse de la promesa hecha en su favor sin cumplir él a su vez con la suya, los jurisconsultos admitían a favor del primero la existencia de una *condictio ob rem dati, causa data causa non secuta*, especie de acción extracontractual dirigida a permitirle reclamar la restitución de lo dado por él.

Con el tiempo, se fue aún más lejos y el pretor terminó concediendo al promitente que había cumplido (*causa data*) contando con la promesa de su contrapromitente una verdadera acción civil para reclamar directamente el cumplimiento de la prestación prometida por este último: la llamada *actio praescriptis verbis*.

ligereza o de irreflexión, hace que todos los ordenamientos positivos se hayan preocupado por establecer ciertos límites a la idea de que pueda bastar en cualquier circunstancia la sola voluntad del promitente para que se le conceda al promisario una acción judicial dirigida a obligar al primero a cumplir con su promesa. Todo ello hace comprensible que en los diferentes ordenamientos positivos se haya establecido criterios objetivos para facilitar a los jueces distinguir entre una promesa vinculatoria y una que no lo es, y para rechazar aquellas demandas mediante las cuales el beneficiario de una promesa pretenda hacerla efectiva en casos en que no aparezca claramente una razón justificadora de la sanción jurídica de tal promesa. A este género de criterios corresponde la idea de la necesidad de una «causa» para el perfeccionamiento de un contrato que no sea un contrato formal.

Mérito del profesor italiano Gino Gorla es haber mostrado estas particulares funciones de la «causa» en la moderna concepción del contrato. Enseña él a tal respecto que contra el extendido prejuicio de que nuestro sistema contractual se funda en el puro reconocimiento del poder de la voluntad individual para crear obligaciones en el plano jurídico, un análisis científico de nuestras promesas realmente vinculatorias nos conduce a establecer una distinción básica entre las dirigidas a crear una obligación de dar y las dirigidas a crear simples obligaciones de hacer o de no hacer.

En lo que respecta a las obligaciones de dar, nuestro sistema jurídico nos plantea la siguiente alternativa: o una «causa suficiente» (presente, futura o pretérita) configurada por la obtención de una contraprestación que valorada objetivamente excluya la idea de un puro *animus donandi* en quien da o promete dar (art. 1.135 C. c. venez.), o la inevitable sujeción del promitente al esquema formal-causal de la donación (arts. 1.431, 1.439, 1.440 y 1.444 C. civ. venez.). La realidad no sería, pues, la consagración del sistema del nudo consentimiento, sino de un sistema de pactos vestidos: o la vestidura del nudo pacto a través de su tipificación como un contrato de cambio de una obligación de dar por una contraprestación de carácter típicamente económico (16) o la

(16) La causa suficiente debe ser algo que desde un punto de vista objetivo justifique la transferencia patrimonial y excluya la idea de que se ha «dado» algo sin recibir un «equivalente» susceptible de restablecer el equilibrio patrimonial y borrar el empobrecimiento. Obsérvese, sin embargo, que la tipicidad económica de la contraprestación no exige que ella configure un «beneficio» para quien la ha solicitado, sino que basta con que represente un «sacrificio» para el otro contratante. Cuando la contraprestación en sentido amplio constituye el objeto de un contrato típico (usual) de cambio, este hecho basta para excluir la idea de donación a menos que la anormal diferencia entre las dos prestaciones contrapuestas permita excluir que la intención real de las partes haya sido concluir un contrato de cambio o que sea posible poner de relieve que la causa «principal» ha sido el *animus donandi*. Si la contraprestación no tiene carácter típicamente económico (p. ej.:

vestidura del mismo mediante la utilización del esquema formal-causal de la donación. La exigencia de una de estas vestiduras tendría su razón de ser de una parte en la protección del promitente y su familia y, de otra parte, en la exigencia de certeza de la individualización de la intención del promitente de contraer una obligación en el plano jurídico.

En lo que respecta, en cambio, a las obligaciones de hacer o de no hacer, por considerarse en la óptica de nuestro derecho que no está en juego un empobrecimiento del promitente, la vestidura sólo perseguiría la finalidad de eliminar toda duda acerca de la intención vinculatoria del promitente y de la consiguiente justificación de conceder una acción en justicia al promisorio para imponer el cumplimiento de la promesa. Ello explicaría que, a falta de la constatación de una contrapartida que permita configurar un contrato de cambio, no se imponga como única alternativa el esquema formal-causal de la donación, sino que se acepte cualquier otro *vestmentum* que permita aseverar con certeza que la promesa fue hecha *serio et deliberato animo* de contraer una obligación. Tal podría ser la expresa estipulación de una cláusula penal para el supuesto del incumplimiento de la promesa (17), o una

no usar el nombre del promitente, casarse con determinada persona, etc.), se tiende a excluir que haya realmente un contrato de cambio, salvo que se ponga de relieve que la causa principal o exclusiva de la promesa fue realizar un contrato de cambio (p. ej.: un comerciante para evitar confusión con su firma mercantil conviene con otra persona que tiene un idéntico nombre, mediante el pago de una cierta cantidad, que éste deje de usarlo o le agregue o quite algún elemento que permita diferenciarlo del suyo). El problema de la «causa suficiente» se vincula al de la «donación con carga», esto es, al caso en que el donatario está obligado a una determinada conducta o prestación («carga»). La cuestión estribará en determinar si la presunta «carga» (y lo mismo en la donación condicional, en cuanto a la «condición») es o no de tal naturaleza como para excluir realmente la idea de una donación. Ella es tanto más importante cuanto que en nuestro sistema se tiene un concepto negativo de la donación: es donación todo dar o promesa de dar que no se realice para obtener una contraprestación (*causa credendi*) o por razón de una *causa praeterita (causa solvendi)* «suficiente», esto es, que no basta cualquier prestación puesta a cargo del causahabiente o promisorio o cualquier *causa praeterita* para excluir la donación. En efecto, la caracterización de la *causa donandi*, como el ánimo del donante de enriquecer al donatario, así *abstractamente considerado*, sin consideración de los concretos motivos por los cuales lo haya hecho, permite extender la exigencia del empleo del esquema formal-causal de la donación a una infinita gama de promesas de dar en que el fin perseguido por el promitente sea satisfacer ciertos particulares intereses suyos de índole moral, políticos, religiosos, culturales, etc., y restringe así notablemente los casos en que podremos considerar que el promitente obtiene una contrapartida susceptible de permitir la calificación de la concreta relación creada por la promesa y su aceptación como un contrato de cambio. Sobre la materia *cfr.* GORLA, Vol. I, § 7 a § 13.

(17) La cláusula penal cumple a veces una función de liquidación convencional del daño (art. 1.258 C. civ. venez.), pero otras veces puede cumplir la función de crear una sanción para un pacto que de otro modo quedaría desprovisto de sanción (art. 1.257). Lo mismo puede decirse de las arras (art. 1.263). Por estos medios puede hacerse evidente la intención de

forma solemne (18), o la tipicidad del contrato (19) o lo que se ha llamado una «causa razonable o justa», entendiendo por ello circunstancias o motivos que objetivamente expliquen o hagan razonable y plausible la condena del promitente (20).

7. La noción de causa del contrato

Si como ya vimos en la terminología utilizada por nuestro Código civil se hace alusión a una «causa del contrato» al lado de la «causa de la obligación», ambos conceptos se aplicaron hasta

contraer un vínculo jurídico allí donde en su ausencia podría haberse puesto en duda la sancionabilidad de una promesa que se refiera a una conducta no susceptible en sí misma de valoración económica (p. ej.: no fumar, no encender la radio después de cierta hora, etc.) y donde, por no ser tampoco fácil la caracterización de un interés patrimonial del promisorio que resulte lesionado por el incumplimiento de la promesa, pudiera resultar difícil la normal sanción de la responsabilidad civil (art. 1.264). *Cfr.* GORLA, Vol. I, § 3, págs. 46-47, § 14, págs. 203-204, y en especial § 14 e), pág. 210, § 19, págs. 237 a 239 y § 34, a, págs. 477 a 478.

(18) Emisión o aceptación de una letra de cambio, la redacción de un escrito en la fianza mercantil (art. 545 C. Com.), y aun la exigencia del carácter «expreso» de la fianza en materia civil (art. 1.808 C. civ.) y *Cfr.* para más detalles GORLA, vol. I, § 1, p. 27; § 14 e), p. 210, § 18, p. 237 a 239 y § 34, a, p. 477 a 478.

(19) Tal nos parece el caso de la fianza para responder de una obligación preexistente, de la apertura de crédito, de la opción, etc. También los casos de promesa de custodiar una cosa ajena, de prestar una cosa, de transportar una cosa o una persona o de encargarse de un negocio ajeno, casos en los que por la tipicidad social de los negocios de fianza, apertura de crédito, etc., o por la del depósito, del mutuo o del comodato, del transporte, del mandato, es fácil admitir el carácter obligatorio de la promesa aceptada. Sin embargo, la diferencia entre las simples promesas de depósito, de mutuo o de comodato y el depósito o el mutuo o comodato propiamente tal no dejan de ser apreciables en estos últimos casos la entrega y la recepción de la cosa (*res*) por el depositario, por el mutuario o por el comodatario no dejan duda sobre la intención vinculatoria de la promesa de restituir la cosa por parte del depositario, del mutuario o el depositario; no ocurre lo mismo con las meras promesas, por lo que es frecuente que para resolver el problema se acuda en sus casos a un otro requisito complementario de la tipicidad. Este otro requisito suele ser a menudo la causa razonable o justa. Ello es manifiesto en el caso del transporte gratuito. *Cfr.* GORLA, Vol. I, § 14, págs. 204 a 208.

(20) La «causa razonable» alude a esas circunstancias o motivos que permiten aseverar la intención vinculatoria del promitente; la expresión «causa justa» encierra la misma idea, pero vista desde la perspectiva de que justifica la condena del promitente por la confianza que él ha despertado en el promisorio. Se toma en cuenta el interés o esperanza del promitente en obtener cierto beneficio al hacer la promesa, el hecho de que él conocía las necesidades o el sacrificio de su libertad al que se sometía el promisorio, la confianza que la promesa despertaba en éste, etc. Así se ha caracterizado el carácter contractual del «transporte gratuito» (p. ej.: transporte del médico cumplido por un familiar del enfermo hasta la casa de éste), frente a la situación del mero «transporte de cortesía» en que no podría hablarse de la responsabilidad contractual de quien lo ha cumplido (p. ej.: el llamado «auto-stop» o «concesión de colas»). Para más detalles *cfr.* GORLA, Vol. I, § 14, d), págs. 205 a 217; § 14 bis, págs. 223 y 224, y § 16, págs. 228 a 231.

el último decenio del pasado siglo como absolutamente sinónimos. Sólo como resultado de las críticas romanistas a propósito del negocio jurídico fue como se llegó a darle a la expresión «causa del contrato» un sentido propio.

Se comenzó, en efecto, por llamar la atención de que la «causa de la obligación» debía ser entendida como algo *intrínseco* al contrato, en cuanto que no sería posible el perfeccionamiento mismo del contrato sin que la obligación de cada una de las partes en los contratos bilaterales tenga su causa, o sin que la obligación de la sola parte que se obliga en los contratos interesados o en las liberalidades tenga en su caso causa. En tal sentido se hace notar que no existiría, por ejemplo, un contrato de venta si a la obligación del vendedor no correspondiera como finalidad perseguida por éste al asumir la obligación, la recíproca obligación del comprador de pagar el precio; o de que no sería posible un contrato de mutuo, por el cual el mutuario se obliga a devolver la cosa prestada, si efectivamente el mutuario no hubiera recibido ésta y si la asunción de la obligación por parte del mutuario no mirase a cancelar este desplazamiento patrimonial no justificado por un puro ánimo de beneficencia de quien en los hechos habría engendrado tal desplazamiento. Frente a esta noción de causa a la que como veremos se le reprocha por los llamados «anti-causalistas» su inutilidad, en cuanto se dice por éstos que llamar causa de la obligación de cada parte en el contrato bilateral a la obligación de la otra parte equivale a referir los supuestos problemas de la inexistencia de la causa y de la causa ilícita a la carencia de alguno de los requisitos esenciales del objeto de la obligación correspondiente, así como se dice que llamar causa al hecho de haber recibido la cosa o al *animus donandi* en los contratos unilaterales equivale a referir dichos mismos problemas a la cuestión de si ha existido o no el consentimiento (21), comenzó a hacerse notar que con la idea de causa se estaba aludiendo en realidad a un elemento *extrínseco* al contrato: al motivo, o cuando mucho, a las razones más o menos próximas que determinaban a las partes a celebrarlo y desde cuya perspectiva el contrato mismo aparecía a los ojos de éstas como un mero instrumento para alcanzar ciertos fines. Ya no se trataría, pues, de responder a la pregunta *¿cur debetur?* (¿por qué me obligo?) o *¿cur promissit?* (¿por qué prometo?) que se hacía el causalismo clásico y que quedaba confinada al dominio de la causa de la obligación de cada una de las partes que resultan vinculadas en razón del contrato, sino de responder a la pregunta *¿cur contraxit?* (¿por qué contratamos?) dirigida a todos los que participan en la celebración de éste (22).

Destacada así esta noción nueva de «causa del contrato», como fin concordantemente querido por las partes y para obtener el

(21) GIORGI, *Teoría de las Obligaciones*, III, núm. 445, pág. 468.

(22) BARASSI, *op. cit.*, núm. 3, pág. 233; JOSSERAND, *Derecho Civil*, II-1.º, números 142 y sigts.; DE PAGE, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, II, número 475, pág. 447.

cual estipulan la relación obligatoria, era lógico que surgiera la pregunta acerca de la relevancia de tal «causa del contrato». En un primer momento pudo creerse responder a tal pregunta diciendo que, dada la normal irrelevancia de los motivos subjetivos que animan a cada una de las partes en el contrato, esta «causa del contrato» precede y queda normalmente fuera del efecto que jurídicamente se consigue con él, por lo que el legislador puede ignorarla prácticamente. Alguno pretendió inclusive ver una prueba de tal irrelevancia en la redacción del artículo 1.158 del Código civil, postulando que allí se referiría el legislador a esta noción de causa, lo que explicaría que la presuma y declare válido el contrato sin preocuparse de ella; en tanto que en el artículo 1.157 *ejusdem* se referiría a la «causa de la obligación», elemento que por ser intrínseco al contrato determinaría su nulidad si llegase a faltar o fuere ilícito (23). Pero las cosas no quedaron aquí. Al acentuarse la crisis del dogma sobre el poder de la voluntad como fuente de la eficacia vinculatoria del contrato, se fue acentuando paralelamente la importancia atribuida a esta nueva noción de la causa, que parecía mejor adoptada que la tradicional noción de causa de la obligación para proporcionar una respuesta a la cuestión de los límites de la autonomía privada. La «causa del contrato» se define, en efecto, como función económico-social del contrato considerado en su totalidad y alude a la necesidad de que existe conformidad entre ella y el «intento» (24) de las partes para que tal intento llegue a producir el efecto jurídico deseado. Mediante la postulación de la inexorabilidad de este requisito se procura trasplantar la teoría de la causa desde su clásico ámbito del individualismo jurídico al ámbito de la teoría social de los contratos, «comprendidos como actos de cooperación social colocados bajo la tutela de la ley» (25).

La doctrina de la «causa del contrato», al igual que había ocurrido con la de la «causa de la obligación», nos presenta también una concepción subjetiva, como la que en general suelen hacerse los autores franceses donde la causa del contrato tiende a confundirse con el «intento» de las partes (26), y una concepción

(23) MANENTI, citado por BARASSI, op. cit., núm. 10, pág. 928.

(24) Entendemos por «intento» la finalidad subjetiva que las partes esperan del contrato y que se relaciona con los motivos que las han inducido a contrastar, pero no singularmente considerado cada contratante por separado, sino ambos en su conjunto. Es un concepto que puede analogarse al de «propósito e intención de las partes» que a los fines de la interpretación de los contratos ordena tomar en cuenta el artículo 10 de nuestro Código de Procedimiento Civil.

(25) Cfr. DEMOGUE, René: *Traité des obligations general*, II, núm. 746, página 554, citado por Viforeanu, *Contribution a l'etude du contrat dans le Projet Franco-Italien*, núm. 123, pág. 427.

(26) Caracterizando la «causa extrínseca» o «móvil-fin», como llama DE PAGE, II, pág. 447, a la «causa del contrato», escribe este autor que ella «es el resultado *externo* que persiguen los contratantes al celebrar la convención, el *fin* que *por ella* se espera alcanzar», y que de esta causa es de la que se habla cuando se alude a una causa ilícita para significar un intento

objetiva que la diferencia netamente de éste y que es la que hallaremos en la moderna doctrina italiana (27), tal como resulta, por ejemplo, de la siguiente definición que nos ofrece De Ruggiero (28): «Causa es, pues, el fin económico y social reconocido y protegido por el Derecho; es la función a que el negocio, objetivamente considerado, se dirige: es la condición que justifica la adquisición en cuanto excluye que sea lesiva al derecho ajeno; representa en cierto modo la voluntad de la ley frente a la voluntad privada. De lo que resulta claro (excluidos los negocios abstractos que no expresan de por sí una causa, y por esto mismo capaces de acoger varias y diversas), que todo tipo de negocio tiene una causa propia, correspondiente a la función específica que realiza, una causa que imprime en él carácter y justifica el reconocimiento».

A esta concepción objetiva de la causa del contrato se le ha reprochado ser un espejismo de la seducción ejercida por la idea

contrario al orden público o a las buenas costumbres. Por su parte, JOSSE-RAND, II-1, núm. 145, pág. 108, dice que la jurisprudencia francesa ha reaccionado contra la teoría que pretendía prescindir totalmente de los móviles individuales de los contratantes a través de la formulación de la nueva doctrina de la «causa impulsiva y determinante», para la cual «los móviles individuales, exteriores al acto, han de tomarse en consideración y deciden de la validez o nulidad de dicho acto». «Así nació y se desarrolló —agrega, *locus cit.*, núm. 148, pág. 112—, al lado y por encima de la teoría clásica de la causa, un sistema más amplio y psicológico, que toma en consideración no sólo los móviles abstractos y permanentes que se han integrado en el contrato, sino también los móviles concretos, individuales y variables que en un caso determinado, en la especie han inducido a las partes a contratar y han sido, por consiguiente, determinantes. El acto es apreciado en función de los móviles que lo han inspirado y de la finalidad que persigue; el móvil-fin repercute sobre él y fija con su moralidad, su valor jurídico; el derecho contractual no puede ponerse al servicio de la inmoralidad; a cada uno, según sus intenciones y según el fin que persigue».

(27) Fue el romanista Vittorio SIALOJA el primero en hablar en Italia de causa del negocio como función económico-social del mismo. A partir de sus enseñanzas, a través de Simoncelli, Benza y Venzi se popularizó la noción entre los civilistas. Esta doctrina de la causa, según la cual todo contrato debe cumplir una función socialmente reputada útil por el Ordenamiento para merecer la sanción jurídica; y de no cumplirla, aun no siendo ilícita, en tanto que *indiferente* para el Derecho, el supuesto contrato sería improductivo de efectos, fue consagrada luego en el artículo 1.322 del Código civil italiano de 1942, que dice: «Las partes pueden también celebrar contratos que no pertenezcan a tipos dotados de una disciplina particular, con tal de que se dirijan a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico».

De acuerdo con esta teoría, cuyo máximo exponente es Emilio BETTI, *Teoría Generales del Negozio Giuridico*, Capítulo III y especialmente su núm. 22, página 189, la causa ejercita una función de control sobre la autonomía privada, ya que el derecho no presta su apoyo al simple capricho individual, no reconoce intentos impulsados por móviles fútiles o improductivos, sino a funciones económicas o sociales que considere plausibles. «La causa —escribe Betti— sin dejar de ser en sí una entidad social y extrajurídica, se convierte en el fundamento, la *ratio iuris* de la norma que pronuncia el reconocimiento jurídico».

(28) DE RUGGIERO, Roberto: *Instituciones de Derecho Civil*, I, § 29, página 283.

de tipicidad propia del derecho romano sobre los civilistas, en cuanto que tal concepción, imitando lo que ocurría en Roma, tiende a relacionar el reconocimiento jurídico más con el *negotium* (caracterizado por ciertas cualidades) que con la pura *conventio* o acuerdo de las partes. En todo caso, es lo cierto que ella entiende que tal función económica-social reservada por el Derecho al acuerdo de voluntades y que hace que éste produzca los efectos queridos por el Ordenamiento o no produzca ninguno, pero que ciertamente torna tales efectos independientes de la representación subjetiva que se hayan hecho las partes, es algo tan esencial a la existencia del contrato, que Messineo (29) enseña que esta doctrina de la causa del contrato debe referirse también «al contrato en concreto, en el sentido de que si las partes lo realizan (el acuerdo de voluntades), sin una causa, es decir, desviándolo de su función económica-social, el mismo es improductivo de efectos, porque va dirigido a una finalidad distinta de la que admite el ordenamiento jurídico».

Esta concepción de la causa del contrato como función económico-social del contrato admitida o permitida por el Estado ha sido acusada también de representar una exacerbación de las ideologías favorables al dirigismo económico. Se ha señalado que para obtener los fines sociales de una economía dirigida ya son suficientes las concretas normas legislativas encaminadas a ordenar aspectos concretos de la producción y de la distribución de la riqueza, sin que parezca conveniente «exponer al contrato a un poder discrecional del juez que acabaría por destruir el contrato mismo en su función esencial, en contra de las exigencias de seguridad y de estabilidad que constituyen su base». Se agrega a esto que «no todos los contratos tienen por objeto intereses económicos» y también que «no todos los contratos de intereses económicos tienden a resolver problemas de producción y distribución de la riqueza para conseguir el bienestar social», por lo que el desmesurado intervencionismo estatal a través del mecanismo de la «causa del contrato» y del pretexto de detectar desviaciones en ésta «sólo sería admisible en un Estado que pretendiera absorber y controlar toda la vida de los individuos» (30).

8. *Causa como fundamento de la atribución patrimonial*

En Francia y en Italia los juristas del derecho intermedio discutieron ampliamente sobre la noción de causa, lo que determinó la importancia que a este elemento atribuyeron Domat y Pothier e hizo que los redactores del Código Napoleón concibieran al «contrato» como un organismo que comprende no sólo el *consenso* y el *objeto* (o sea, las obligaciones), sino también la *causa*. No

(29) MESSINEO, *Doctrina General del Contrato*, Vol. I, Cap. II, núm. 11, página 110.

(30) Para una amplia crítica de la teoría de la función económica-social del contrato, *cfr.* GORLA, Vol. I, § 19, págs. 255 y sigts.

ocurrió lo mismo en Alemania. Desde finales de la Edad Media se manifiesta en este país una clara tendencia a separarse de la tradición medieval francoitaliana en materia de interpretación de los textos romanos, lo que unido a la pretensión de sus juristas de aplicar más fielmente los textos del *Corpus Juris Civilis* de Justiniano y a la influencia de las codificaciones locales, condujo en definitiva a excluir del sistema alemán la idea de la necesidad de la causa para la formación del contrato. Vemos así que los artículos 780 y 781 del B. G. B. consagran la plena validez de la promesa de deuda y del reconocimiento de deuda con el único requisito de que tales manifestaciones de voluntad consten al menos de un documento privado.

El reconocimiento de la existencia de negocios abstractos lleva también en el sistema alemán a considerar que en los negocios mediante los cuales se efectúa la transmisión de la propiedad, la causa no forma parte del negocio. Esta concepción del negocio hace que este sistema jurídico distinga claramente entre ciertos negocios (adopción, matrimonio, etc.) en los que el fin que se persigue por la voluntad se realiza inmediatamente por efecto de la sola voluntad y aquellos otros negocios, en particular los llamados negocios de enriquecimiento, en que este fin de producir el enriquecimiento de otra persona no se produce sin una razón de ser; lo que en definitiva conduce a la idea de la necesidad de un «convenio de fin», o intención dirigida a la consecuencia jurídica mediata de un negocio de enriquecimiento, que sería lo que llamamos «causa» (31). Por consiguiente, si el negocio se realiza sin que exista ese «convenio de fin» (relación obligatoria en virtud de la cual el que se enriquece estaba facultado para exigir el enriquecimiento que le favorece) puede hablarse de que el enriquecimiento (la prestación) se ha obtenido «sin causa jurídica». Si después de la ejecución de la obligación que deriva para él de un negocio obligatorio que lleva en sí este convenio sobre el fin que mediante él ha de conseguirse, el deudor se percata de que la ha ejecutado sin causa, él puede demandar la restitución. La causa resulta pues el fundamento de la promesa o de la atribución patrimonial.

Es fácil ver que la causa, entendida en este sentido, no puede ser sino una *causa solvendi* (la finalidad de cumplir una obligación anterior) o una *causa credendi* o *adquirendi* (finalidad de adquirir un derecho o un bien mediante la promesa o la enajenación, como en el caso del contrato sinalagmático), o bien una *causa donandi* (producir un enriquecimiento gratuito). La causa se presenta, pues, aquí como una finalidad perseguida por el promitente o el enajenante, como causa en sentido subjetivo.

Pero por lo mismo que el sistema alemán ha admitido la existencia de contratos abstractos, se comprende que sólo en los con-

(31) ENNECERUS-NIPPERDEY, *Derecho Civil*, en el Tratado de Ennecerus-Kipp-Wolf, Tomo I-2.º, § 139, pág. 80; VON THUR, *Teoría General del Derecho Civil Alemán*, Tomo II-1.º, § 72.

tratos causales, esto es, en aquellos en que la causa está indisolublemente unida al contrato, la frustración de la causa, entendida en el sentido en que hablamos, podrá producir la invalidez de la transferencia patrimonial (promesa o enajenación). En los contratos abstractos, como la causa permanece separada del contrato, la ausencia o frustración de la causa no determina tal invalidez del negocio, pero no por ello tal evento dejará de producir efecto, puesto que hace nacer en favor de la persona lesionada una *condictio* dirigida a lograr el restablecimiento del equilibrio roto (§ 812 BGB). La causa, pues, aun separada de la voluntad, es siempre un requisito del contrato, no necesariamente para su validez, pero al menos para su eficacia.

Esta construcción de la causa en el sistema alemán, donde la causa está netamente referida a la «realización» del fin perseguido por el que se obliga y no tan sólo al mecanismo idóneo para obtenerlo, como había ocurrido en la concepción del causalismo clásico, permite comprender fácilmente que la función que se hace jugar aquí a la noción de causa sea enteramente diferente a la que se le atribuye cuando se habla de ella para corregir los excesos del dogma de la autonomía de la voluntad. En el sistema del Código civil alemán, la causa (en cuanto realización del fin *solvendi* o *acquirendi*) se nos presenta como un «accidente» de un contrato que se supone reconocido jurídicamente, mientras que la noción de causa que utilizamos para referirnos a la razón justificadora de la sanción jurídica de la promesa (problemas de la causa suficiente, justa o razonable y problema de la ilicitud de la causa) involucra la idea de un requisito positivo, algo verdaderamente «esencial» para la sancionabilidad jurídica del nudo pacto. En efecto, cuando utilizamos la expresión causa en el primer sentido («fin realizado») queremos señalar tan solo que si tal evento no se produjera y, sin embargo, la atribución patrimonial se mantuviera firme (esto es, a pesar de la no realización de la contrapuesta atribución perseguida) se produciría un enriquecimiento sin causa (o como se ha observado, con una *causa donandi*, cuando lo perseguido era una *causa solvendi* o una *causa credendi*) (32); en

(32) Obsérvese todavía que para que la atribución patrimonial pueda subsistir como fundada en una *causa donandi* se requeriría (salvo en el supuesto excepcional del aparte final del artículo 1.439 C. Civ.: donación de cosa mueble con un valor no mayor de dos mil bolívares) no sólo que el fin perseguido consistiera en tal *animus donandi*, sino que se hubieran cumplido además los requisitos formales de la donación. Cuando en este caso, ante la ausencia de los requisitos formales investigamos si hay otra causa distinta de la *causa donandi*, la investigación de la causa se hace tan sólo para excluir que pueda hablarse de ausencia de causa en el sentido objetivo de *causa civilis*; no ya, como en el supuesto examinado en el texto, para verificar si se ha realizado el fin perseguido, puesto que de tratarse del *animus donandi* éste se realiza por sí mismo en cuanto que él debe ser abstractamente considerado. Tan sólo si la *causa donandi* se considerase unida a los motivos que inspiraron la liberalidad para ver si no obstante el cumplimiento de los requisitos de forma se realizaron los fines concretos perseguidos con la donación, podría llegar a hablarse de falta de *causa donandi* en

cambio, cuando la utilizamos en el segundo sentido pretendemos referirnos no a un «defecto de realización» de la causa, sino a un verdadero «defecto de existencia» de la causa.

La peculiaridad de nuestro sistema radica en que cuando el artículo 1.157 Cód. civil dice: «La obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto», parecería que estuviera refiriéndose a un mismo y único problema. Sólo cuando se lo contrasta con lo que vemos que ocurre en el sistema alemán se nos hace palpable que la noción de causa pudiera estar jugando aquí nuevamente una otra función.

Moviéndose, en efecto, dentro de este equívoco cierta doctrina se deslizará progresivamente desde el terreno objetivo en que inicialmente se planteara la cuestión del defecto de causa de la atribución patrimonial, aplicable como tal a toda situación en que se hubiera dado un desplazamiento patrimonial, comprendiendo, como es lógico en dicha situación también, a aquellos llamados negocios con eficacia real inmediata, hacia un terreno subjetivo en que la causa viene a caracterizarse propiamente como «causa de la obligación», concepto que lógicamente sólo resulta con rigor aplicable allí donde nos hallemos ante un negocio obligatorio.

9. La causa como fundamento subjetivo del deber jurídico de cumplimiento de una obligación

El concepto de causa como fundamento de la atribución patrimonial lleva ciertamente implícita la idea de un presupuesto o condición *sine qua non* de la enajenación o de la promesa hecha por aquél que se postula obligado, en cuanto que si se mantuviese la enajenación o se le condenase al promitente a cumplir la promesa no obstante no darse el fin perseguido, se *iría contra voluntad del enajenante o promitente*. Bastará, pues, desarrollar esta idea de la condición *sine qua non* bajo la cual ha prestado su aquiescencia al contrato quien promete a través del mismo, para llegar a subsumir en ella todas las situaciones de hecho que, por acuerdo explícito entre las partes o por las circunstancias objetivas en las cuales se hizo la promesa y bajo los postulados de la doctrina de la buena fe (recíproca lealtad), puedan considerarse como fin perseguido por él y como tal «causa de la obligación» (33).

este sentido de «fin realizado» (problemas de la donación con carga, de las donaciones remuneratorias, etc.).

(33) Explicando la diferencia entre la idea de que si se mantuviese una atribución patrimonial a pesar de no existir la *causa solvendi* o *credendi* con que ella fue hecha y de no existir tampoco *causa donandi*, se produciría una atribución patrimonial contra la *voluntad del disponente*, y la paralela idea de que se iría también contra la voluntad del obligado si se mantuviese la atribución patrimonial no obstante frustrarse el fin perseguido por quien se obligó con una «causa de la obligación» que luego no se realiza, escribe GORLA, Vol. I, § 22, c, pág. 321: «Pero no puede decirse que en este caso, lo

En este sentido la expresión causa entendida como *causa de la voluntad* viene a resultar netamente vinculada a la idea de negocio obligatorio, lo que agregado a la fidelidad de los neocausalistas al postulado básico sentado por el causalismo clásico de ser esta a la vez la *causa de la sanción jurídica* de dicho negocio, engendra la posibilidad de que dicha expresión «causa de la obligación» se preste a que se la utilice para tratar de explicar con ella los más diversos y aun contradictorios problemas jurídicos, según la mayor o menor expansión que se le dé a la idea de que el *fin no realizable o no realizado* de quien ha hecho la promesa (presunta «causa de la obligación» o «fundamento del deber jurídico de cumplimiento, como la define Messineo) (34), debe determinar la frustración del negocio o de la enajenación fundada en él.

En esta forma, en efecto, puede elegirse entre la concepción de Maury, que ve en la causa de la obligación el «motivo determinante de la voluntad que el derecho toma en cuenta» (que en los contratos onerosos caracteriza como «el equivalente querido», y en los gratuitos como «la ausencia querida de equivalente económico»), y la llamada concepción convencional de la causa de la obligación propagada por Capitant, según la cual en la noción

mismo que en el de la no realización de la causa *adquirendi* o *solvendi*, hubiera una donación o un enriquecimiento *gratuito* contra la voluntad del promitente o enajenante. Se produciría simplemente una atribución patrimonial (*no una donación*) contra la voluntad de éste. Se trata de problemas distintos. Tanto es así que, en el primer problema, si el disponente sabe que no ha realizado o que ha desaparecido ya la causa *solvendi* o *adquirendi* y a pesar de ello da o promete, surge el problema de saber si esta enajenación o promesa debe revestir las formas de la donación. Pero este problema no se plantea para nada si, por ejemplo, quien promete o paga un precio que ha de destinarse a la construcción de una escuela (condición *sine qua non*) sabe que la escuela no puede construirse. La equiparación de estos dos casos se debe probablemente a un error determinado por el término 'enriquecimiento', en el caso de que el acto de atribución patrimonial sea algo abstracto. Se concede entonces, en el caso de deficiencia de la condición *sine qua non*, una acción de 'enriquecimiento injusto', caso en el que, sin embargo, el término 'enriquecimiento' quiere aludir simplemente a un *transfert* o promesa *válidos*, que determinarían un enriquecimiento injusto si no hubiere una acción (*condictio*) que viniera a neutralizar sus efectos. En cambio, en el caso de no realización de una causa *solvendi* o *adquirendi*, el término 'enriquecimiento' alude a una atribución en el sentido de que se da algo sin contraprestación o sin que se deba, es decir, con el efecto propio de una donación o de un acto a título gratuito».

(34) MESSINEO, *Doctrina...*, I, Cap. II, núm. 12, pág. 116, tiene una concepción dualista de la causa. Admite por una parte una «causa del contrato» (cfr. núm. 7, nota 23), necesaria en el momento de la asunción de la obligación contractual, y por otra parte, una «causa de la obligación», que sólo se refiere al momento de cumplimiento de ella. Esta «causa de la obligación» es la justificación de la sanción jurídica de la obligación, pero a diferencia del neocausalismo francés que identifica el concepto con el de «causa de la voluntad» de obligarse, la causa de la obligación en Messineo funciona también respecto de la obligación no-contractual y parece identificarse a veces con la noción originaria de «causa de la atribución patrimonial», que involucraba tan sólo la cuestión de la justificación jurídica del desplazamiento patrimonial (locus cit., pág. 112, c y pág. 116, nota 40).

de causa debe integrarse «todo lo que ha sido convenido por entre los interesados», entendiendo por «convenido» aun aquello que implícitamente pueda entenderse por tal por conocer la otra parte que formaba parte del fin perseguido por quien se ha obligado. Según sea el punto de vista que prefiramos, podremos tener simplemente la dificultad, ya de por sí grave, de discernir entre la función de la noción cuando se habla de «ausencia de causa de la sanción jurídica de la promesa» (problema de la «causa suficiente») que debe conducir forzosamente a la nulidad absoluta del supuesto contrato, y la función de la noción cuando se habla de «ausencia de causa para eliminar una atribución patrimonial no justificada objetivamente a los ojos del derecho» (problema del enriquecimiento sin causa); o exasperado todavía más la complejidad del problema de la multiplicidad de las virtuales funciones de la noción, incluir todavía la consideración de cuestiones tan radicalmente opuestas entre sí y resueltas por el ordenamiento positivo con remedios diferentes entre sí, como los de inexistencia de la causa por error (35), por simulación (36) o por sobreveniencia de un hecho que determine la no realización de la misma (37).

(35) «La falsa causa y error sobre la causa —escriben MARTY y RAYNAUD, *Droit Civil*, II-1.º, núm. 189, pág. 171— tienen el rasgo común de consistir ambos en un vicio del consentimiento: una de las partes ha creído erróneamente en la existencia de la causa. Pero se puede hablar más precisamente de falsa causa cuando el error recae sobre los elementos objetivos de la causa y de error sobre la causa cuando ella recae sobre sus elementos subjetivos. Así, el comprador ha creído falsamente en la existencia de la cosa que él creía adquirir, *hay falsa causa* y la nulidad de su compromiso no es dudosa... Al contrario, una parte ha creído erróneamente poder satisfacer los móviles que le han determinado a contratar: *hay error sobre la causa*. Es entonces cuando se plantea el problema resuelto de modo diferente por los autores de la distinción entre causa y motivo. ¿El error sobre cualquier motivo determinante puede ser tomado en cuenta? No nos parece, al menos en los contratos onerosos. La jurisprudencia parece exigir que el motivo determinante sobre el cual versa el error de una parte haya sido conocido por la otra y recaiga sobre un elemento *sustancial* del contrato. La cuestión estriba en saber si este error debe producir la nulidad absoluta del contrato conforme podría ser deducido del artículo 1.157 Cód. civ. o sólo una nulidad relativa conforme a los artículos 1.141 y 1.146 *ejusdem*. En favor de la primera solución tanto para el caso que se ha caracterizado como «falsa causa» como para el que se ha llamado «error en la causa», MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, II, núm. 161, pág. 131 y núm. 282, pág. 229. Se pronuncian en cambio por la nulidad absoluta en el primer caso, que identifican con la «ausencia de causa», y en el segundo por la nulidad relativa MARTY y RAYNAUD, *op. cit.*, núm. 126, pág. 118, núm. 195 y pág. 178; RIPERT y BOULANGER, *Traité de Droit Civil*, II, núm. 300, pág. 122. GESTHIN, *Traité de Droit Civil, Le Contrat*, núm. 672, pág. 557, pretende sintetizar la cuestión así: «La nulidad por ausencia de causa prevista por el artículo 1.131 fr. (1.157 venez.) supone la ausencia de un elemento objetivo e invariable según la naturaleza del contrato. En todos los contratos que realizan un cambio existe una contrapartida cuya falta justifica la anulación por ausencia de causa. Por el contrario, la nulidad por error sobre la causa supone sólo la ausencia de una cualidad de la contrapartida, que puede variar infinitamente según las convenciones. Es esta variedad la que impone la búsqueda de la definición contractual del objeto de la contrapartida. Una tal búsqueda es, por el contrario, inútil cuando se trata de la ausencia de un elemento que es inhe-

LAS DOCTRINAS SOBRE LA CAUSA

10. *El causalismo clásico*

Fue Domat quien en su obra «Las Leyes Civiles en el orden natural» sentó las bases de la doctrina de la causa que consagra nuestro Código civil. Luego de expresar, reaccionando así contra

rente a la naturaleza del acto y que, por tal hecho, tiene necesariamente que figurar en el acuerdo de las partes. Conviene observar que si se define la causa como la contrapartida de la obligación, el error sobre la causa no puede sintetizar todas las hipótesis en las cuales el error entraña la nulidad. En efecto, el error sobre las cualidades sustanciales de la propia prestación del demandante o sobre la persona del contratante justifica la anulación del contrato. Es, pues, indispensable estirar la definición de causa si se quiere hacer del error sobre la causa la síntesis de los casos de anulación por error».

(36) Cuando las partes se acuerdan para fingir una causa que no existe puede ocurrir que realmente no exista ninguna causa (simulación absoluta) o que exista otra causa distinta de lo que se ha fingido (simulación relativa). En este último caso la causa simulada no se confunde con la ausencia de causa, sino que habrá de estarse a la «verdadera causa». La consecuencia no es pues la nulidad absoluta. Se admite, en efecto, la validez de las donaciones disimuladas bajo la apariencia de un contrato oneroso. Al respecto de la doctrina y jurisprudencia italianas, *cfr.* FRANCESCO FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, págs. 234 a 238 y pág. 293, quien escribe: «la donación disfrazada, no hecha por documento público, es nula; pero si se revistió de tal forma, no puede negarse su validez»; y también: «la prueba de la simulación hace desaparecer, como inconsistente, el negocio fingido por las partes con fines de ocultación; pero descorrido el velo de la apariencia, queda incólume la verdadera relación jurídica contraída secretamente, la cual será eficaz si reúne las condiciones necesarias para su eficacia y validez... Tampoco en cuanto a la forma se sustrae el negocio oculto a las prescripciones de la ley, y mientras que una donación disfrazada, no hecha en documento público, es nula, hecha en escritura privada para disimular un contrato oneroso deja a éste en toda su eficacia». En Francia y Bélgica, por el contrario, se admite que la donación disimulada puede tener efecto aun si no se ha hecho por documento público, siempre que se hayan cumplido los requisitos de forma del acto aparente y se hayan respetado en apariencia las condiciones de fondo del acto aparente. *Cfr.* MIGUEL DAGOT, *La simulation en droit privé*, págs. 174 y sigts.; DE PAGE, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, VIII-1.º, núm. 508 y sigts.; pág. 598 y sigts. En concepto de GORLA, I, pág. 542-543, la constatación de una causa simulada al lado de la *causa donationis* sería el *vestmentum* que en las conclusiones de esta jurisprudencia francesa habría venido a sustituir la forma notarial que todavía se exige en Italia. Sobre el tratamiento de la causa simulada en la doctrina venezolana, *cfr.* DOMINICI, PALACIOS HERRERA y MADURO, bajo los números 68, 73 y 74 del análisis del artículo 1.157 en el «Código Civil de Venezuela», anotado y concordado, publicación a cargo del Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

(37) La integración de la ejecución de la obligación en la noción de causa de la obligación es defendida por CAPITANT (*cfr.* infra, núm. 13), pero también es recogida por STARK, *Droit Civil (Obligations)*, 1.517, pág. 468. Sobre la extensión de esta noción de causa que da lugar a la explicación simultánea del sinalagma genético y del sinalagma funcional a través de la misma noción de causa, *cfr.* mi libro *La resolución del contrato por incumplimiento*, número 50, pág. 91. La propia doctrina francesa más moderna no deja de mostrar sus reservas a este respecto, *cfr.* MARTY RAYNAUD, *op. cit.*, núm. 190, pág. 172; GESTHIN, *op. cit.*, núm. 688, pág. 580.

los principios del derecho romano, que «todas las convenciones, tenga o no tenga nombre, producen siempre su efecto, obligan a lo que ha sido concertado», y de clasificar las relaciones o negocios útiles en cuatro grupos, a saber, tres especies de cambio (un dar frente a otro dar, o un hacer frente a otro hacer, o un dar frente a un hacer) y otra en que «uno solo da o hace sin recibir nada en cambio», concluye con el siguiente párrafo: «En esas tres primeras clases de convenciones se celebra un negocio que nada tiene de gratuito; *la obligación de cada una de las partes es el fundamento de la otra*. Incluso en las convenciones en que parece que sólo una de las partes queda obligada, como en el préstamo de dinero, la obligación del prestatario ha sido precedida por el cumplimiento de lo que el otro contratante debía hacer *para formar la convención*. Así, la obligación que *se forma* en las convenciones de esta clase en favor de uno de los contratantes tiene siempre su causa en la obligación de la otra parte, y la obligación sería nula, si verdaderamente careciera de causa». Y más adelante agrega: «En las donaciones y en los otros contratos en los que sólo una de las partes hace o da, *la aceptación forma la convención*; y la obligación del que da tiene su *fundamento en algún motivo razonable y justo* como un servicio prestado o algún mérito del donatario, o el simple placer de hacer el bien. Y este motivo *hace las veces de causa* para aquel que recibe y no da nada». Igualmente agrega todavía este otro párrafo: «En las convenciones que obligan a la restitución de algo que se ha recibido, sea de la misma cosa, como en el préstamo de uso y en el depósito, sea de otra cosa de la misma naturaleza, como en el préstamo de dinero o de cosas fungibles, la obligación sólo *se forma* cuando el consentimiento vaya acompañado de la entrega. Es por eso por lo que suele decirse que estas obligaciones se contraen por la cosa, aunque el consentimiento sea también necesario».

De modo que, a pesar de su inicial proclamación del principio del nudo consentimiento, Domat ha concluido por señalar que lo que forma la convención en los contratos de cambio es la contraprestación (causa en sentido propio), en tanto que en los otros contratos en que falte una *res* (que sería en su caso lo que formaría en ellos la convención) la aceptación formaría la convención, pero siempre que en esta última hipótesis se de además el concurso de un motivo razonable y justo, que «hace (aquí) las veces de causa» (38).

Estas formulaciones de Domat fueron pacíficamente admitidas por la doctrina jurídica francesa de los siglos XVII y XVIII y en el «Tratado de las Obligaciones» de Pothier se reformulan sus enseñanzas sobre el valor del nudo consentimiento y la necesidad de la causa así: «Toda obligación debe tener una *causa honesta*.

(38) Para más detalles sobre las formulaciones de Domat y sus antecedentes *cfr.* CAPITANT, *La causa...*, núm. 78, pág. 160, y GORLA, *El Contrato*, Vol. I, § 5, d), pág. 77.

En los contratos *interesados* (u onerosos), la causa de la obligación que contrae una de las partes es aquello que la otra parte le da o se obliga a darle, o el riesgo que aquella parte asume. En los contratos de *beneficencia*, la liberalidad que una de las partes quiere hacer en favor de la otra, es una *causa suficiente* de la obligación que contrae frente a ella». Este pasaje de Pothier se complementa todavía con otros que aparecen en su «Tratado de las donaciones», en los cuales se desarrolla la idea de ser la donación un contrato que exige para su validez la forma notarial, pero que, por caracterizarse además por no tener otra causa que la de llevar a cabo una liberalidad (*animus donandi*), excluye que pueda hablarse de donación cuando ella va acompañada de cargas que son apreciables en dinero y de valor equivalentes al de la cosa donada o cuando se la hace para recompensar servicios prestados y el precio de tales servicios es de valor equivalente a la cosa donada, casos estos últimos en los cuales debe entenderse más bien que hay un contrato interesado u oneroso (39).

Esta doctrina de la causa sirvió de base a los redactores del Código Napoleón y su desarrollo configuró lo que se llamó el «causalismo clásico», para señalar así el grupo de exégetas del Código de Napoleón (Delvincourt, Toullier, Demante, Troplong, Mercadé, Maleville, Zacharie, Demolombe, Larombiere, etc.) que en términos generales coinciden en los siguientes principios:

1.º La causa es un elemento que *no puede faltar en ningún contrato*, desde el momento en que todo el que presta su consentimiento para asumir en virtud de ello una obligación lo hace, para obtener un fin. De allí que el establecimiento de la ausencia de causa, o de su falsedad o ilicitud haga nulo el contrato.

2.º Entendida como finalidad perseguida por quien consiente en obligarse, la causa se entiende pues como *causa finalis*, esto es, como ya vimos que la habían definido los glosadores, como la causa próxima, el fin inmediato, perseguido por cada contratante en el contrato bilateral en que ambas partes se obligan o perseguido por aquel único que se obliga en el contrato unilateral. Esto excluye que pueda identificarse la causa con la causa impulsiva, o sea, con los móviles internos que determinan en el plano psicológico el acto de adhesión de cada singular contratante a los términos del contrato que consiente en celebrar. Esos móviles constituyen la causa eficiente, pero no la causa final de su voluntad.

3.º La causa, así rectamente entendida, resulta un *elemento objetivo*. A diferencia del motivo que es la razón contingente, variable con cada singular individuo que se anima a celebrar un concreto tipo de contrato, la causa expresa la utilidad que es susceptible de extraerse de aquel concreto tipo de contrato (venta, arrendamiento, sociedad, etc.); por ello, al contrario del motivo que no hace parte del acuerdo de voluntades que está en la base

(39) Para más detalles sobre Pothier, *cfr.* CAPITANT, *op. cit.*, núm. 80, página 166 y, especialmente, GORLA, *op. cit.* Vol. I, § 5, b), pág. 80.

de todo contrato, la causa se integra en ese acuerdo de voluntades, forma parte del contrato tipo en sí mismo considerado.

4.º En los *contratos bilaterales* la causa de la obligación de cada uno de los contratantes es la obligación del otro contratante. Ello nos permite tipificar un concreto contrato al identificar las respectivas causas que han determinado el consentimiento de cada una de las partes que concurren a su formación. Nos permite además comprender que cuando se pone de relieve la existencia de una obligación o de una prestación contrapuesta a la de aquella parte que habiendo hecho una promesa se resiste a cumplirla alegando que forzarle a ello sería sancionar una donación nula por defecto de forma, hay que excluir que se trata realmente de una donación y debe condenarse al renuente a la ejecución de su promesa. Salvo que se trate de una de esas excepciones en que en nuestro ordenamiento positivo se lo ha configurado excepcionalmente como un contrato formal, la regla general es, en efecto, que los contratos de cambio son meramente consensuales.

5.º Entre los contratos unilaterales podemos distinguir en primer lugar los *contratos reales* (mutuo, comodato, prenda y depósito) en los cuales la entrega de la cosa es la causa de la obligación de restituirla que asume quien la ha recibido. Los motivos por los cuales él haya querido recibir la cosa en préstamo, en prenda o en depósito, pueden ser muy variados y nada importan; lo que importa es que en consideración a haberla recibido y en tanto que él la ha recibido se obliga a restituirla.

6.º Entre esos contratos unilaterales podemos separar en un segundo lugar las *puras liberalidades*, aquellas que tienen como causa un sentimiento generoso. En este caso, debe considerarse que la causa propiamente tal es el «*animus donandi*», el sentimiento de generosidad con abstracción de los motivos que hayan podido privar en el ánimo del donante (p. ej.: reconocimiento de los méritos del donatario, gratificación de servicios previamente recibidos de él; mero deseo de hacer el bien, etc.). Esta caracterización de la causa en las liberalidades cuando se trata de la asunción de una promesa de dar o de una transferencia patrimonial fundada en ella plantea la cuestión de la necesidad de recurrir al esquema formal de las donaciones. En nuestro sistema positivo, en efecto, con base en la idea de que ellas suponen un empobrecimiento patrimonial para quien las hace y para sus herederos, que exige que las donaciones sean rodeadas de requisitos que aseguren que su autor pondere bien la gravedad del acto que cumple, la donación y la promesa de donación han sido configuradas como contratos formales (art. 1.439 y sigts. Cód. civil).

6.º En los contratos precedentemente enunciados (venta, mutuo, donación, etc.) la causa se nos presenta como algo inherente al contrato y que, por lo mismo, no necesita ser formalmente expresada. Hay todavía casos de promesas unilaterales por las cuales alguien se obliga a dar o hacer algo, en los que no aparece tan claramente el carácter conmutativo de la promesa y en que

podemos dudar por un momento si se trata de una promesa gratuita. El problema se presenta con frecuencia en relaciones jurídicas que implican a una tercera persona, p. ej.: en la fianza, la delegación, en los títulos a la orden o al portador. La utilidad de estas figuras y las necesidades del comercio exigen que no se declaren nulas tales promesas sólo porque la causa de la obligación de quien asume la promesa no aparezca implicada en la propia naturaleza del acto. Es comprensible, pues, que ya desde el antiguo derecho se haya planteado la cuestión de la validez de una promesa sin expresión de su causa. Lo que importa —se decía— no es la expresión, sino la realidad de la causa. «El contrato es válido aunque la causa no se exprese», dice el artículo 1.132 del Código Napoleón recogiendo expresamente este principio. Los autores franceses discuten sin embargo aun en nuestros días si este texto legal se refiere sólo a la prueba de la causa, que no necesitaría constar del escrito con el cual se prueba el contrato, pero que no dejaría por ello de tener que ser suministrada por el acreedor mediante algún otro medio de prueba (testigos, presunciones, etc.); o si dicho texto dispensa al acreedor de toda carga de la prueba al respecto, sin que por ello prive al deudor de la posibilidad de probar que la causa de la «promesa sin expresión de causa» no existe en realidad o que ella está viciada por su ilicitud. Para despejar toda duda al respecto de la corrección de esta última conclusión, el codificador italiano de 1865 agregó al texto francés está otra máxima: «La causa se presume mientras no se pruebe lo contrario».

11. *El anticausalismo*

La doctrina de la causa cuya fecunda evolución durante el medioevo condujo a las formulaciones de Domat y Pothier que se plasmaron según hemos dicho en el Código Napoleón (40), casi no evolucionó en Francia durante el siglo XIX, debido precisamente a los postulados de la Escuela de la Exégesis que redujo el papel de la doctrina a la de una mera glosa o explicación de los textos del Código civil. No ocurrió así en Alemania, donde al impulso de la pandectista y ante la ausencia de un derecho codificado, se llevó a cabo durante todo el siglo XIX una aguda crítica sobre toda la teoría del negocio (41). Este retorno a la libre discusión de los viejos textos referentes a la «causa» y las propias contradicciones que estaban implícitas en la «doctrina clásica» de la misma, condujeron especialmente en Italia, pero también en Francia, a complicar la noción de causa que los exégetas del Código

(40) Un resumen de esta evolución puede leerse en CAPITANT, *La causa...*, números 57 a 79, págs. 124 a 126. *Cfr.* también: la voz *Causa* (dir. intern.), por ENNIO CORTÈSE, en la *Enciclopedia del Diritto*, Vol. VI, págs. 533 a 546.

(41) *Cfr.* RIEG, núm. 265, págs. 268 y sigts. y GIORGIANI, Michele, voz *Causa* (dir. priv.), en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. VI, pág. 553, núm. 5.

Napoleón habían utilizado como si se tratase de algo realmente obvio y sencillo. Dentro de este cuadro deberemos destacar en un primer término la llama crítica de los anticausalistas.

La tesis anticausalista (sostenida en la literatura jurídica francesa por Ernst, Timbal, Laurent, Planiol, Dabin, etc., y en Italia, por Giorgi, Chironi, etc.) pretende hacer resaltar la *falsedad* y la *inutilidad* de la noción. Los manuales franceses suelen resumir esta posición tomando como guía a Planiol (42), así:

a) *La causa es una noción falsa.* Los causalistas pretenden definir la causa en los contratos sinalagmáticos diciendo que «la causa de la obligación de una parte es la obligación de la otra parte». A tal definición se le objeta que no se comprende cómo puede cada obligación ser a un mismo tiempo causa de la otra y efecto suyo, cuando la más sencilla lógica impone que la causa de la otra y efecto suyo, cuando la más sencilla lógica impone que la causa preceda al efecto; y que tampoco valdría decir para escapar a tal objeción que a la palabra causa se le atribuye el significado de causa final en lugar del de causa eficiente, pues la definición que el causalismo da de la causa en los contratos reales, al decir que aquí la causa es la entrega de la cosa, equivale a admitir que la causa se toma en dichos contratos en el sentido romano de presupuesto necesario para que se forme el contrato, esto es, como causa eficiente. La definición de causa que nos da el causalismo clásico adolecería, pues, de una patente equivocidad.

Pero además, si la causa de la obligación de cada parte en los contratos bilaterales coincide, como hemos visto que lo sostiene la mayoría de los causalistas clásicos, con el objeto de la obligación de la otra parte; y si la causa en los contratos reales coincide con el objeto de la obligación de quien asume la obligación de restituir la cosa, entonces, ¿a qué añadir este nuevo elemento a los ya unánimemente reconocidos del consenso y del objeto como esenciales para la formación del contrato?

A esto se agrega todavía: el causalismo clásico caracterizada la causa de las liberalidades por el «animus donandi abstractamente considerado»; ahora bien, ello equivale a proclamar que existen contratos que se forman simplemente por el concurso del consentimiento y del objeto, pues decir que la causa de la liberalidad es el «animus donandi», el «espíritu de liberalidad en sí mismo considerado con abstracción de los concretos motivos que han llevado al autor de la donación a hacer tal atribución patrimonial sin contrapartida», es tanto como admitir que la causa se confunde con el consentimiento.

(42) PLANIOL, Marcel, *Tratado Elemental de Derecho Civil. Obligaciones*, II, núms. 1.037 a 1.039.

Un eco de la doctrina anticausalista en nuestro medio puede verse en las reflexiones que se hicieron a la Comisión Codificadora Nacional que elaboró el referente Código tanto por el doctor Amenodoro Lamus como por el doctor Gualberto Hernández.

La causa —se concluye— no constituye ningún elemento autónomo que se agregue, pues al consenso y al objeto como lo pretenden los autores causalistas, sino que en los contratos bilaterales y en los contratos reales se confunde con el último y en las liberalidades con el primero. Es por lo mismo, no sólo una noción equívoca, sino también una noción superflua.

b) *La noción de causa es además una noción inútil.* Observan los anticausalistas que los dos efectos fundamentales que los causalistas pretenden alcanzar por medio de la causa, a saber, la anulación de obligaciones por ausencia de causa y la anulación de contratos por causa ilícita pueden alcanzarse sin acudir a tal noción.

a') Los causalistas —se argumenta— pretenden que la noción de la causa en los contratos bilaterales es necesaria para explicar la acción de resolución, la excepción «non adimpleti contractus» y la teoría de los riesgos, que son fenómenos exclusivos de los contratos bilaterales. Se dice: «puesto que cada obligación tiene su causa en la obligación de la otra parte, se comprende por qué razón si una parte no cumple su obligación la otra parte puede pedir que se le libere a ella de cumplir: su obligación carecería de causa». Planiol observa contra esto: 1.º Se pueden explicar semejantes efectos sin acudir a la noción de causa, basta utilizar el adverbio «recíprocamente» que emplea el artículo 1.134 del Código civil para indicar el modo o estructura que adoptan las obligaciones de las partes en los contratos bilaterales; en efecto, en un sistema que hace derivar la fuerza vinculatoria de las obligaciones nacidas del contrato bilateral de la autonomía de la voluntad de las partes, no hay necesidad de recurrir a ningún recurso técnico artificioso para comprender que el acuerdo de las partes que crea las obligaciones, las pueda crear al propio tiempo como interdependientes. 2.º La definición de causa en los contratos bilaterales que dan los causalistas clásicos, por otra parte, no explica realmente ninguno de los efectos indicados; y por el contrario, el hecho de que una de las partes no cumpla con su obligación no significa en absoluto que deje de estar obligada, con lo cual no faltaría la causa de la obligación recíproca y no se ve por qué el sujeto deudor de esta última deba ser liberado. En la venta, la obligación del comprador es pagar el precio y, por tanto, según los causalistas clásicos, la causa de la obligación del vendedor sería esa obligación del comprador de pagar el precio: pero, observa Planiol con razón, si el comprador no paga el precio no por eso queda menos obligado a pagarlo, luego existiendo su obligación no faltaría causa a la obligación del vendedor y éste no podría pedir la resolución del contrato.

b') Los causalistas clásicos habían dicho que la causa de la obligación en los *contratos reales* es la entrega de la cosa. Pretendían explicar así que el prestatario o el depositario de una prenda, por ejemplo, se obligan a restituir la cosa prestada o dada en prenda, «porque les ha sido entregada». Los anticausalistas obje-

tan que si en el caso la obligación del prestatario o la del deudor de la prenda no existe, no es porque no tenga causa, sino sencillamente porque el contrato no habrá llegado a perfeccionarse, ya que en todos los cuatro contratos reales la entrega de la cosa es un presupuesto de formación del contrato.

c') Los causalistas clásicos dijeron que la causa de la obligación asumida por el deudor de una liberalidad es el *animus donandi* abstractamente considerado. Los anticausalistas objetan que esta noción de la causa carece de un contenido jurídico distinto del que se expresa cuando se dice que se requiere el consentimiento del donante para que haya donación, y por tanto, que resulta una noción totalmente inútil. Además, puesto que el *animus donandi* se considera con abstracción de los motivos, resulta que quien ha consentido una liberalidad no podría entonces exceptuarse jamás alegando la inexistencia de causa o su ilicitud. Entonces, ¿qué función útil desempeñaría esta noción de causa?

12. El neocausalismo

En Francia se ha llamado neocausalistas a los autores que, aguijoneados por las críticas del anticausalismo, han intentado replantear sobre nuevas bases el postulado de todos aquellos Códigos que siguen el modelo del Código Napoleón sobre la *esencialidad* de la causa, esto es, que conciben el contrato como un organismo que comprende no sólo el *consenso* y el *objeto* (o sea, las obligaciones), sino también la *causa*.

Cuando nos esforzamos por reconducir a un esquema global lo que hay de común entre todos estos autores, apenas alcanzamos a poder señalar que las doctrinas italianas sobre la causa, a más de mostrar una directa influencia de la pandectista alemana del siglo XIX, tienden a colocar el acento sobre la noción de «causa del contrato», entendida en un sentido básicamente objetivo, como función económico-social del contrato y cuya utilidad estribaría sobre todo en explicar la sancionabilidad jurídica de las promesas y en permitir la tipificación de los contratos (Betti, Giorgiani) o simplemente se limitan un tanto escépticamente a tratar de mostrar la diversidad de funciones que la jurisprudencia hace jugar a esta noción (Gorla, Messineo) (43); mientras que los autores franceses, más fieles a los derroteros de su muy rica jurisprudencia, o se caracterizan bien por el intento de reformular con apoyo directo en ésta la noción tradicional de la «causa de la obligación» para afirmar así la fundamental *unidad* de la noción de causa

(43) Para un resumen de la moderna doctrina italiana, *cfr.* GIORGIANNI, Michele, voz *Causa* (dir. priv.), en la Enciclopedia del Diritto, Vol. IV, en particular desde el núm. 8, pág. 561. Un intento de recepción de esta teoría italiana sobre la «causa del contrato», en lo que respecta a nuestro Código civil, ha sido hecho por Augusto PINO, *Reflexiones sobre la causa del negocio*, en Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera-Mendoza, U. C. V., Facultad de Derecho, Caracas, 1970, Tomo I, págs. 487-499.

(Capitant, Maury), o bien por la aceptación, al lado de esa tradicional noción de la «causa de la obligación» que jugaría en el campo de los problemas relativos a la ausencia de causa y a la falsedad de la causa, de una noción de «causa del contrato» teñida de un cierto subjetivismo, en cuanto que se pone su acento en el carácter de móvil-determinante de la voluntad de los contratantes, y que se aplicaría en el terreno de los problemas de la causa ilícita (Josserand, Esmein), dando así lugar a la prédica de una insoslayable *dualidad* de la noción de causa (Ripert-Boulanger, Mazeaud, De Page) (44).

Como un resumen de alguno de estos nuevos intentos doctrinales de sistematización de la causa sólo puede tener aquí un valor de ejemplo, para ilustrar algunos aspectos fundamentales del neocausalismo, seleccionaremos apenas la obra «De la Causa de las Obligaciones», de Henri Capitant, ya que al par de la influencia decisiva que ella ha tenido en Francia (tan sólo compartida en grado semejante por los numerosos trabajos sobre la materia de Jacques Maury), dicha obra configura el único tratado extenso sobre este tema que ha sido vertido al castellano. Ello se justifica tanto más cuanto que el neocausalismo de Capitant ha tenido una gran influencia en nuestra doctrina (45) y hasta cierto punto en nuestra jurisprudencia (46).

13. *El neocausalismo de Capitant*

La obra de Capitant constituye, según dijimos, un vigoroso esfuerzo de reconducción de toda la doctrina de la causa a la noción de «causa de la obligación», entendida en el sentido subjetivo o psicológico que ella tiene en el causalismo clásico. Capitant comienza, en efecto, por señalar como un acierto de los causalistas clásicos el haber identificado la causa con el «fin perseguido» por quien asume una obligación en virtud del acuerdo de la voluntad con otro sujeto (*conventio*), y el haber buscado la diferenciación de la causa frente al motivo a través de la confrontación que hacían los juristas medievales entre la *causa finalis* y la mera

(44) Para un resumen de las modernas doctrinas francesas, *cfr.* GESTHIN, números 643 y sigts., pág. 532 y también MARTY-RAYNAUD, núm. 176 y sigts. página 160. La tendencia objetiva en la concepción de la causa no ha dejado sin embargo de tener también en Francia algunos nombres particularmente significativos (Louis-Lucas, Rouhette, Boyer).

(45) *Cfr.* bajo los números 15, 26, 27, 32 a, 34 a, 38, 52, 54, 58 y 77 de las anotaciones al artículo 1.157 y bajo los núms. 23 y 27 de las anotaciones al artículo 1.158 del citado Código civil anotado y concordado del Instituto de Derecho Privado algunos ejemplos de la frecuencia con que la obra de Capitant es invocada en nuestra doctrina.

(46) *Cfr.* Las definiciones de causa en que se incluye en la noción la idea de «finalidad común» perseguida por las partes o la de «realización» de la contraprestación como fin perseguido que aparecen en las sentencias citadas bajo los números 90, 91, 92 y 96, las cuales pueden, en cierto grado, reconducirse a la «concepción convencional» de la causa propugnada por Capitant.

causa impulsiva de la obligación. Pero luego de señalar estos aciertos, Capitant observa que para sustraerse a las críticas del anti-causalismo se hace necesario reformular la teoría de la causa del causalismo clásico, manteniendo de ella la idea de la unidad de la noción de causa, que en su conjunto debe continuar entendiéndose en el indicado sentido de «causa de la obligación», pero redefiniendo este concepto a fin de que él pueda explicar la utilidad del concepto no sólo a los fines del «perfeccionamiento del contrato» (47), sino también «su influencia sobre la vida de la obligación» (48).

(47) La influencia de la causa sobre el origen de la obligación traería dos consecuencias fundamentales, a saber:

1.º La causa forma parte integrante de la voluntad creadora de la obligación. El acreedor de una obligación voluntaria debe probar no sólo el contrato, sino que la obligación que de él surge tiene causa y causa lícita. Así, el acreedor no puede contentarse con decir que se le debe tal suma; debe probar la causa del crédito, p. ej.: un préstamo, una donación, una venta, una obligación natural que el deudor ha querido transformar en obligación civil, etc. Vemos, sin embargo, que la ley presume la existencia de semejante causa, salvo prueba en contrario (art. 1.158).

2.º Una obligación no es válida sino cuando el fin previsto es susceptible de ser alcanzado y es lícito. Así, el fin no es susceptible de ser alcanzado cuando, p. ej.: un comprador compra de buena fe una cosa de la que no es propietario el vendedor (art. 1.483 C. civ.); un heredero, creyéndose parte en un testamento revocado sin su conocimiento, promete dar al pretendido legatario un objeto determinado en pago (error en la causa). Igualmente, el fin será ilícito cuando es contrario al orden público o a las buenas costumbres, p. ej.: un contratista promete una comisión a un funcionario del MOP para obtener la buena pro en una licitación (Cfr. CAPITANT, *De la causa...*, núm. 5, pág. 25).

(48) La influencia de la causa sobre la vida de la obligación, traería consigo estas otras dos consecuencias:

1.º En un contrato sinalagmático, cuando una de las partes reclama el cumplimiento de la prestación que le ha sido prometida, debe probar que este cumplimiento no conduce a un resultado distinto del perseguido por la otra parte. Así, pues, debe probar que su contraparte ha conseguido el fin que quería, porque él mismo ha cumplido su obligación, o que lo va lograr porque él está dispuesto a cumplirla. Por ejemplo, el vendedor no podría reclamar del comprador el pago del precio, a no ser que haya entregado o prometido entregar al mismo tiempo la cosa vendida (*exceptio non adimpleti contractus*).

2.º Si por consecuencia de un acontecimiento posterior al origen de la obligación (caso fortuito o fuerza mayor, falta de cumplimiento de la otra parte), el fin querido por el deudor no puede conseguirse, cesa su obligación. Así, si perece la cosa arrendada durante el arrendamiento, el arrendatario queda liberado de pagar el alquiler (art. 1.588 C. civ.) y, recíprocamente, si el arrendatario no paga el alquiler prometido, tiene derecho el arrendador a desahuciarlo; e igualmente, si el comprador no paga el precio, el vendedor puede pedir la rescisión de la venta (art. 1.493 C. civ.), y por su parte el comprador que sufre evicción tiene derecho a negar el pago o pedir reembolso de lo pagado (art. 1.508 C. civ.). Este sería también el fundamento de la acción por resolución del contrato bilateral (art. 1.167 C. civ.). (Cfr. CAPITANT, *locus cit.*). MAURY (voz *Cause*, Encycl. Dalloz, Rép. droit civ., pág. 517, núm. 26), el otro gran tratadista francés que más ha influido sobre la jurisprudencia de su país, después de adherir inicialmente a la tesis de Capitant («hay un análisis psicológico exacto: el vendedor, por ejemplo, vende para tener el precio, no el crédito del precio; el comprador compra para

Para alcanzar tales objetivos, Capitant propone una concepción de la causa todavía más subjetiva que la popularizada por el causalismo clásico. Explica él que debe coincidirse con el causalismo clásico en que la verdadera diferencia entre «causa» y «motivo» estriba en que el motivo psicológico que determina a cada contratante a obligarse no forma parte del acuerdo de voluntades, en tanto que el acreedor conocería siempre la causa de la obligación de su deudor, porque esta causa se desprende de la naturaleza del contrato (arrendamiento en vez de comodato, cesión de usufructo en vez de arrendamiento, etc.). La comprobación de esta conexión entre la naturaleza del contrato y la causa constituye la razón de que se diga que la causa es un elemento «objetivo», entendiendo por tal algo independiente de la voluntad de las partes. Pero —añade Capitant— tal noción es incompleta, porque la causa, si bien no es el mero propósito impulsante del asentimiento de cada parte, en cambio sí resulta determinada por el acuerdo de voluntades.

Esta concepción de la causa ha sido llamada *concepción subjetiva de la causa* e igualmente *concepción convencional*, oponiéndola así a la *concepción objetiva* o *legal*, según la cual la causa es constante e inmutable en cada género de contrato, sea cual sea la intención personal que hubieren tenido las partes y que corresponde a la concepción tradicional del causalismo clásico.

Una vez armado con esta concepción subjetiva de la causa que le es peculiar, Capitant se esfuerza en mostrarnos la utilidad de la teoría de la causa, rebatiendo así las críticas anticausalistas:

A) *En los contratos bilaterales* no puede eliminarse la noción de causa, basta hacerlo para comprobar que con las solas nociones de «consentimiento» y «objeto» no se logra explicar la estructura de tales contratos. Si la obligación de cada parte fuese independiente de su causa esta obligación viviría con vida propia, independiente de la otra. El arrendatario estaría obligado a pagar el canon de arrendamiento aunque el arrendador no le entregare la cosa arrendada.

Los anticausalistas habían hecho en este punto una objeción profunda a la teoría clásica de la causa. Decían ellos: puesto que los causalistas dicen, al diferenciar causa y motivo, que la causa es un elemento objetivo, siempre el mismo en todo género de contrato, al contrario de los motivos que son cambiantes y subjetivos, no se explica qué utilidad pueda tener la noción de causa para explicar la nulidad de un contrato por ilicitud. En efecto, si el comprador se obliga *siempre* para conseguir la transmisión

tener la cosa»), concluye oponiéndose a esta conclusión de Capitant así: «Pero hay interés en distinguir los dos momentos de la vida del contrato: formación y ejecución, en que esta noción interviene y las sanciones son de otra parte diferentes: nulidad y resolución. La causa es elemento de formación de la convención, condición de existencia de la obligación. Ella es la prestación prometida, no la prestación ejecutada; la contrapartida convenida, no la contrapartida realizada».

de la propiedad que se obliga a hacerle el vendedor, si el arrendador se obliga *siempre* para obtener el pago del canon de arrendamiento, si el donante se obliga *siempre* para beneficiar al donatario (*animus donandi*, abstracción hecha de los motivos), etc.; entonces, es evidente que jamás podrá servir la noción de causa para explicar la nulidad de los contratos nominados. La ilicitud de tales contratos no podrá encontrarse en la causa tal como ha sido definida, sino en la finalidad perseguida por el contrato en su totalidad, en el límite que a la libertad de contratar estipula el artículo 6.º del Código civil. Esta objeción es la que ha llevado a algunos autores a hablar de «causa del contrato» (49). Pero, dice Capitant, basta modificar el concepto clásico de «causa de la obligación», para que la objeción anticausalista no encuentre asidero y no tengamos necesidad de duplicar la noción de causa, agravando así más aún la complejidad del problema.

En este punto observa Capitant que el causalismo clásico había tenido una visión incompleta de cuál es realmente el fin perseguido por cada parte que concurre a la formación de un contrato bilateral. Si la causa se entiende como lo hace él referida a todo lo que según el acuerdo de voluntades, en forma explícita o implícita, debe entenderse finalidad perseguida por quien consintió en obligarse (esto es, según la ya explicada concepción convencional de la causa), se ve que debe incluirse en ella la «efectiva realización» del fin de cada contratante, y no sólo el mecanismo apto para conseguirlo. Esto es, no sólo lo que ha sido llamado el sinalagma genético (a la obligación de una parte debe corresponder una simultánea obligación de la otra parte), sino también el llamado sinalagma funcional (puesto que lo que cada parte persigue en realidad no sólo es obtener que la otra se obligue, sino que efectivamente cumpla con su obligación) forman parte inescindible de la noción de causa de la obligación en los contratos bilaterales (50). Por tanto, si ese cumplimiento (el objeto o prestación

(49) DEMOGUE, *Traité des Obligations*, I, pág. 544, observaba, «que VENEZIAN... había ya hecho sentir el carácter social de la causa al observar que ella tiene por fuente no la voluntad de cada contratante, sino la cooperación que se realiza, de suerte que el antecedente del efecto jurídico es, no una primera y una segunda voluntad, sino la voluntad común». Esta referencia a Venezian refleja la deuda de la doctrina francesa de la «causa del contrato» con los romanistas italianos que elaboraron esta doctrina. *Cfr. infra*, núm. 7 y, especialmente, nota 27).

(50) Con la salvedad que ya señalamos en la nota 47, MAURY, voz *Cause*, página 515, núm. 7 y sigts., se pronuncia también en contra de la noción de «causa del contrato», cuya introducción en Francia atribuye a Boyer, señalando que el Código Civil francés «impone la opción por la causa de la obligación». Agrega que la causa del Código Civil francés es la «causa de la obligación convencional», entendiéndolo por tal lo que llama Colin la «convention principe», la convención reducida a sus elementos esenciales: «una parte que crea a su cargo una obligación en provecho de una otra parte que la acepta». Enseguida afirma que es un error creer que la calificación de los contratos según el tipo al que pertenece suponga tener que acogerse a la idea de «causa del contrato», señalando que esta función la cumple en el derecho francés también la «causa de la obligación» (núm. 28, p. 518).

prometido por la otra parte considerada en sí misma) no llega a existir (nulidad por ausencia de causa, art. 1.157 C. civ.), o no se logra por culpa de la otra parte (resolución del contrato, art. 1.167 C. civ.; excepción *non adimpleti contractus*, art. 1.168 C. civ.), o se hace imposible por causa extraña no imputable a la otra parte (teoría de los riesgos, arts. 1.271 y 1.272 C. civ.), o resulta contrario al orden público o a las buenas costumbres (causa ilícita, art. 1.157 y 6.º C. civ.), el deudor de la obligación recíproca que tenía su causa en la efectiva consecución de tal cumplimiento, debe quedar liberado. El contrato resultará ineficaz por carecer de uno de sus requisitos de existencia (art. 1.141 C. civ.) (51).

B) Además, como escribe Capitant, «*en algunas clases de contratos sinalagmáticos, la causa se complica con un elemento nuevo, pues los contratantes persiguen un fin especial que viene a agregarse al fin ordinariamente pretendido*». Esto sucede en los contratos aleatorios, en aquellos contratos sinalagmáticos en que los contratantes persiguen un mismo fin común a todos, en los contratos *intuitu personae* y en los contratos con doble causa. Veamos estas variaciones de la noción de causa:

a) *En los contratos aleatorios* las obligaciones de las partes pueden estar organizadas de diversos modos. En unos (el juego, art. 1.801 y sig. C. civ.) una sola de las partes quedará obligada si la suerte se vuelve contra ella; en otros (seguro, art. 528 C. Com.) una parte se obliga a pagar una suma determinada para estar al abrigo de un riesgo, prometiendo la otra indemnizarle para el caso de que el riesgo tenga lugar; en lo demás en fin (renta vitalicia a título oneroso, art. 1.788 y sig. C. civ.; venta de un derecho litigioso, art. 1.557 C. civ.), cada contratante se obliga a una prestación determinada, pero cada uno especula con el riesgo. Pero todos estos contratos tienen de común el hecho de que la buena o mala suerte (álea) es un elemento constitutivo de la manifestación de voluntad, pues hacen depender del álea el origen, la extinción o la extensión de sus obligaciones, según los casos.

«La causa de los contratos a título oneroso —dice, núm. 55, pág. 521— es y permanece el equivalente querido; la voluntad precisa la cualidad del equivalente en consideración al cual se obliga: cualidad general, objetiva, y también la naturaleza y el contenido del contrato de donde nace la obligación, cualidad subjetiva que debe ser conocida por el co-contratante, 'prevista', y a través de ella la convención concreta, individualizada, que ha sido celebrada. Cuando la primera falta hay ausencia de causa, cuando es la segunda hay error sobre la causa, error sobre la sustancia». Así, coincidiendo parcialmente con Capitant, Maury se separa nuevamente de él al insinuar así la diferenciable extensión que puede darse a la noción de causa en estos dos problemas. *Cfr. infra*, nota 35.

(51) Capitant concuerda en este punto con la tesis de algunos causalistas clásicos, tales como DEMOLOMBE, XV, núm. 489 y LAURENT, XVII, núm. 122. Concuerdan en este punto de vista, STARK, *Obligations*, núm. 1.517; WEILL y TERRÉ, *Obligations*, núm. 279 b y 480. *Contra*: MAURY, ver nota 47; MAZEAUD, *Leçons...*, II, núm. 266; MARTY-RAYNAUD, II-1.º, núm. 311; GESTHIN, *Le Contrat*, número 689. *Cfr.* en favor de esta última opinión mi citado libro *La resolución...* núm. 52.

Se ha sostenido —dice Capitant— que el álea (o riesgo) no es sino un motivo de la obligación del contratante. Esto no es verdad —añade— porque el álea forma parte integrante del acuerdo de voluntades, de tal modo que si no existe el álea, las obligaciones contraídas se encuentran sin causa, desaparece la razón jurídica de su deber de cumplimiento. Así, según el artículo 1.794 C. civ., el contrato de renta vitalicia constituida sobre la vida de una persona ya muerta cuando se celebró el contrato, no produce ningún efecto. ¿Por qué? Porque en este caso faltaría el álea: la incertidumbre sobre cuánto vivirá aquella persona sobre la duración de cuya vida se constituyó la renta (52).

b) *En los contratos sinalagmáticos en que los contratantes persiguen un fin común.* Tal como el contrato de sociedad, en el cual las partes ponen en común algunas cosas con el fin de partir las ganancias que de ellas se deriven (art. 1.649 C. civ.). En este contrato cada contratante al realizar su aporte, además de perseguir que cada uno de los otros co-obligados cumpla con su obligación recíproca de realizar su aporte, pretende la realización de un «fin económico común» (53). Así se explica que si esa finalidad común es ilícita (p. ej. se crea una asociación para publicaciones pornográficas, para conspirar contra nuestra organización republicana, etc.), la sociedad es nula por tener causa ilícita; que si esa finalidad no se puede alcanzar, la sociedad se extinga por faltar la causa (art. 1.763 ord. 2.º, C. civ.), etc. Se comprende igualmente —según Capitant— que el acuerdo que diera a uno solo de los socios toda la utilidad, resulte nulo (art. 1.664 C. civ.) por falta de causa.

c) *En los contratos perfeccionados intuitu personae* por ejemplo: mandato retribuido, contrato con un abogado, con un médico, un arquitecto, etc. En estos contratos la consideración de la persona con quien se contrata forma parte integrante del acuerdo de voluntades. Esta es la razón por la cual el artículo 1.148 C. civ. dice que el error sobre la identidad o sobre las cualidades de la persona con quien se ha contratado, es causa de anulabilidad del contrato cuando esa identidad o esas cualidades han sido la causa única o principal del contrato (54).

d) *Contratos con doble causa.* Ejemplo: un testador ordena

(52) CAPITANT, *De la Causa...*, núms. 18 y 19. Concordantemente, *cf.* GETHIN, núm. 673 y sigts.; MARTY-RAYNAUD, núm. 188; R.PERT-BOULANGER, núm. 206; STARCK, núm. 1.518.

(53) *Op. cit.*, núm. 19. Sobre la aplicabilidad o no de la resolución judicial a estos contratos, *cf.* mi trabajo sobre *La resolución del contrato...*, núm. 85.

(54) *Op. cit.*, núm. 20. Por lo demás, éste no es sino un simple caso de error sobre la causa, pues Capitant vincula el artículo 1.110 fr. (1.148 venez.) y el error de derecho (1.147 venez.) con los artículos 1.108 y 1.131 fr. 1.141 y 1.157 venez.). En favor de esta tipificación, pueden verse en nuestra doctrina las opiniones citadas en el artículo 1.157 del Código civil, anotado y concordado del Instituto de Derecho Privado bajo los números 68, 73, 74. En contra, las opiniones citadas bajo los números 24 y 34. *Cfr. supra*, notas 35, 47 y 50.

a su heredero vender cosas por cierto precio a determinada persona, y el heredero lo hace en cumplimiento de esa orden. Supongamos que aparece después un segundo testamento en que se revoca la orden dada. ¿Podrá pedir el heredero la resolución de la venta? Ciertamente sí —concluye Capitant— si el comprador conocía la causa especial en virtud de la cual el vendedor se obligó a transmitirle la propiedad de la cosa vendida, pero de ninguna manera si el comprador la ignoraba. En esta segunda hipótesis este fin especial no formaría parte del acuerdo de voluntades, no sería propiamente causa de la obligación del vendedor, sino un mero motivo psicológico, irrelevante jurídicamente (55).

C) Por lo que respecta a los *contratos unilaterales*, Capitant comienza por distinguir entre contratos de beneficencia y contratos unilaterales onerosos.

a) *En los contratos unilaterales de beneficencia* el deudor se obliga porque quiere prestar un servicio a aquel con quien contrata (depositario, mandatario no retribuido, etc.) (56) o a una tercera persona (fianza, donde hay obligación en interés del deudor principal; delegado que se obliga en interés del delegante) (57).

b) *En los contratos unilaterales onerosos*, el deudor se propone la satisfacción de un interés personal (promesa de venta, de arrendamiento, novación, etc.). En la promesa de venta, arrendamiento, etc., este fin personal será por lo general facilitar la conclusión del contrato definitivo (58). En la novación podrá ser el deseo del deudor de transformar en obligación civil una obligación meramente natural, con el propósito de cumplir un deber de conciencia (59).

Pero obsérvese que un mismo contrato, por ejemplo, el de fianza, puede ser de beneficencia u oneroso. Así, la fianza puede prestarse, como dijimos anteriormente, por el deseo de prestar un servicio al deudor principal (contrato de beneficencia); pero igualmente puede prestarse porque el fiador tiene un interés personal en el negocio o porque el deudor le ha pagado una remuneración, tal en los seguros de créditos (contrato unilateral oneroso). La causa de la obligación del fiador será casi siempre ignorada por el acreedor, de donde resulta que la obligación del fiador hacia el

(55) CAPITANT, *De la Causa*, núm. 21.

(56) Op. cit., núm. 26. Es en estos contratos donde suele presentarse el problema de la causa razonable a justa, *cfr. supra* nota 20.

(57) *Cfr. supra*, notas 18, 19 y 20.

(58) El interés del promitente consiste en la oportunidad de obtener beneficios más o menos directos y por lo general se presentará también aquí el problema de la causa suficiente, o de la causa razonable o justa (*supra*, núm. 6).

(59) La novación puede ponernos en presencia de una multiplicidad de problemas, tal el ya señalado del contrato con doble causa, el de la suficiencia de una obligación natural para configurar una causa suficiente que excluya el esquema formal causal de la donación (*supra* nota 16). Sobre la jurisprudencia y doctrinas francesas al respecto *cfr. GESTHIN*, núm. 681 y siguientes.

acreedor tiene casi siempre carácter abstracto (60). Algo similar ocurre con la obligación que asume el delegado (art. 1.317 C. civ.) y con la obligación del librado aceptante de una letra de cambio.

La utilidad de la noción de causa es también evidente en los contratos unilaterales. Si el promitente se engaña acerca de la existencia del fin que se propone alcanzar, el contrato será nulo por error en la causa. CAPITANT trae el ejemplo del heredero que creyendo que está vigente un testamento donde se le ordena un legado, paga el legado y luego descubre que un codicilo posterior revocó el legado (61). Utilizando también la noción de causa, los tribunales anulan ciertas promesas basadas en la prueba de que la causa enunciada es falsa o simulada: así un documento que acredita anticipo de dinero, debe anularse por falta de causa, si se prueba que no hubo tal anticipo de dinero, por ejemplo: probando que el pretendido prestamista estaba en esa época inhabilitado de poder hacer tal anticipo, etc. (62).

Debe notarse además que las promesas unilaterales que tienen una causa ilícita ocultan generalmente una obligación ilícita de la otra parte, o sea, que en la realidad nos encontramos en presencia de un contrato bilateral. Así, por ejemplo, la promesa de pagar cierta cantidad a una persona para lograr que esta última se abstenga de cometer una infracción (chantaje). Pero hay casos en que sí estamos en presencia de verdaderas obligaciones unilaterales con causa ilícita, tal es el caso de la promesa de pagar una deuda de juego (art. 1.801 C. civ.).

c) Dentro de los contratos unilaterales de beneficencia hay que señalar especialmente *las liberalidades*. CAPITANT distingue entre las liberalidades «puramente graciosas» (en las cuales el *animus donandi* aparece referido al beneficiario) y las liberalidades «en las cuales se persigue un fin» (aquí la causa no es sólo el *animus donandi* referido al beneficiario, sino además a la finalidad concreta que se persigue, p. ej.: donación que se hace en consideración a un matrimonio futuro, o con destino a un uso determinado, etc.).

(i) Esta distinción es importante, pues, en las *liberalidades puramente graciosas*, siendo la causa el solo *animus donandi*, abstracción hecha de los motivos, ella nunca podrá ser ilícita. Pero esto no le quita utilidad, porque explica ciertos resultados prácticos. Así, por ejemplo, si una liberalidad ha sido disfrazada como reconocimiento de deuda y los herederos del signatario de este reconocimiento prueban la falsedad de esta causa, el pretendido acreedor para triunfar en el juicio respectivo tendría que probar el *animus donandi* del causante.

(ii) En cambio, en las *liberalidades hechas en vista de un fin*

(60) Cfr. *supra* nota 18. Véase también CAPITANT, *De la Causa...*, núm. 184 y, para comparar el tema de la causa en la fianza en el *common law* y en nuestro sistema, GORLA, I, § 14, f), pág. 217 y § 33, c).

(61) Cfr. *supra*, núm. 8 y, en especial, nota 32.

(62) Cfr. *supra*, nota 36.

determinado, si este fin es ilícito, la obligación del donante es nula, así: la donación hecha por un cónyuge a fin de regular una separación amistosa, la donación hecha a una concubina para obtener sus favores, etc. Por otra parte, si tal fin no llega a realizarse, la obligación del donante quedará nula por falta de causa, p. ej.: ineficacia de la donación hecha en consideración a un matrimonio futuro que no llega a realizarse (art. 1.450 C. civ.) (63).

APLICACIONES DE LA NOCIÓN DE CAUSA

14. *La ausencia de causa*

El artículo 1.157 Cód. civil expresa «La obligación sin causa o fundada en una causa falsa... no tiene ningún efecto». Este texto legal ha sido aplicado para resolver problemas muy diferentes entre sí, a saber:

1.º Para declarar ineficaz la transferencia de la propiedad o de un derecho real fundada en la manifestación de voluntad del *tradens* o también las promesas de dar, siempre que ellas versen sobre inmuebles o sobre cosas muebles cuyo valor exceda de dos

(63) Es evidente que, salvo que el problema pueda reconducirse al de una donación con carga o bajo condiciones imposibles ilícitas o contrarias a las buenas costumbres (art. 1.147 C. civ. venez.), en los cuales la nulidad de la donación se explica directamente por la deficiencia de la carga o condición a la cual está sometida la donación, la manera de presentar la cuestión *Capitant*, incluyendo en la noción de causa de la donación motivos elevados por la implícita aceptación del donatario a «causa» de la donación, cuando la característica de esta había sido siempre el puro *animus donandi* abstractamente considerado, implica la introducción de un concepto de causa en las donaciones distinto al que se utiliza para resolver el problema de la necesidad o no de recurrir a los requisitos formales de esta (*cf. supra* nota 16). La posición de *Capitant* al calificar como donaciones promesas hechas en consideración a la implícita aceptación por el donatario del otro fin distinto de la pura liberalidad buscado por el donante, es, por otra parte contradictoria con la tendencia de cierta jurisprudencia francesa muy en boga que, precisamente para excluir la aplicación a tales promesas del esquema formal (art. 1.432 Cod. Civ. venez.), descarta que se trate en el caso de meras donaciones con cargas o sometidas a condiciones y las considera «contratos de cambio» (*cf. GORLA, I, § 9, págs. 125-127*). Si nos mantenemos, pues, dentro de los esquemas generales que se niegan a incluir en la idea de «causa» esos meros motivos psicológicos del promitente más o menos objetivados a través de su presunta integración en el «acuerdo común», lo cierto es que todo el problema de la ilicitud de la causa, tanto en los contratos bilaterales como en los unilaterales y, entre estos últimos, también en los gratuitos, parece conducirnos a afirmar la idea de que en el ámbito de la «ilicitud de la causa» juega una noción de causa distinta de la que es relevante a los fines de los problemas que se plantean a propósito de la llamada «ausencia de causa». Es bajo esta convicción como se ha desarrollado en Francia entre muchos neocausalistas la idea de la dualidad de la noción de causa, *cf. supra*, núm. 12.

mil bolívares, hechas sin sujeción al esquema formal-causal de la donación (art. 1.439 C. civ.), cuando el desplazamiento de bienes patrimoniales que ello implique no encuentre una contrapartida en una *causa adquirendi* o *credendi* o en una *causa solvendi*. Es este el problema a que hemos aludido a propósito de la llamada «causa suficiente» (supra núm. 6), donde la calificación relativa a la «suficiencia» de la causa está referida a la objetiva constatación de existir del lado de quien recibe la transferencia o resulta promisorio de la misma la realización en provecho del *tradens* o del promitente de una cierta conducta susceptible en sí misma de valoración económica (64). Este género de problema suele presentarse con ocasión de ciertos negocios límites, como el llamado *negotium mixto cum donazione* (65), la donación con carga (66),

(64) Partiendo de la idea de que en los contratos de cambio a la obligación de quien da o promete dar debe corresponder una recíproca obligación del promisorio que sirva de «causa» a la primera, se investiga en la concreta relación que se da entre las partes si hay efectivamente alguna contraprestación por parte del promisorio que permita excluir la idea de una mera donación. Al respecto se utiliza por lo general un criterio objetivo: la contraprestación debe tener un carácter típicamente económico, lo que es evidente si es posible encuadrar el negocio en uno de los contratos típicos de cambio (venta, trabajo, etc.); pero no excluye tampoco que pueda verse una *causa suficiente* en contraprestaciones que no son inmediatamente apreciables en dinero, siempre que exista una cierta proporción entre el sacrificio que consiente en hacer el promisorio y el *quantum* ofrecido por el promitente (Cfr. en el Código civil anotado por el Instituto de Derecho Privado, la sentencia citada bajo el núm. 95. Pero para una mejor ejemplificación del uso por la jurisprudencia italiana de la idea de una *causa suficiente*, cfr. GORLA, *El Contrato*, Vol. II, págs. 53 a 123). Se ha señalado, sin embargo (cfr. GORLA, Vol. I, págs. 116, 136, 156, 530 y 541, y Vol. II, págs. 171 a 222), una tendencia en la jurisprudencia francesa a conformarse aún con contraprestaciones atípicas o desprovistas de un verdadero valor económico en el mercado para excluir el esquema formal-causal de la donación, lo cual resulta por otra parte en armonía con la admisión en el sistema franco-belga de la validación de todo «don manual» hecho sin cumplir el requisito del documento notarial que exige el artículo 931 C. civ. fr., de la donación simulada aun si se hace por documento privado (cfr. *infra*, nota 36) y de las llamadas donaciones indirectas (remisión de deuda, pago por cuenta de otro, estipulación a favor de terceros, etc.). Cfr. al respecto DE PAGE, Vol. VIII, núm. 491 y siguientes. Tan sólo permanecerían en vigor las llamadas «reglas de fondo» de la donación (colación, reducción, pauliana, etc.).

(65) Se llama así al contrato oneroso en el cual las contraprestaciones recíprocas deliberadamente han sido conformadas de modo tan desproporcionado entre sí que prácticamente envuelve una liberalidad. El ejemplo típico es de la venta de una cosa a precio vil, pero en la cual el precio sea realmente querido y pagado, y no tan irrisorio que pueda predicarse que no se lo ha querido seriamente y que por la real ausencia del precio se trata tan sólo de una donación simulada (cfr. en el art. 1.157 Código civil, anotado por el Instituto de Derecho Privado, sentencia referida bajo el número 95). Al respecto del *negotium mixto cum donazione* se suele estar de acuerdo en excluir el esquema formal de la donación y en reputarlo un contrato de cambio.

(66) Artículos 1.432 y 1.458 *in fine*. Cod. civ. Cfr. *infra*, nota 16. También mi libro sobre *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*, núm. 83.

la donación por *causa pretérita* (67), promesas hechas por causa de interés público (68), etc.

2.º Para declarar ineficaz las obligaciones de hacer o de no hacer que no tienen un contenido económico típico y que plantean la duda de si el promitente o presunto asumiente de tal obligación ha querido realmente vincularse en el plano jurídico, tal como ocurre con la promesa de aceptar gratuitamente un depósito, de realizar gratuitamente un transporte, de participar en un juego, etcétera. Se indagan entonces los motivos que ha tenido el promitente, tomando en cuenta todo el complejo de las circunstancias que rodean la promesa para ver si desde un punto de vista objetivo puede decirse que el promitente tenía una *causa razonable* o *plausible* para obligarse y que justifica, para una debida tutela de la confianza despertada por él en el promisario, que se le condene a cumplir (supra núm. 6). En caso contrario, la obligación contractual debe ser excluida por ausencia de causa (69).

3.º Para declarar ineficaz la obligación de quien ha prometido o cumplido una atribución patrimonial con una *causa solvendi* o *adquirendi* no realizada. Entran aquí en juego, las nociones de *causa de la atribución patrimonial* y *causa como fundamento subjetivo del deber de cumplimiento* (supra núms. 8 y 9), en cuanto que si se mantuviese la sanción jurídica de la promesa o la atribución patrimonial cumplida no obstante no poderse obtener el fin perseguido por quien asumió la obligación o realizó la *datio* se produciría un enriquecimiento sin apoyo en la voluntad que debe servirle de fundamento (70). En tal sentido se ha anulado el contrato de com-

(67) *Cfr. infra*, nota 16. Al igual que la donación con carga, las donaciones remuneratorias deben entenderse sometidas a las reglas formales de la donación. *Cfr.* arts. 1.432, 1.458 *in fine* y 1.467 Cod. civil. Respecto de otras hipótesis de obligaciones con *causa praeterita*, como aquellas que se fundan en el espontáneo cumplimiento de una obligación natural en el sentido restringido en que la entendía Pothier (deudas de juego, obligaciones de los incapaces, deudas prescritas o contra las cuales puede invocarse una sentencia absolutoria), pero no así respecto la invocación de «puros deberes de conciencia», se admite que ellas no son donaciones y la situación se trata como la realización de un contrato de cambio en la que la obligación natural hace de causa suficiente (art. 1.178 *in fine*, Cod. civ.).

(68) La jurisprudencia italiana exige el cumplimiento de los requisitos de forma, la francesa en cambio tiende a dispensar de estos requisitos bajo el entendido de que el promitente encontraría una causa suficiente en la realización del fin cumplido por la entidad. *Cfr.* GORLA, Vol. I, § 11, y las sentencias pertinentes en el Vol. II. En cualquier caso, nuestro Código civil excluye claramente toda idea de donación en la promesa pública de recompensa hecha con las formalidades del artículo 1.139 Cód. civil.

(69) Excluido el contrato, puede, a veces, quedar pendiente un problema de responsabilidad extracontractual. Como ejemplo, *cfr.* en mi libro sobre las *Responsabilidades Cíviles Extracontractuales*, núm. 86 y, en especial, la nota 41.

(70) En el sistema consensualista de transmisión de la propiedad que rige entre nosotros (arts. 1.161, 1.549 Cod. civil), al igual que en Francia y en Italia, por la fusión del acto traslativo en el contrato se ha creado la apariencia de que la causa de la obligación del comprador consiste en obtener la transmisión de la propiedad de la cosa (y no sólo la obligación de dar

praventa de una patente de invención ya caducada para el momento del contrato (71), o de una cosa que ya había perecido (72) o que ya era propiedad del comprador (73). Con el mismo argumento se ha anulado el contrato por el cual se ha convenido en remunerar unos servicios que realmente no han existido (74), compensar un álea que no existe (75), o pagar una deuda preexistente que no existía (76). A la ausencia o inexistencia de la causa hay que homologar la falsedad de la causa, entendida como errónea creencia en la existencia de una causa que luego se comprueba no existir (77). De la misma manera se ha explicado la nulidad del contrato de sociedad por la imposibilidad del objeto social (art. 1.673, ord. 2.º, Cód. civil). Por lo demás aún si estas sentencias suelen hacer uso de una noción subjetiva de la causa, como fin o motivo inmediato perseguido por quien se obliga (78), se tiende a identi-

del vendedor), por lo que, cuando se trate de la transferencia de la propiedad o de otro derecho real sobre un cuerpo cierto, la atribución patrimonial queda sin efecto sin necesidad de una *condictio indebiti* por falta de causa solvendi, y se concede al *tradens* directamente una acción reivindicatoria.

(71) GESTHIN, II núm. 661; STARCK, núm. 1.509. Así se ha explicado también la invalidez de la fianza que garantiza una obligación nula (art. 1.805 Cod. civil.).

(72) STARCK, núm. 1.509; WEILL-TERRÉ, núm. 261; MARTY-RAYNAUD, núm. 188. Cfr. art. 1.485 Cod. civ.

(73) Haciendo resaltar el carácter subjetivo que tiene esta noción de causa, señala GORLA, Vol. I, § 22, pág. 314, nota 8, que todo dependerá de la intención que haya tenido quien hace la atribución; que en el caso de quien compra una cosa que ya era de su propiedad se tratará de determinar si la intención del comprador era obtener la posesión, venciendo la resistencia del poseedor-vendedor (cuando en tal resistencia no haya nada de ilícito) o si el fin era obtener la propiedad, en cuyo caso, siendo nula la obligación del vendedor carece de «causa» la promesa del precio GORLA, Vol. II, pág. 626, presenta al respecto el caso Rubatto vs. Natta de la jurisprudencia italiana y hace importantes observaciones al respecto.

(74) GESTHIN, núm. 665; WEILL-TERRÉ, núm. 261; STARCK, núm. 1.511; MAZEAUD, núm. 274. GESTHIN, núm. 686, pág. 577, relata todavía un caso en que se anuló una donación remuneratoria por ausencia de causa por la inexistencia en el momento de la donación del motivo que la inspiraba. Cfr. RИPERT-BOULANGER, núm. 297, quien destaca en este caso el uso de una otra noción de causa distinta de la tradicional. Lo mismo ocurriría, según estos autores, cuando se anula una partición por ausencia o error en la causa. A este respecto ver GESTHIN, núms. 683 y sigts.

(75) Cfr. *supra*, nota 52. Ver también artículo 1.794 Cod. civ. y 583 Cod. com.

(76) GESTHIN, 679 y ss. 681 y ss.; WEILL-TERRÉ, 261, Cfr. la sentencia citada bajo el núm. 96 en el análisis del artículo 1.157 Código civil anotado por el Instituto de Derecho Privado.

(77) Una aplicación de la idea se ejemplifica con el artículo 1.721 Cód. civil. Sobre la posibilidad de distinguir entre «falsa causa» —errónea creencia en la existencia de una causa que luego resulta no existir— y «error en la causa», cfr. *infra*, nota 35. Hay todavía otra concepción de lo que es la falsedad de la causa que homologa esta noción a la de la causa simulada, en cuyo caso no cabría predicar siempre la «ausencia de causa», pues puede haber una causa real oculta detrás de la falsa y en tal caso el contrato vale según la causa real, cfr. *infra*, nota 36.

(78) Cfr. Las definiciones de causa que traen sentencias citadas bajo los números 90, 91, 92, 94 y 96 del análisis del artículo 1.157 del Código civil, ano-

ficar la causa con la realizabilidad jurídica o práctica del objeto de la obligación correspectiva (supra núm. 3). Ellas no parecen todavía caer en una pura «concepción convencional» de la causa, al estilo de *Capitant* (supra núm. 8 y núm. 13), sino limitarse a la mera constatación de la existencia o no de una *contrapartida* «real» o «seria», sin preocuparse ni de la proporcionalidad de ella con la obligación recíproca a la cual sirve de causa ni de la psicología de los contratantes.

4.º Pero hay otras sentencias que utilizan la noción para sancionar con una ineficacia parcial y con el alegato de una deficiencia parcial de la causa, la ruptura de un pretendido principio de justicia conmutativa que exigiría en los contratos onerosos una cierta proporción objetiva entre prestación y contraprestación. En la aplicación de este principio se ha buscado el fundamento de las automáticas reducciones de las contrapartidas pactadas que prevé el Código civil en los casos de los artículos 737, 1.588, 1.635 y 1.675. Es así como la jurisprudencia francesa ha justificado la reducción de honorarios cobrados por médicos, mandatarios o agentes de negocios cuando los ha hallado exagerados respecto de la entidad de los servicios rendidos (79), o ha anulado ciertas ventas con base en la vileza o insignificancia del precio (80), o ha anulado algunas cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual en que los daños y perjuicios resultaban irrisorios, siendo así que dicha disminución de la responsabilidad no aparecían compensados por una correlativa disminución del precio (81). Esta jurisprudencia ha sido, sin embargo, censurada como un intento de extensión del instituto de la lesión creado al margen de los textos y en violación del artículo 1.118 Cód. civ. fr. (1.350 venez.) (82).

5.º Bajo la influencia de *Capitant* se ha desarrollado también

tado por el Instituto de Derecho Privado. En estas sentencias se identifica la causa con «la ejecución prometida por la otra parte», «la finalidad que las partes han tenido en mente al celebrar el contrato, lo que justifica las consecuencias legales del mismo», «la justificación de la obligación que se contrae, la contrapartida de una obligación que constituya la justificación intrínseca y que viene a ser el elemento interno de validez de los contratos». Identificando las causas de las recíprocas obligaciones del vendedor y del comprador en el contrato de venta se dice: «Esas contraprestaciones son causas recíprocas de los sujetos del contrato... El propósito del comprador es adquirir la cosa, y el propósito de los vendedores es recibir el precio».

(79) MAZEAUD, núm. 276; STARCK, núm. 1.514.

(80) MAZEAUD, núm. 276; STARCK, núms. 1.513 y 1.617. *Cfr.* la sentencia citada bajo el núm. 95 del análisis del artículo 1.157 del Código civil anotado por el Instituto de Derecho Privado, aun si dicha sentencia termina por elegir la vía de la causa simulada en lugar de la de la ausencia parcial de causa.

(81) GESTHIN, núm. 687.

(82) *Cfr.* RIEG, *op. cit.*, núm. 186, pág. 194 y núm. 310, pág. 306; STARCK, núm. 1.614.

una cierta jurisprudencia que anula con base en la idea de ausencia de causa ciertos contratos en los que ha dejado de realizarse alguno de los presupuestos sin los cuales el promitente o enajenante no hubiera consentido en la promesa o en la *datio* cumplida por él, bajo la sola condición de que tal presupuesto pueda ser apreciado como algo que, expresa o tácitamente, formó parte del acuerdo de voluntad entre los contratantes (83). La jurisprudencia francesa ha aplicado así esta noción de causa para anular un contrato de compraventa de un terreno que en opinión común de los contratantes debe servir para la construcción de un determinado edificio (escuela, hospital), pero que luego se comprueba no apto para ello en razón de la existencia de determinados reglamentos administrativos (84). Una vez colocados sobre el terreno de esta concepción convencional de la causa es muy difícil discernir entre nulidad absoluta por ausencia de causa, y simple nulidad relativa por error reconocible (85) o resolución del contrato por incumplimiento de la obligación recíproca (86).

15. *La ilicitud de la causa*

El artículo 1.157 Cód. civil declara igualmente nula la obligación fundada en una causa ilícita, y define como causa ilícita aquella que es contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público. La noción de causa ilícita permite sancionar aquellos contratos en que, no obstante ser lícitos en sí y aisladamente considerados los objetos de las obligaciones que se crean por su intermedio, son utilizados por las partes para obtener fines ilícitos o inmorales. A través de esta noción se logra, en efecto, un control extrínseco de la conformidad del contrato con los fines generales del ordenamiento jurídico.

La diferencia entre el papel que juega aquí la noción de causa y el que ya hemos visto que juega en los llamados casos de

(83) Explicando esta «concepción convencional de la causa», que atribuye a Capitant y Julliot de la Morandiere, escribe MAURY, op. cit., núm. 49: «Parece así (porque la significación de esta condición no es muy precisa) que será así cada vez que, siendo determinante para una parte, tal carácter haya sido conocido por la otra parte. Se llegaría así a la teoría de Windscheid sobre la presuposición o previsión (*Voraussetzung*), a la noción de causa-previsión, a una limitación subjetiva de la extensión de la causa». Maury critica esta concepción subjetiva de la causa como creadora de incertidumbre y de inseguridad, pero no deja de reconocer que los tribunales franceses han acudido a veces a este concepto de causa en su afán por «asegurar mejor el respeto a la voluntad de las partes». Cfr. CAPITANT, *De la causa...*, núms. 102 a 107.

(84) Cfr. nota 33.

(85) Cfr. *supra*, notas 35, 47, 51 y 54. Para verificar los malabarismos de la doctrina francesa en esta materia baste cfr. GESTHIN, núms. 672 y 681-682; y MARTY-RAYNAUD, núm. 189.

(86) Un amplio sector de la doctrina francesa funda la resolución, la *non adimpleti contractus* y la teoría del riesgo en la ausencia de causa, cfr. *infra* notas 48 y 51.

ausencia de causa, ha hecho que un gran número de autores propongan para referirse a la llamada causa ilícita una definición singular de la idea de causa a estos fines específicos (Cfr. *infra* núm. 7). Aun quienes rechazan una concepción subjetiva o puramente convencional en el ámbito de los problemas relativos a la ausencia de causa, se inclinan en efecto aquí por aceptar una noción subjetiva. A lo sumo, con el propósito de evitar caer en un terreno de total inestabilidad o inseguridad en las relaciones contractuales, insisten en la necesidad de distinguir los simples motivos ilícitos o inmorales que hayan quedado en el fuero interno de uno de los declarantes, de aquellos que se habrían elevado a la categoría de «causa» por la común consideración de los contratantes. La causa sería, pues, el móvil común determinante del consentimiento en su sentido técnico, cualificación ésta que puede derivar de las mismas circunstancias en las cuales se ha formado el contrato (87). Todavía en los actos a título gratuito existe una tendencia a conformarse con la ilicitud o inmoralidad del simple motivo determinante, sin exigir que él haya sido conocido o al menos que haya podido ser conocido por el destinatario del acto (88).

El carácter ilícito o inmoral de los fines que han determinado un acto jurídico no es algo que pueda presumirse, sino que deberá ser comprobado por quien lo alegue en el caso concreto. Ciertamente deberá admitirse al respecto la mayor amplitud en cuanto a los medios de prueba empleables: testigos (art. 1.393, ord. 3.º) y presunciones simples (art. 1.399) (89).

(87) En favor de la exigencia de que el motivo ilícito o inmoral sea conocido o por la menos cognoscible en el momento de la celebración del contrato por el co-contratante de quien ha hecho una promesa impulsado por tal motivo, *cfr.* bajo los números 76, 68 y 79 del artículo 1.157 del Código civil anotado por el Instituto de Derecho Privado las opiniones recogidas por nuestra doctrina. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia francesa, *cfr.* RIEG, núm. 325; MAZEAUD, núm. 269; STARCK, núm. 1.529. Sin embargo, algunos autores franceses consideran injusto mantener el contrato bajo el pretexto de que el fin ilícito o inmoral no ha sido conocido por la otra parte cuando ella se deba a la habilidad de la primera para disimular sus propósitos, p. ej.: si un inmueble ha sido vendido a alguien que se proponía instalar allí una casa de tolerancia, al vendedor a quien el propósito del comprador sólo le viniere a ser conocido después de celebrado el contrato debería permitírsele invocar la nulidad del contrato por causa ilícita. Así RIPERT-BOULANGER, núm. 315; WEILL y TERRÉ, núm. 283, MARTY-RAYNAUD, núm. 191, quienes sostienen que en principio debería admitírsele al contratante irreprochable ser dueño de ejercer o no a su arbitrio la acción de nulidad, y que sólo debería negársele al que se inspiró en el motivo ilícito o inmoral por aplicación de la regla *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*.

(88) *Cfr.* autores citados en la nota 87. Para justificar este diferente tratamiento se argumenta que en el caso de la anulación de un acto a título gratuito, el beneficiario no se empobrece; simplemente, él deja de hacer un lucro.

(89) Sin embargo, en materia de liberalidades la jurisprudencia francesa ha venido exigiendo que la prueba de la ilicitud o de la inmoralidad resulte del mismo acto que se impugne, al menos cuando se trata de liberali-

Se ha señalado que las hipótesis en que para impugnar un contrato ilícito o inmoral se requiere acudir a la idea de la ilicitud o inmoralidad de la causa son relativamente raras. Cuando de modo manifiesto el contrato no satisface todos los elementos necesarios para su perfeccionamiento y validez o cuando su objeto es ilícito no se presenta la necesidad de tener que comprobar, con la celebración del mismo, las partes han buscado sustraerse o relajar la observancia de una norma o de un principio básico del ordenamiento en la organización convencional de sus relaciones (90). En este sentido, la exigencia de la licitud de la causa se nos presenta como un procedimiento técnico complementario que ofrece la ley a los tribunales para asegurar el incondicionado respecto al artículo 6.º del Código civil. Acudiendo a la noción causa ilícita los tribunales han podido anular contratos dirigidos a realizar un fraude fiscal (91), monetario (92), electoral (93) o burlar un determinado régimen legal, p. ej.: el deber de fidelidad entre cónyuges, el ejercicio de la patria potestad, etc. (94); las convenciones tendientes a la creación o explotación de casas de tolerancia (95); aquellas dirigidas a asegurar la continuidad de relaciones extramatrimoniales (96); las dirigidas a fomentar el juego (97); a propiciar el tráfico de influencia en la administración pública (98), etc.

En el ámbito de los problemas que se resuelven con el empleo de la noción de causa ilícita, cabe distinguir, como ya se indicó, entre la ilicitud que proviene de atentar la causa contra una norma imperativa o prohibitiva, incluyendo en estos conceptos aun aquellos principios fundamentales de nuestro ordenamiento positivo que se incluyen en el llamado «orden público» y que no

dades a hijos incestuosos o adúlteros (cfr. RIEG, núm. 345 y sigts.; GESTHIN, número 717 y 718; MAURY, núm. 169 y sigts.). La doctrina se pronuncia, en cambio, contra la justificación de tal limitación.

(90) Cfr. RIPERT-BOULANGER, núm. 310 y sigts.; RIEG, núm. 323.

(91) GESTHIN, núm. 697; RIEG, 323. Cfr., sin embargo, MAURY, núm. 136. En este supuesto entrarían aquellas dirigidas a la traslación del impuesto sobre la renta.

(92) GESTHIN, núm. 697; MAURY, núm. 134.

(93) MAURY, núm. 133, cita el ejemplo de la anulación de un contrato por el cual un candidato se comprometió a pagar a un cabaret las consumiciones de sus electores. Cfr. también GESTHIN, núm. 697; RIEG, núm. 324.

(94) RIPERT-BOULANGER, núm. 313; GESTHIN, núm. 697; MARTY, núm. 167.

(95) Compraventas y préstamos o sociedades concertadas para explotar una casa de tolerancia, contratos de suministros de bebidas, etc. Cfr. MAZEAUD, núm. 280; MAURY, núms. 121, 139 y 140; GESTHIN, núm. 698.

(96) Las liberalidades que tienen por fin la formación, la continuación o la renovación de relaciones extramatrimoniales o su remuneración son consideradas ilícitas por la jurisprudencia francesa, no así las inspiradas en el deber de conciencia de indemnizar a una ex-concubina que se encuentra sola y en la vejez o que está dirigida a poner fin a tal relación. Cfr. GESTHIN, número 700; RIEG, núm. 327; MAURY, núm. 165.

(97) Préstamos concedidos para que el prestatario juegue. Cfr. GESTHIN, núm. 698; MAURY, núm. 141.

(98) MAURY, núm. 128.

siempre están explicitados en normas claramente formuladas, supuesto éste en que se habla de causa «ilícita» *stricto sensu*; y la ilicitud que deriva no ya de la antijuricidad de la finalidad perseguida, sino de la repugnancia de ésta con lo que se conoce con el nombre de «buenas costumbres», y que está constituido por el conjunto de principios morales que en un determinado ambiente social se consideran practicados por las personas honestas y de buena fe, por lo que cuando la causa perseguida atenta contra este complejo de pautas éticas de la conducta social se habla más bien de causa «inmoral».

Ejemplos de causa inmoral serían aquellos que tiendan a fomentar la creación, el mantenimiento o la explotación de casas de prostitución, de relaciones concubinarias, de prácticas consideradas como contrarias al decoro de una determinada clase de profesionales liberales, etc. Los nexos entre la ilicitud de la causa *stricto sensu* y la inmoralidad de la misma son algunas veces inextricables, desde luego que muchas de las normas imperativas o prohibidas y con mayor razón todavía una importante proporción del llamado «orden público», suele derivar de la voluntad del legislador de elevar a la región de la juridicidad ciertos principios provenientes de una determinada moral social. En estos casos la causa podrá ser simultáneamente ilícita e inmoral. El interés de la distinción no sería relevante desde el punto de vista de sus consecuencias para el contrato, ya que, como lo hemos visto, ambos generan la nulidad del contrato, si no fuera por la existencia de la regla que estudiamos a continuación.

16. La regla «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*»

El codificador venezolano de 1942, guiado como siempre por el Proyecto franco-italiano, introdujo en el artículo 1.157 del Código civil un último aparte que traduce fielmente el último aparte del artículo 27 del Proyecto franco-italiano y que consagra la aplicación de esta máxima popularizada por los glosadores: *nemo auditur suam turpitudinem allegans* (nadie puede alegar su propia torpeza), en cuya virtud se rechaza la acción en justicia para obtener la declaratoria de la nulidad del contrato y el consecuente derecho repetición a quien se estima indigno de la tutela del ordenamiento por haber perseguido él mismo la realización de una causa contraria a las buenas costumbres. Es por esto que el adagio suele también ser enunciado así: *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* (en caso de torpeza común cesa la acción de repetición).

Los textos relativos a la causa ilícita o inmoral en el Código Napoleón, en el Código civil italiano y en los sucesivos Códigos civiles venezolanos de 1916 y 1922 (99) no consagraban expresamente esta fórmula; lo que daba lugar a la discusión sobre la aplicabilidad y el alcance de dicha máxima en el ámbito de la doctrina (no así de la jurisprudencia, que siempre la receptó tanto en

Francia como en Italia). En efecto, un grueso sector de la doctrina francesa (Marcadé, Laurent, Demolombe, Duvergier, Baudry-Lacantinerie y Barde, Planiol) y algún autor italiano (Coviello) sostienen que la máxima había sido tácitamente abrogada por los redactores del Código Napoleón y del Código civil italiano de 1865, aun si algunos autores franceses (Tullier, Larombière, Aubry y Rau), la mayor parte de la doctrina del viejo Código italiano (Giorgi, De Ruggiero) y la jurisprudencia, tanto francesa como italiana, se inclinaban a hacer de ella una aplicación restringida al supuesto de la causa inmoral, esto es, contraria a las buenas costumbres, tal como resolvió hacerlo el Proyecto franco-italiano siguiendo al efecto el impulso de esta jurisprudencia uniforme. La redacción de nuestro artículo 1.157 del Código civil vigente cedió, pues, también a esta última tendencia, según la cual la máxima no se aplica a los contratos en que se trata de causa ilícita, sino tan solo a aquellos en que lo que está en juego es la inmoralidad de la causa.

La regla «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*» es, pues, una regla moralizadora. Su fundamentación estriba en que se considera contrario tanto a la moral como a la dignidad de los tribunales que éstos puedan ser forzados a tener que pronunciarse sobre pactos vergonzosos celebrados por individuos que, por su deshonestidad, no merecen la protección del ordenamiento. Esta indignidad del accionante deberá ser demostrada en cada caso. En el contrato nulo por causa ilícita, el accionante no es un indigno. Tampoco lo es en el contrato nulo por una causa inmoral, si la inmoralidad no proviene de él sino de la contraparte. Pero, en cambio, si quien ha pagado algo en virtud de un contrato para obtener una prestación contraria a las buenas costumbres, esto es, persiguiendo precisamente esa contrapartida deshonestas, pretendiere luego prevalecerse de la nulidad de ese contrato para retomar lo pagado por él, sería injusto acordarle tal derecho.

Con la aplicación de la regla *nemo auditur* se busca, pues, excluir que el deudor cómplice de la conducta torpe o inmoral pueda aprovecharse de la nulidad del contrato que ha estimulado a celebrar cuando, una vez que ha obtenido las ventajas, pretenda recuperar su propia prestación. Concederle la acción de nulidad habría tenido el efecto de colocarle en mejor posición que un deudor ordinario, quien estaría obligado a soportar tanto las consecuencias favorables como las desfavorables de su contrato, sin

(99) La tradición venezolana había sido hasta la reforma de 1916 favorable a una amplia aplicación de la máxima, siguiendo en este tanto los principios del antiguo derecho francés (cfr. TZARANO, Gregoire, J.: *Etude sur la regla: 'nemo auditur propriam turpitudinem allegans'*, París, Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, pág. 20 y sigts.) como la tradición española reflejada en el Proyecto de Código civil para España de don Florencio García Goyena (arts. 1.192 y 1.193) y en el Código civil español de 1885 (arts. 1.305 y 1.306). Cfr. artículo 1.157 en el citado Código civil, anotado del Instituto de Derecho Privado, núms. 3 a 7, t. 11 a 13.

poder eximirse luego de estas últimas. La regla tiende así, por una manifiesta razón de equidad, a restablecer el equilibrio.

Pero la objeción principal que se le hace es, sin embargo, la de que ella consagra un enriquecimiento sin causa. En efecto, supóngase que una de las partes del contrato inmoral haya ejecutado ya su prestación, sin que su contraparte lo haya hecho a su turno. Al negársele a la primera la posibilidad de llevar ante los tribunales su acción para hacer constatar la nulidad del contrato y reclamar consecuentemente la repetición de lo pagado por ella, ¿no se está consagrando un enriquecimiento sin causa en provecho de la otra parte? Con el objeto de superar esta objeción, la doctrina favorable a la consagración de la regla suele hacer una distinción: si es posible hacer constar ante los tribunales la falta de causa del desplazamiento de riqueza sin que el tribunal tenga que entrar a conocer del contrato inmoral, la acción extracontractual por enriquecimiento sin causa (art. 1.184 Cód. civ.) debe admitirse; en caso contrario, cuando no haya tal posibilidad, debe mantenerse su aplicación aun a riesgos de mantener el enriquecimiento injusto del caso. Es la única posibilidad de desanimar la conclusión de contratos inmorales y preservar el decoro de los tribunales (100).

17. *La abstracción de la causa*

Abstraer —del latín *abs-trahere*: arrancar de, separar— consiste en considerar una cosa, o una cualidad de una cosa, en sí misma y con independencia de sus efectivas y concretas condiciones de realización. El contrato abstracto estaría dado, pues, por un consenso sobre una materia que pueda ser objeto de contrato en que se habría hecho abstracción de su «causa». Se trataría, por tanto, de separar del *iter* o proceso que da lugar a la formación de la voluntad, la «causa» que explica y sirve de fundamento a la vinculatoriedad jurídica de ese acto de voluntad.

Obsérvese que el artículo 1.158 de nuestro Código civil al decir que «el contrato es válido aunque la causa no se exprese» (101), no consagra por sí solo la existencia en nuestro ordenamiento positivo de contratos abstractos. La no expresión de la causa, no significa que ella no exista. Por el contrario, el segundo aparte

(100) TZARANO, op. cit., págs. 110 y sigts.

(101) La redacción de nuestro artículo 1.158 deriva del artículo 28 del Proyecto franco-italiano. Este no hizo a su vez más que fusionar en un sólo texto los artículos 1.120 y 1.121 del viejo Código civil italiano de 1865, que venían siendo repetidos por todos nuestros Códigos civiles desde la reforma de 1873. El artículo 1.120 del Código italiano tiene su origen en el artículo 1.132 del Código Napoleón, que contra la tradición canonista que consideraba sospechosa de insinceridad la promesa o el renocimiento de deuda sin expresión de la causa (*cautio indiscreta*), se pronuncia claramente por la validez de tales actos y, sin dejar de exigir la necesidad de que ellos tengan una causa real y lícita, deja la carga de la prueba de que ella no exista al propio deudor.

de este mismo texto legal predica lo opuesto: «la causa se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario» (102). El problema radica, pues, en saber qué ocurriría si se probase precisamente que ella no existe o que es contraria a la ley o a las buenas costumbres, infringiendo así la incondicionada exigencia de una causa lícita que hacen los artículos 1.141 (ord. 3.º) y 1.157 del Código civil.

La existencia de un contrato abstracto en su sentido más absoluto implicaría aparentemente que el obligado en virtud del mismo continuase vinculado a cumplir con independencia total y absoluta de la inexistencia, no realización o ilicitud de la causa. Un semejante tipo de contrato abstracto no ha existido, sin embargo, jamás. En Roma, donde inicialmente el contrato era puramente formal y como tal el deudor quedaba obligado a cumplir no obstante que el motivo que lo había determinado a obligarse no existiese o llegase a faltar, no tardaron en aparecer recursos dirigidos a proteger al deudor, tales como las *condictiones*, la *exceptio doli* (103), y la *querela non numeratae pecuniae* (104),

(102) Este texto proviene del artículo 1.223 del Código Albertino. No existía en el Código Napoleón. Fue introducido para completar la presunción del artículo 1.132 del Código Napoleón, indicando que este último texto no significa solamente que el silencio de la causa no basta para viciar el contrato de nulidad, dejando todavía al acreedor en situación de tener que probar la existencia de la causa no expresada, sino que, por el contrario, implica una presunción de que el deudor no se ha obligado sin causa, y de que esta presunta causa de su obligación es lícita. Se trata, en todo caso, como lo señala el propio texto del artículo de una presunción *juris tantum*, esto es, que admite prueba en contrario.

(103) DE PAGE, Henri: *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, Bruxelles, 1957, pág. 64, explica estos recursos así: «En principio, las *condictiones* y la *exceptio doli* pretoriana se basan ambas sobre un vicio de fondo del acto: la falta de contrapartida, de justificación del compromiso formal. La *condictio indebiti* acordada al deudor que había pagado en ejecución del contrato, aunque él no había recibido nada; la *condictio sine causa* acordada al deudor en el mismo caso, pero antes de que él hubiere ejecutado su obligación; la *exceptio doli* pretoriana acordada igualmente al deudor cuando, perseguido por su acreedor, pretendía que su deuda carecía de justificación, de causa».

(104) El mismo DE PAGE, *locus cit.*, continúa «Más tarde nació también la *querela non numeratae pecuniae*, propia de la estipulación constatada por un escrito (un *chirographum*) y que estaba dirigida a frustrar un especial fraude en el préstamo de dinero o en la constitución de dote», institución que explica así, *op. cit.*, págs. 73-74: «La *querela non numeratae pecuniae* data del imperio (primeros vestigios ciertos: Caracalla; después Diocreciano y Justiniano y los emperadores bizantinos hasta el siglo X) y supone un contrato escrito de *mutuum* con estipulación de restitución debidamente firmada, pero no seguida de la remisión del dinero. Si hay contrato escrito de *mutuum* con estipulación de restitución, basta al deudor requerido oponer la *querela* para obligar *ipso facto* al acreedor a probar la remisión de la deuda». Como se ve se trataba de una institución francamente favorable al deudor, que por el solo hecho de oponerla se encontraba beneficiado con una inversión de la carga de la prueba: desde entonces tocaba al acreedor probar la entrega efectiva del dinero. Con el tiempo ella fue suprimida cuando se estaba en presencia de una *cautio discreta*, es decir, de un escrito mencionando expresamente que la entrega del dinero había sido hecha, esto es, que la promesa de pago estaba causada.

mediante los cuales se mitiga la iniquidad que habría podido resultar de la validación absoluta de un acto generador de obligaciones totalmente abstraído de su causa, y que van dirigidos a enmendar o impedir un enriquecimiento injusto. Lo mismo ocurre en los sistemas germánicos donde aparece expresamente formulada la idea de la existencia de contratos abstractos (105). Aun en el sistema anglosajón, donde al lado del acto «causado», o sea aquel para cuyo reconocimiento se exige la comprobación de existir una *consideration* (106) se admite un acto puramente formal el *deed* (107), se ha tenido que admitir por lo menos la existencia de un recurso cuando se ponga de relieve que el mismo se basa en una causa ilícita (108).

Pero si no ha existido esa total y absoluta abstracción, en cambio la comparación entre esos varios sistemas jurídicos revela que sí ha existido una diversidad de grados de abstracción de la causa. El problema de la «causa» del acto abstracto no se refiere, pues, a que el fin por el cual uno ha consentido en obligarse al celebrar el *negotium* se realice o no, como cuando hablamos

(105) Artículo 780 del B.G.B.: «Para la validez de un contrato por el cual es prometida una prestación de forma que la promesa debe originar en sí misma la obligación (*promesa de pago*) es necesario, en tanto que no esté prescrita otra forma, otorgamiento escrito de promesa».

Artículo 781 del B.G.B.: «Para la validez de un contrato por el cual es reconocida la existencia de una relación obligatoria (*reconocimiento de deuda*) es necesario el otorgamiento escrito de la declaración de reconocimiento. Si está prescrita otra forma para la originación de la relación obligatoria cuya existencia es reconocida, requiere esta forma el contrato de reconocimiento».

(106) La *consideration* se define como «un acto o una abstención de una de las partes o la promesa de esto; es el *precio* por el cual se compra la promesa de la otra; y la promesa hecha de esta forma por una contraprestación queda jurídicamente sancionada» (cita de Sir Frederic Pollock hecha por GORLA, I, § 26, d, pág. 390). Como señala DE PAGE, *L'obligation abstraite...*, página 138: «la noción inglesa de *consideration* es una noción más estrecha, más estricta que la noción latina de la *causa*. La *consideration* implica esencialmente la idea de contrapartida; ella debe ser además real, concreta, económica. Tal parece ser la concepción inglesa de la noción de causa en los contratos».

(107) El *dead*, llamado también *act under seal*, es el acto puramente formal que no exige la *consideration*, esto es, la causa. Consiste en un acto escrito, sellado (*under seal*) y entregado (*delivery*), al que ni siquiera le es esencial la firma, pero que en todo caso se satisface con una firma privada sin que sea indispensable la intervención de un funcionario para su redacción. La promesa hecha en esta forma está dispensada de toda prueba de existir *consideration* alguna. Se la ha comparado con la *stipulatio* romana. Cfr. GORLA, I, § 34, pág. 475, y DE PAGE, *L'obligation abstraite...*, pág. 136.

(108) Si bien no es posible ningún recurso contra la obligación que resulta de un *dead*, p. ej.: alegar que no existe ninguna *consideration*, razón por la cual es la única forma para realizar una donación (no porque la forma tenga en este caso el propósito de proteger al donante y a su familia, sino precisamente por faltar una *consideration*) o para dar cabida al reconocimiento de una obligación natural (pues, también aquí faltaría la *consideration* dada la ausencia de una contrapartida real de valor económico, aun meramente simbólica), se admite, sin embargo, su impugnación por causa ilícita. Cfr. DE PAGE, *locus cit.*, pág. 55, pág. 93 y pág. 137; y para una mejor explicación, GORLA, I, § 34, c), pág. 482.

de los problemas estudiados bajo el mote de «ausencia de causa»; ni que ese fin sea ilícito o inmoral y como tal no pueda concebirse que el ordenamiento lo sancione, permitiendo así la obtención de finalidades contrarias a las del propio ordenamiento, como cuando se habla de «ilicitud de la causa»; sino a la cuestión de si la relación fundamental que da origen, explica y justifica el contrato, puede separarse de éste y en qué medida. «Causa» significa aquí, pues, esa «relación fundamental». En este sentido podemos distinguir:

a) Contratos causales, esto es, contratos cuya estructura conlleva una mención más o menos explícita de su respectiva causa. Tal es el caso de la venta, la sociedad, el depósito, la donación, etcétera (109). Cuando los anticausalista han discutido sobre la inutilidad de la noción de causa, señalando que ello no agregaba nada al consentimiento o al objeto, ellos se han referido precisamente a contratos que en su propia estructura llevaban inscrita las finalidades que perseguían aquellos que resultaban obligados por los mismos.

b) Contratos neutros, que pueden servir para realizar los fines más diferentes: como la cesión de crédito que puede servir para realizar una venta, una donación, una dación en pago; la estipulación a favor de terceros, que puede servir para realizar un pago, una liberalidad, etc.; y algunos aún más abstractos, como la promesa de pago sin expresión de la causa de la obligación, el reconocimiento de deuda, una letra de cambio, etc.

Este último género de contratos o actos neutros es el que da lugar a la cuestión del contrato abstracto. Pero para entender en qué consiste el problema es necesario hacer resaltar nuevamente la necesidad de mantener diferenciado este problema del de la validez de una promesa de pago o de un reconocimiento de deuda sin expresión de la causa (problema del *billet non cause*) al que nos referimos al comienzo de este párrafo y que vimos que resuelve expresamente el artículo 1.158 de nuestro Código civil en consonancia con la tradición del artículo 1.132 C. civ. francés. Es verdad que la expresión causa en estos textos debe entenderse también como la «relación fundamental» en el sentido en que venimos utilizando esta expresión para referirnos al problema de la promesa abstracta, pero con la diferencia de que en esta ma-

(109) Esto lo expresaba nuestro Luis SANOJO, *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*, III, págs. 32-33, comentando la redacción de la primera parte del actual artículo 1.158, así: «Ahora bien, ¿puede suceder que el acto que compruebe una convención no contenga la enunciación de la causa? Esto es evidentemente imposible, cuando la convención referida en el acto es un contrato sinalagmático. En efecto, no se puede referir un contrato sinalagmático en un documento, sino mencionando las obligaciones de cada una de las partes, y como cada una de estas obligaciones sirve de causa a la otra, es claro que todo acto que contiene la prueba de un contrato sinalagmático, enuncia al mismo tiempo y necesariamente la causa de cada una de las obligaciones a que aquel contrato da nacimiento. De muy distinto modo pueden suceder las cosas en contratos unilaterales, pues en ellos el deudor puede declararse tal, sin expresar la causa».

teria del valor del «*billet non causé*» no se predica la creación de una relación distinta de la fundamental, en tanto que de lo que se trata aquí es precisamente de afirmar la coexistencia de dos relaciones jurídicas: la fundamental con sus caracteres propios (venta, préstamos, etc.) y los medios para hacerla valer (acciones) o para defenderse de las prestaciones que con base en ella se invoquen (excepciones), y la nueva relación caracterizada por la autonomía de sus caracteres jurídicos, acciones y defensas. Dado, sin embargo, que esta nueva relación autónoma se concibe como «causada» por la primera, aun si se la abstrae de tal relación fundamental, no se llega jamás como dijimos a concebirla como absolutamente abstracta; lo que lleva a pensar que la relación fundamental continúa teniendo «alguna» influencia en ella. De cómo se conciba tal grado de influencia depende en gran parte la polémica existente en la doctrina acerca de la existencia o no en los ordenamientos positivos contemporáneos de verdaderos negocios abstractos (110).

(110) Un negocio absolutamente abstracto, esto es, radicalmente escindido de su causa y en que ésta no ejerciere ninguna influencia (ni siquiera por la vía de un recurso postergado) sólo sería posible en un *acto formal puro*. Esto explica por qué Francisco FERRARA, *La Simulación de los Negocios Jurídicos*, traducción de la Revista de Derecho Privado, Madrid, págs. 127 y sigs, sostiene que «el negocio abstracto es ajeno a nuestro sistema y que en el derecho italiano sólo puede hablarse de negocio abstracto respecto de los títulos al portador»; que la característica de los negocios abstractos es la abstracción completa de la causa, esto es, que negocio abstracto es únicamente el negocio absolutamente formal, que opera con la forma y exclusivamente con la forma, siendo inadmisibles toda excepción; en tanto que en el caso del negocio relativamente formal, en que la forma serviría para dar al público una prueba cierta de la existencia de un negocio que en sí supone la concurrencia de todos sus elementos constitutivos normales y en el cual sólo se ha hecho abstracción procesal de su causa en interés de la rapidez y seguridad del comercio, limitando la ley el número de excepciones a oponer, no se estaría en presencia de verdaderos contratos abstractos (p. ej.: la letra de cambio). Por el contrario, Capitán, quien sostiene que «puede afirmarse que la promesa abstracta es válida en nuestro Derecho, como lo era en el Derecho romano», no tarda en aclarar que no debe creerse que el acreedor, portador de un título sin causa, esté al abrigo de todas las excepciones que podría alegar el deudor y que, por el contrario, «el deudor que firmó una promesa así concebida, puede siempre probar en perjuicio de su acreedor originario que su obligación no tiene causa o la tiene ilícita o inmoral» (*De la Causa...*, núm. 166, nota 1). Examinadas a fondo ambas nociones de contrato abstracto, no tarda en descubrirse la razón de la divergencia entre los dos autores citados, que se refieren por lo demás, a sistemas legislativos idénticos al respecto. Lo que Capitán llama contrato abstracto, no es tal para Ferrara, pues el primero llama negocio abstracto a la promesa sin expresión de causa, tal letra de cambio, y no propiamente a una promesa que produzca efecto, independientemente de que exista o no un fundamento justificativo de la obligación o de que éste sea ilícito, que sería lo que el último autor citado entiende por negocio abstracto *stricto sensu*. «La letra de cambio —escribe Ferrara— revisa solamente un carácter formal frente a terceros de buena fe; pero esto es efecto reflejo de la exclusión de toda clase de excepciones, respecto de ellos, o sea, de la protección que el derecho les concede para tutelar la seguridad en la circulación de los títulos de crédito... Por otra parte, este resultado se explica por el mismo mecanismo de la transmisión de los instrumentos de

Uno puede partir, en efecto, de la idea general al sistema francés de que tal abstracción de la relación fundamental que se trata de realizar con este género de actos neutros se contrae sólo a los terceros, respecto de los cuales el deudor estará impedido de poder invocar las consecuencias derivadas de la inexistencia, falsedad o ilicitud de la causa en que se funda tal acto neutro (111). Puede partir en cambio de la idea de que este acto neutro genera una especie de novación, en el sentido de que la obligación abstraída de su causa que genera el acto neutro implica siempre una relación causal precedente en la que ella se funda, de modo que si ésta no existe o es ilícita la primera debe caer también, porque si no se daría un enriquecimiento sin causa (112); pero sin ir tan lejos y predicar necesariamente una novación (lo que supone una expresa intención de las partes) (art. 1.315 C. civ. y estaría

cambio, que no se opera merced al tránsito puro y simple del derecho literal a la persona que lo recibe, sino mediante la constitución de nuevas obligaciones autónomas que, si bien enlazadas con la primera, no se fundan en ella...» (op. cit., pág. 136).

(111) La doctrina francesa excluye por lo general el acto abstracto y apenas excepcionalmente lo admite en algunas relaciones en las que resultan implicadas tres personas. *Cfr.* GESTHIN, núm. 708, págs. 597 y sigts. RIEG, núm. 286. Ejemplos típicos serían la delegación (art. 1.323 C. civ.); la fianza desde luego que el fiador no podría oponer al acreedor la frustración de los motivos personales que él tenía frente al deudor para haber accedido a afianzarlo; el seguro de responsabilidad civil por accidente cuando la ley concede a la víctima una acción directa contra el asegurador y priva a éste de todo derecho a oponerle a aquella las excepciones que pudieran invocar contra el asegurado.

Esta estrecha vinculación de la abstracción de la causa a las relaciones en que intervienen terceros (entre las partes toda relación jurídica sería necesariamente causal) se explica como un puro mecanismo técnico con fines prácticos o económicos; y en ello se ve también la única justificación de la inoponibilidad de las excepciones derivadas de la relación fundamental que le dio origen y de las sucesivas otras relaciones fundamentales que causan los eventuales endosos, al tenedor de una letra de cambio. Se trata sólo de no entorpecer la circulación del título que el interés del comercio exige a asegurar. Esta concepción se refleja en la idea de que en las relaciones entre partes el título cambiario se apoya en el artículo 1.132 C. civ. fr. (1.158 venez.). *Cfr.* PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto: *La letra de cambio. Teoría y Práctica en América Latina*, Biblioteca Felablan-Intal, pág. 30; DE PAGE, *L'obligation abstraite...*, página 151; GESTHIN, núm. 714. Tal concepción es la receptada entre nosotros por quienes sostienen que *inter partes* la letra de cambio sólo implica una mera abstracción procesal de la causa, lo cual lleva en algunos casos hasta sostener que entre las partes inmediatas sólo vale la relación fundamental y que la letra de cambio sólo alcanza su plenitud en manos de un tercero que lo sea de buena fe. *Cfr.* PEÑA CASTRILLÓN, págs. 181-182, y DE PAGE, pág. 172.

(112) DE PAGE, pág. 128, escribe a propósito de los artículos 780 y 781 del B. G. B. que hay allí un mecanismo técnico muy complejo, que supone a la vez ligámenes de dependencia con la «relación fundamental» y ligámenes de independencia, desde luego que ellos no derogan el artículo 812 del B.G.B. (que sanciona el enriquecimiento sin causa), lo que haría análogo este sistema al romano de las *condiciones* y de la *exceptio doli* pretoriana. La promesa abstracta supone una obligación autónoma creada por la voluntad de las partes *al lado o en reemplazo* de la obligación preexistente, que hace desaparecer las excepciones derivadas de esta última, pero no la nulidad de la obligación autónoma si hay inexistencia de la «relación fundamental».

en contradicción con el contrario principio que en materia de títulos de crédito establece el artículo 121 del Código de Comercio), puede partirse simplemente de la idea de que la abstracción radica no en suprimir totalmente las consecuencias de la inexistencia o de la ilicitud de la relación fundamental (contrariando así el art. 1.157), sino en un mecanismo técnico consistente en posponer esos recursos para después del vencimiento. De esta manera se vendría a *garantizar* el pago al acreedor, y al deudor de la obligación abstracta se le dejaría tan sólo en posición de invocar recursos análogos a los que se le acordaban en el antiguo derecho romano para evitar la iniquidad del acreedor que reclamaba el pago de una obligación a sabiendas de que luego sería forzado a devolverlo (113).

18. *La prueba de la causa*

Como hemos señalado el problema de la abstracción de la causa tiene conexiones, pero no se confunde con el de la prueba de la causa al que se alude de una manera general en el artículo 1.158 C. c. (114). Este artículo es el fruto de la consideración de que la prueba de la existencia del consentimiento del deudor a la obligación hace presumir, en base al principio del *quod plerumque accidit* (lo que suele suceder), que una causa existe y que ésta es lícita. Se trata de una presunción *iuris tantum*, puesto que, como lo indica el aparte del artículo 1.158, se admite la prueba en contrario.

De aquí resulta que comprobada la existencia de la voluntad de asumir una obligación es al deudor demandado a quien le corresponde probar que no existe «causa» o que ella es ilícita, lo que implicaría la nulidad del contrato de acuerdo con el ord. 3.º del artículo 1.140 y el artículo 1.157 y, consiguientemente, la liberación del deudor.

Si una causa ha sido expresada en el contrato y el deudor comprueba que esa causa no existe, o si no habiendo señalado el contrato ninguna causa (*billet non causé*) el acreedor demandante señalar una concreta causa y el deudor demostrare que ella no existe, surge la cuestión de si la indeterminación de la presunción bastaría todavía para cubrir la necesidad de una otra causa lícita o si, en tal caso, tocaría al acreedor-demandante comprobar ahora que existe otra causa y cuál sea ella. La doctrina y la jurisprudencia están por esta segunda opinión (115). Se comprende en

(113) Es esto lo que propugnan quienes predicán que la abstracción se manifiesta inclusive en las relaciones *inter partes*. Tal GOLDSCHMIDT, Roberto: *Curso de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., págs. 368-372.

(114) Sobre los orígenes de nuestro artículo 1.158 C. C. *cf. supra*, notas 101 y 102.

(115) Este punto puede ejemplificarse con el famoso caso Ramia-Dib de la jurisprudencia venezolana, que el profesor Oscar Palacios Herrera resume magníficamente así: «Dib y Ramia eran socios de «El Gallo de Oro», tienda ubicada en la esquina de San Jacinto; posteriormente liquidaron la

verdad que, en ausencia de declaración expresa de las partes, la ley establezca una presunción basada en que normalmente los hombres se ajustan al Derecho y no prometen usualmente a títu-

sociedad. Ramia le pagó en ese acto determinada cantidad a Dib y luego firmó unos pagarés a favor de éste, que montaban a varios centenares de miles de bolívares. Ramia demandó la nulidad de estos pagarés; alegó que carecían de causa, y que él los había firmado en un momento de ofuscación. Igualmente sostuvo que no tenían valor alguno, por cuanto el Código de Comercio exige, como requisito *ad substantia*, que el pagaré mencione la causa. Los apoderados de Ramia fueron los doctores Alejandro Pietri y Pedro Manuel Arcaya, y los apoderados de Dib, Carlos Morales y Carlos Puncelles. Los apoderados de Dib reconvinieron demandando el pago de los pagarés y alegaron que si bien podrían ser nulos como efectos de comercio, sin embargo, tenían validez como simples documentos civiles, en los cuales constaba la existencia de una obligación. Esta tesis fue acogida por los sentenciadores. Sin embargo, posteriormente, a la contestación de la demanda, Dib indicó cuál era la causa de la obligación. Dijo que la causa de la promesa de pago era el saldo debido por Ramia con motivo de la liquidación de la sociedad. Ramia, a su vez, probó que aquella causa indicada por el demandante no era cierta, que en los documentos mismos de liquidación, Dib había declarado que no se le quedaba a deber nada por ese concepto. Con esto, pues, Ramia desvirtuó la causa que el propio demandante había asignado a su creencia. El doctor Pietri consagró muchos números de su Revista de Derecho y Legislación, a informar en torno a este juicio, e inclusive consultó a Capitant. Pues bien, Capitant opinó, de acuerdo con la mayoría de los autores, que el acreedor de una obligación en la cual no se menciona la causa, no tiene por qué probar dicho elemento; que le corresponde al deudor probar que no existe causa, o que ésta es falsa o ilícita. Sin embargo, si el acreedor, a pesar de estar amparado por esta presunción, señala una causa determinada, ésta se presume cierta; pero, a la vez, si el deudor desvirtúa la causa alegada por el acreedor, se invierte totalmente la carga de la prueba y le corresponderá al acreedor probar cuál de las otras posibles causas es la cierta. «Pues bien, este argumento fue mantenido por los apoderados de Ramia a través de todo el proceso. Ustedes han indicado una causa; yo he probado que esa causa no es la verdadera; en consecuencia, ya ustedes dejan de estar amparados por la presunción de causa y deberán probarla. Sin embargo, llevado el juicio, después de innumerables incidencias, hasta la Casación, ésta falló rechazando el anterior criterio, basándose más que todo en una razón procesal. Dicha razón la verán ustedes con más detenimiento al estudiar Procedimiento Civil, pero vamos a adelantarla ahora someramente.

«Según el Código de Procedimiento Civil, el problema a resolver por el juez está limitado por lo alegado en la demanda, y en su contestación. No se pueden alegar hechos nuevos una vez contestada la demanda. En su libelo, Dib no indicaba causa alguna, sino exigía el pago de los pagarés exclusivamente. Posteriormente a este acto, los abogados de Dib indicaron una causa, alegaron un hecho nuevo; alegaron, 'la causa es la liquidación de la sociedad mercantil'. Ramia probó que esta causa no era cierta, pero la Casación decidió, que una vez precluido el acto de la contestación de la demanda, no se puede alegar hechos nuevos. Ahora bien, como en su libelo Dib no indicaba causa alguna, continuaba estando amparado por la presunción de la causa. En consecuencia, según este fallo, sólo cuando el acreedor indique la causa en el propio libelo, se aplicará la doctrina de Capitant antes expuesta». (Apuntes de Obligaciones. Versión taquigráfica de clases, Universidad Central de Venezuela, 1950-51, por Rafael Maldonado Gutiérrez, Caracas, Caja de Trabajo Penitenciario del Ministerio de Justicia, 1956, Tomo II, págs. 70-72).

El fallo de la Sala de Casación de la extinguida Corte Federal y de Casa-

lo gratuito (116); pero, cuando declarada por las partes una causa, se prueba que ella no existe, la conclusión obvia que de allí se deriva es que hay una anormalidad, y lo probable en el caso es que la convención carezca de causa. Lógico es, pues, que el acreedor que continúa postulando la existencia de una causa válida para que el deudor resulte obligado cargue ahora con la prueba de la causa (art. 1.354 C. c.).

El problema relativo a cuáles son los medios de prueba a emplear por el deudor para establecer que la causa expresada en el escrito no es real y cuáles lo sean para combatir la presunción del artículo 1.158 C. c. al respecto de la promesa no causada (*billet non causé*), exige tener en cuenta que en el primer caso se trata de probar contra lo establecido en un documento público o privado y que, en tal supuesto, la prueba testimonial y la de simples presunciones sólo será admisible cuando puedan adimnicularse a ella elementos que autoricen tal admisibilidad (artículo 1.387 y sigts.); mientras que en el segundo supuesto, no acreditando el escrito la causa de la obligación y no pudiendo decirse por lo mismo que se trata de probar contra lo establecido en un documento, no existe dificultad alguna para admitir la mayor libertad probatoria aun entre las propias partes. Por lo demás, tanto en uno como en el otro caso, hay que observar que, si de lo que se tratare fuere de comprobar la ilicitud o inmoralidad de la causa, el artículo 1.393, ord. 3.º, admite sin restricción alguna la

ción al que se refiere el profesor Palacios Herrera, tiene fecha 21 de julio de 1927 (Memoria de 1928, pág. 223-244), es del tenor siguiente:

«Hay constancia en los autos de que las partes han aceptado virtualmente lo decidido por los jueces del fondo respecto a la forma y eficacia de los vales, que consideró el fallo recurrido como expresión de obligaciones ordinarias, cuyo pago ha sido exigido. No sucede otro tanto, con respecto a la cuestión de falta de causa de las obligaciones, como lo decide la recurrida, y falta de causa de los valores, como lo asienta la formalización. Es un principio jurídico que la validez de una convención no depende, a menos que sea solemne, de la validez del escrito que la comprueba. Puede suceder que el escrito sea nulo y que el hecho jurídico sea válido; unas son las condiciones para la validez del hecho jurídico; y otras, para la validez del escrito que sirve de prueba literal. Si el escrito que las partes redactan sobre sus convenciones no sirve de prueba para los contratos solemnes, tal escrito adolece de nulidad; falta entonces la necesaria prueba literal; pero si la convención reúne las condiciones exigidas por la ley, las partes interesadas las podrán probar por los otros medios legales de prueba. Por el contrario, la validez del escrito no valida el hecho jurídico que comprueba. La convención será nula o inexistente si el consentimiento está viciado o no existe, aunque haya un escrito, válido en la forma, que comprueba la convención. Así, pues, la recurrida, como lo alega la parte formalizante, al decidir sobre la falta de causa de las obligaciones, tergiversó el problema planteado, porque la excepción opuesta por el demandado fue la falta de causa de los vales, y no la falta de causa de las obligaciones, que fue lo que se decidió. Existe, por tanto, la infracción de los artículos 12 y 162 del Código civil, y así se declara».

(116) La jurisprudencia francesa ha establecido, sin embargo, que la presunción es la de que se trata de una promesa a título oneroso y que si el *billet non causé* oculta, como ocurre con frecuencia una donación simulada, corresponde al deudor hacer tal prueba. Cfr. GESTIN, núm. 716, pág. 608.

prueba testimonial y, por lo mismo, debe admitirse también la de presunciones (art. 1.399) (117).

Podría suscitarse además la cuestión de si basta al deudor comprobar que la promesa no tiene una causa onerosa, para que ella deba presumirse sin ningún efecto. Allí donde no existe ningún impedimento para que el promisorio pueda recibir una atribución patrimonial a título gratuito del deudor podría, en verdad, plantearse la pregunta de si, desvirtuada la causa expresada en el escrito o descartada la presunción de existencia de causa por haberse comprobado ser falsa la causa onerosa indicada *motu proprio* por el acreedor demandante, en la hipótesis del *billet non causé*, todavía pudiera resultar amparado el acreedor-demandante por la presunción del artículo 1.158 C. c. en el sentido de existir una *causa donandi*. En Francia y en Bélgica, donde la doctrina y la jurisprudencia se pronuncian sin reserva sobre la validez del don manual cualquiera que sea el valor de los bienes muebles donados, no debería haber obstáculo para admitir esta hipótesis de encubrir el acto impugnado una donación disimulada o una donación indirecta. Sin embargo, la jurisprudencia parece exigir que quien pretenda beneficiarse de la *causa donandi* compruebe directamente que tal causa existe realmente (118). Con mayor razón creemos que debe ser así entre nosotros, donde al igual que en Italia, la promesa de dar que no se apoye en una *causa suficiente* para excluir el esquema formal-causal de la donación (artículo 1.439 C. c.) no es válida sino cuando se refiera a cosas muebles cuyo valor sea inferior a Bs. 2.000; por lo cual, excluida la causa onerosa, salvo que se trate de una promesa de pago o reconocimiento de deuda que conste de un documento auténtico, no parece que pueda plantearse siquiera la hipótesis de la subsistencia de una donación disimulada. Pero aun en el caso de que el acto aparente constare de documento auténtico y de que no pueda hablarse de existir un obstáculo legal para que el promisorio pudiera ser beneficiario de una donación hecha en su favor por el promitente, creemos que la prueba de la *causa donandi* debería exigirse en forma directa.

(117) Cfr. GESTHIN, núm. 720, pág. 611; MARTY-RAYNAUD, núm. 194, pág. 178; MAZEAUD, *Leçons...*, núm. 289, pág. 232 y núm. 290, pág. 234.

(118) GESTHIN, núm. 721, pág. 612. Cfr. nota 36.

“Gastos y mejoras en el arrendamiento rústico”

Por CARLOS VATTIER FUENZALIDA

Profesor Adjunto de Derecho civil

SUMARIO: 1. *Concepto y evolución.* La distinción de gastos y mejoras. La concepción tradicional y la moderna; aspectos cuantitativo y cualitativo. El Derecho antiguo, la codificación y el Derecho moderno. La prestación de mejorar en el cuadro típico del arrendamiento rústico.—2. *Tipología legal de los gastos y mejoras.* El perfil objetivo y los regímenes jurídicos diversos. Las reparaciones normales, las de cuantía importante y las urgentes. El concepto de mejora útil; crítica. Modalidades según el contenido y el objeto. Las mejoras sociales y las suntuarias.—3. *El deber de reparar y mejorar.* La obligación legal y su incumplimiento. La obligación de reparar del arrendador y las facultades del arrendatario. El deber de tolerar las obras. Las mejoras impuestas y las favorecidas por la Administración. El cumplimiento y el incumplimiento de la obligación de mejorar. La autonomía privada y la presunción legal en tema de mejoras.—4. *La facultad de mejorar.* El poder excepcional del arrendador y la autorización administrativa de las mejoras útiles; otros aspectos. La facultad del arrendatario, la comunicación al arrendador y el informe administrativo. La modificación interna de la finca y las mejoras de cuantía importante que la transforman.—5. *La extinción del crédito derivado de las mejoras.* Los subrogados del pago y las garantías. La elevación proporcional de la renta y las opciones del arrendatario *ex* artículo 59. El artículo 62: el *ius tollendi*, el pago en metálico y el pago por compensación. El carácter general de este régimen y la imputación del pago.—6. *Los derechos de garantía.* La garantía y el privilegio del arrendador. La anticresis anómala establecida a favor del arrendatario. El *ius retentionis* y la facultad de subarrendar. La hipoteca legal del acreedor refaccionario. Estudio de la anotación preventiva del artículo 42.8 de la Ley hipotecaria, y su adaptación al arrendamiento rústico.

1. CONCEPTO Y EVOLUCION

Un buen punto de partida para estudiar la nueva disciplina de los gastos y de las mejoras en el arrendamiento rústico es el de subrayar los rasgos esenciales que caracterizan a unos y a otras, pues las dos figuras suelen confundirse, como es bien sabido, hasta el extremo de que se habla, con una notable redundancia, de mejoras útiles, como

hace todavía el artículo 57.1 de la Ley en vigor, tal como si pudieran existir mejoras inútiles, las que se consideran tradicionalmente, para evitar la *contradictio in terminis* que esto implicaría, mejoras voluntarias o suntuarias, según la terminología de la legislación anterior o la del artículo 69 de la Ley actual. Lo que ocurre es que se ha trasladado a las mejoras la clásica división tripartita de los gastos, que los distingue en necesarios, útiles y voluptuarios, como dicen las *Partidas* (1), con lo cual se olvida que estamos ante fenómenos opuestos lo mismo en el plano económico que en el jurídico. En efecto, los gastos consisten en una inversión y se dividen, modernamente, en dos clases, los gastos de conservación o de reparación y los gastos que aumentan el valor, tanto porque aumentan el valor de uso o utilidad cuanto porque incrementan el valor de mercado o precio de la cosa objeto de los mismos; estos dos tipos de gastos tienen, además, un régimen jurídico distinto, pues, si los realiza una persona diversa del propietario, los primeros se rigen por el principio de la restitución íntegra mientras que los últimos, generalmente, por la regla de la suma menor entre su importe y el aumento de valor, a tenor del artículo 453-2 del Código civil, o el derecho a llevarse los adornos a que se refiere el artículo 454, preceptos que, aun cuando están pensados en orden a la liquidación de la situación posesoria, presentan una impronta de carácter general. Es fácil advertir que se han plasmado aquí las viejas reglas romanas, las que fueron esquematizadas por el *ius commune*, según se ha resaltado recientemente, en estos términos: «los gastos necesarios se reembolsan íntegramente; los gastos útiles se reembolsan hasta la concurrencia de la plusvalía que provocan en el bien; los gastos voluptuarios no se reembolsan jamás» (2).

Las mejoras, en cambio, son el resultado de los llamados gastos útiles únicamente, y se caracterizan, según la concepción tradicional, por ser una obra del hombre llevada a cabo de forma extraordinaria sobre una finca, la que se contrapone a los supuestos de accesión propia, lo mismo de mueble a inmueble que de inmueble a inmueble; por otra parte, nota distintiva de la mejora es, para esta concepción, la de estar hecha por un sujeto distinto del dueño de la finca, el que se enriquece a consecuencia de ella y debe restituir su valor, concretándose en un elemento añadido o incorporado a la misma, de donde proviene la distinción de las mejoras culturales o agrarias y las mejoras

(1) Según la P. 3.28.44 son, en efecto, las que se «fazen y como por auer deleyte por ellas mas que pro».

(2) Recuerda estas reglas M-C FAYARD, *Les impenses*, París, 1969, p. 4; además, *vid.* para lo expuesto la *op. cit.*, pp. 15 y ss. y 189 y ss., en general. Entre nosotros, J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Adquisición y restitución de frutos por el poseedor*, en «ADC», 1975, pp. 551 y ss., especialmente, 627 y ss., considera que los gastos necesarios son los de producción de frutos, mientras que los útiles son los de cambio de destino económico de la cosa. Sobre los gastos en materia de posesión, J. A. DORAL, *Liquidación de la gestión posesoria*, en «RDP», 1977, pp. 399 y ss., y A. MARTÍN PÉREZ, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VI, dirigidos por M. Albaladejo García, Madrid, 1980, pp. 281 y ss., últimamente.

fundiarías. respectivamente; en fin, la función propia y exclusiva de la mejora es, según esto, la de aumentar la producción, dado que favorece la productividad y los rendimientos, lo que se traduce, por consiguiente, en una elevación del valor de la finca objeto de la misma (3).

Con todo, una revisión profunda de esta concepción se ha llevado a cabo modernamente, y se ha hecho notar que se trata de un supuesto complejo o de formación progresiva, que se desdobra en dos momentos fundamentales, a saber: el acto, la conducta o la obra que realiza el sujeto sobre la finca, cualquiera que sea su titularidad sobre ella, y el producto, el resultado o el contenido de esta actuación. La importancia de esta distinción reside en poner de relieve la naturaleza jurídica distinta de cada uno de estos momentos; así, se ha señalado que el primero es un acto jurídico no negocial, mientras que el segundo es, en cambio, un hecho jurídico que pertenece al grupo de supuestos que dan lugar a un enriquecimiento del titular de la finca. El primero consiste en la acción de mejorar o actividad mejoraticia, en tanto el segundo, en el resultado de dicho comportamiento o mejora en sentido estricto, debiendo existir entre ambos, para esta concepción, un nexo de causalidad, que es el que distingue la figura de los gastos, la accesión y otros supuestos afines (4). Observemos que, en línea con esta concepción moderna, se ha puesto de relieve entre nosotros, que las mejoras fundiarias, en concreto, provienen de una conducta o actividad cuya función es la de aumentar el valor de la finca, dado que consisten en el resultado relevante, económica y jurídicamente, estable y actual, no meramente potencial, del comportamiento que lleva a cabo el sujeto que mejora en orden a aumentar la capacidad productiva de la misma; en particular, por no incidir sobre los rendimientos, las obras de adorno quedan fuera de esta categoría, a pesar de que aumentan el valor del fundo (5). Frente a esta concepción cuantitativa que pone el acento en el aumento de valor, cabe advertir, en fin, la existencia de otra de índole cualitativa para la que lo esencial radica, ante todo, en el aumento de la capacidad productiva, en el incremento de la productividad, con independencia de que la mejora eleve o no el valor

(3) Destacan en esta dirección los trabajos de G. B. FUNAIOLI, *Nell'attesa di una soluzione legislativa del problema dei miglioramenti nel contratto di affitto*, en «Studi Senesi», 1930, pp. 38 y ss.; *Teoria dei miglioramenti fondiari*, Roma, 1921, e *I miglioramenti nella riforma del Codice civile*, en «Atti III Congresso Nazionale di diritto agrario», Roma, 1939, pp. 286 y ss.

(4) *Vid.*, principalmente, los estudios de A. CARROZZA, *La fattispecie dei miglioramenti nell' profilo oggettivo*, en «Studi Funaioli», Milano, 1961, pp. 85 y ss.; *Linee di una teoria generale dei miglioramenti agrari*, en «Atti I Assemblea Internazionale di diritto agrario», Milano, 1954, pp. 117 y ss., y, por último, *I miglioramenti delle cose nella teoria generale e nei rapporti agrari*, I, Milano, 1965, especialmente pp. 7 y ss., 167 y ss., 185 y ss. y 131 y ss. Entre nosotros, ha acogido favorablemente esta concepción, no sin ciertos relieves críticos, J. L. DE LOS MOZOS, *Nota bibliográfica sobre el libro citado*, en «RDP», 1966, pp. 540 y ss., y, con mayor amplitud, *Recensione*, en «RDA», 1967, pp. 859 y ss.

(5) Así, A. LUNA SERRANO, *Las mejoras fundiarias rústicas (Lección preliminar para un estudio sistemático)*, en «Temis», 1965, pp. 61 y ss., especialmente 63 y ss. y 72 y ss.

de la finca, lo que pone de relieve que el objeto de la acción de mejorar no es sólo esta última sino, además, los cultivos y la organización económica del sujeto que la lleva a cabo; por eso, hay mejoras de infraestructura, de estructura y de supraestructura según atiendan a la finca, a la explotación o a la organización empresarial (6). Con todo, cabe, seguramente, un planteamiento intermedio según el cual el concepto de mejora se agota en el aumento de la productividad y provoca, como una consecuencia secundaria o refleja, el incremento de valor de la finca mejorada.

Ahora bien, en el arrendamiento rústico, en particular, los gastos de conservación o de reparación constituyen, como es sabido, una de las obligaciones típicas que el artículo 1.554.2, desarrollado por el 1.558, del Código civil, impone al arrendador, y que la Ley regula en los artículos 52 a 56, dando cabida a la intervención subsidiaria del arrendatario, en los términos que luego veremos; mucho más complejo es, en cambio, el problema de las mejoras por cuanto implica un conflicto de intereses entre el *habere* del propietario y el *facere* del cultivador, y cuya solución legislativa es de gran trascendencia por ser expresiva de la orientación general del ordenamiento ante la titularidad de la iniciativa económica, la que puede recaer tanto en uno como en otro sujeto o en ambos a la vez. Varias son, por supuesto, las soluciones que, a lo largo de la historia, se han dado al conflicto aludido; recordemos, muy esquemáticamente, que mientras el Derecho justinianeo y el Derecho común—incluso las *Partidas*—tendieron a favorecer al sujeto que mejora por diversos medios y sancionaron, de cara a la indemnización, la regla de la *minor suma inter impensas et melioramenta*, el Derecho clásico y los Códigos del siglo pasado se muestran, en general, restrictivos al respecto. Si en el Derecho antiguo el arrendatario que mejora era equiparado, en términos generales, al poseedor de buena fe o al enfitéuta, sobre todo en el caso de la *locatio ad longum tempus*, en la Codificación, en cambio, predomina la tendencia a considerarle un poseedor de mala fe (7). Así lo hace, en efecto, el Proyecto de 1851 y lo reitera, entre nosotros, el artículo 1.573 del Código civil al reconocerle, igual que al usufructuario, el *ius tollendi* que contempla el artículo 487, con las limitaciones inherentes al mismo, aparte de la

(6) Vid en este sentido, C. VATTIER FUENZALIDA, *Las mejoras en el arrendamiento rústico. Estudio de Derecho comparado*, Salamanca, 1978, pp. 155 y 300, concretamente, sobre la concepción cualitativa y la clasificación aludidas en el texto.

(7) Para esto, S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*. (A proposito di D. 10.3.4), ahora en «Scritti di diritto romano», II, Palermo, 1964, pp. 421 y ss., e *Il compenso per spese fatte da possessori su cosa altrui*, en «BIDR», 1940, pp. 3 y ss., y P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto commune*, Pompeia, 1963, y *Problematica strutturale dei contratti agrari nella sperienza giuridica dell'alto medioevo italiano*, en «RDC», 1966, pp. 277 y ss.; también C. VATTIER FUENZALIDA, *Las mejoras agrarias en la evolución legislativa de los arrendamientos rústicos en España*, en «RDA», 1975, pp. 1091 y ss., y *Experiencias del Derecho intermedio sobre contratos ad meliorandum*, en «RDN», núm. 95, 1977, pp. 171 y ss., y allí otras referencias.

facultad de compensar las mejoras con los desperfectos que previene el artículo 488, con lo que la identificación no es plena dado que el artículo 455, en tema de posesión de mala fe, no está referido a las mejoras sino a los gastos necesarios y a los «hechos en mejoras de lujo y recreo» (8). Con todo, desde comienzos de siglo se advierte, junto a la desintegración del arrendamiento, un criterio favorable al arrendatario que mejora, el que se manifiesta en la figura alemana del *Pacht* y en la italiana del *affitto*; mientras el primero inserta en el contenido normal del contrato la facultad del arrendatario de realizar mejoras, el último le atribuye la gestión productiva de la finca rústica, lo que ha potenciado la ley italiana de 11 de febrero de 1971 al configurarle como un verdadero empresario agrícola, de modo que la facultad de mejorar del cultivador forma parte de la causa del contrato agrario que es el arrendamiento rústico (9).

En España, aunque la Ley de 1935 apuntaba en esta dirección, se quedaba corta en este aspecto y representó un retroceso frente al Real Decreto-Ley de 1929, si bien fue objeto de una interpretación extensiva, en ocasiones, como la sentencia de 30 de noviembre de 1963, según la cual el conocimiento presunto del arrendador habilitaba al arrendatario para mejorar de forma unilateral (10). Por eso, de cara

(8) Cfr. el artículo 1.507 del Proyecto de 1851, semejante al vigente. Explica F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión, Zaragoza, 1974, pp. 791-792, que se aparta, entre otras razones, por la asimilación del arrendatario que mejora al poseedor de mala fe, de la regla tradicional que recoge la P. 5.8.24, sobre la cual *vid.* B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español*, IV, Madrid, 1869, pp. 460 y ss., por todos. Sobre el artículo 488 del Código civil, M. ALBALADEJO GARCÍA, *Compensación de desperfectos con mejoras en el usufructo*, en «ADC», 1963, pp. 1035 y ss., y el 1.573, F. LUCAS FERNÁNDEZ, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales», XX-1, dirigidos por M. Albaladejo García, Madrid, 1980, pp. 502 y ss.; para el estado de la cuestión, en general, C. VATTIER FUENZALIDA, *Las mejoras en el arrendamiento rústico*, cit., pp. 126 y ss., con bibliografía.

(9) Cfr., respectivamente, los párrafos 581 y ss., BGB, la *Landpachtgesetz* de 5 de junio de 1952 y el *Normalvertrag*, en «RDA», 1967, pp. 453 y ss., y los artículos 1.628 y ss., *Codice civile*, y 11 y ss., Ley núm. 11, de 11 de febrero de 1971, que no ha sido reformada en este aspecto, sobre los cuales C. VATTIER FUENZALIDA, *Las mejoras en el arrendamiento rústico*, cit., pp. 98 y ss., y 265 y ss.; de especial interés son los trabajos de P. VOIRIN, *La jouissance d'une exploitation envisagée comme critère du bail à ferme et comme principe de son autonomie*, en «RTDC», 1930, pp. 281 y ss., y E. ROMAGNOLI, *Dalla locazione all'affitto*, en «Studi Scaduto», II, Padova, 1971, pp. 555 y ss.

(10) Para el Real Decreto-Ley de 1929, G. TASSIMARI, *La indemnización de las mejoras en el arrendamiento*, trad. esp. en «RGLJ», 1929, pp. 443 y ss.; M. ROYO MARTÍNEZ, *La indemnización debida al arrendatario de fundos rústicos por las mejoras introducidas en los mismos durante el arrendamiento*, en «RGLJ», 1931, pp. 260 y ss., y F. CAMPUZANO Y HORMA, *La ley de arrendamientos rústicos. Causas, precedentes, observaciones*, en «RDP», 1933, pp. 361 y ss. Sobre la Ley de 1935 hay una bibliografía abundantísima, que ha quedado superada, en gran parte, por la Ley en vigor; *vid.* la recordada en C. VATTIER FUENZALIDA, *Las mejoras en el arrendamiento rústico*, cit., pp. 331 y ss. La sentencia de referencia ha sido comentada favorablemente por A. BALLARÍN MARCIAL, en «RDP», 1964, pp. 899 y ss. En fin, para el problema del arrendamiento rústico en cuanto contrato agrario para el ejercicio de la empresa,

a la reforma legislativa, se ha propuesto que «corresponde al arrendatario el derecho y el deber de mejorar la finca o fincas arrendadas, siempre que se trate de *mejoras de cultivo*, como expresión del contenido normal de su derecho arrendaticio y sin que, para la realización de tales mejoras, tenga que solicitar autorización o permiso del arrendador», y que las mejoras fundiarias pueden las partes estipularlas libremente o compelerse judicialmente a realizarlas, las que realizadas por el arrendador dan lugar a un aumento fijo de la renta de un ocho por ciento, mientras que, realizadas por el arrendatario, a la prolongación del contrato y al abono de su valor actual, «gozando de los mismos derechos sobre éstas que un acreedor refaccionario, aparte del derecho de retención», y ello porque de esta forma el arrendamiento se incorpora efectivamente a la finalidad específica de servir de instrumento de reforma agraria» (11). Es cierto que no todo esto se ha plasmado exactamente en el texto vigente, pero se ha tenido en cuenta el Derecho comparado; así, el Derecho alemán parece haber influido en el deber de mejorar y en el papel relevante de la Administración, el Derecho francés incide en la facultad del arrendatario de modificar la finca y en el *quantum* de la indemnización, y el Derecho italiano en la consideración del arrendatario como empresario agrícola y en las ventajas anexas al hecho de mejorar, tales como la suspensión del derecho del arrendador a denegar la prórroga y la posibilidad de subarrendar. Con razón se ha hecho ver que la nueva reglamentación es bastante congruente no sólo frente a los demás países europeos, sino frente a la necesidad de superar nuestra legislación anterior en orden a estimular la realización de mejoras por parte de los cultivadores (12).

La consecuencia dogmática que resulta de esta evolución legislativa es que, en el arrendamiento rústico, la introducción de mejoras presenta los caracteres propios de un vínculo jurídico singular que se integra en el cuadro típico de las prestaciones recíprocas generadas por el contrato, en términos equivalentes a los de la obligación de

entre nosotros, J. L. DE LOS MOZOS, *En torno al tema de los contratos agrarios*, en «Estudios de Derecho agrario», I, Madrid, 1972, pp. 263 y ss., y *Presupuestos para una reforma de los arrendamientos rústicos en Derecho español*, en «RDA», 1975, pp. 453 y ss., por todos.

(11) Así, J. L. DE LOS MOZOS, *Presupuestos*, cit., pp. 489-491. Hay que tener en cuenta que la disciplina de los gastos y mejoras es, en rigor, un medio instrumental a la vez que una importante manifestación de la tutela que se dispensa, a través de cauces diversos, a la empresa agraria; tal es, pues, la *ratio* que la fundamenta y le da unidad y coherencia interna. Sobre esto, en relación con la Ley actual, D. LLOMBART, *La actividad empresarial del arrendatario de fincas rústicas*, Valencia, s. f., y J. L. DE LOS MOZOS, *La nueva Ley de arrendamientos rústicos. Comparación crítica con la legislación anterior*, en «RDP», 1982, pp. 99 y ss.

(12) En este sentido, A. LUNA SERRANO, *El Proyecto de Ley sobre arrendamientos rústicos*, Madrid, 1980, p. 63; sobre los ordenamientos aludidos, C. VATTIER FUENZALIDA, *Las mejoras en el arrendamiento rústico*, cit., pp. 111 y ss., 219 y ss. y 309 y ss.; en particular: E. MOLITOR, *Il diritto vigente nella Repubblica federale tedesca in materia di affitto di fondi rustici*, en «RDA», 1960, pp. 608 y ss.; E. BASSANELLI, *L'indennità per miglioramenti all'affittuario di fondi rustici*, en «RTDPC», 1957, pp. 1171 y ss., y A. MASSART, *Evolución le-*

conservar y reparar. Se trata de una prestación de sujeto indiferente que puede realizar lo mismo el arrendador o el arrendatario, en determinados casos, y que puede ser una prestación accesoria —que es el supuesto normal— o una prestación principal, lo que ocurre, concretamente, tanto en el caso del arrendamiento *ad meliorandum* a que se refiere el artículo 2.º, circunstancia 3.ª y el 63 de la Ley como en el arrendamiento de larga duración que contempla el artículo 28.2; su fuente puede ser, también, legal o convencional, según se trate de mejoras impuestas o acordadas por las partes, mientras que una posición intermedia corresponde a las mejoras fomentadas o promovidas por la Administración *ex* artículo 66. Con todo, el cumplimiento de esta prestación es siempre un acto unilateral de la parte que la ejecuta y da lugar a un derecho de crédito en contra de la otra, que es preciso extinguir al menos, al terminar el contrato. Por eso, la disciplina de esta relación jurídica atiende tanto al momento inicial cuanto al momento final de la misma; mientras el primero se desdobra en el régimen del deber y de la facultad de mejorar, el último comprende, en cambio, la serie de derechos que acompañan a las mejoras y que tienden a extinguir el crédito de la parte que las ha realizado, así como las garantías que aseguran la efectividad del mismo. Sin embargo, no todas las mejoras tienen el mismo régimen jurídico por lo que debemos examinar, ante todo, la clasificación que nos ofrece la Ley.

2. TIPOLOGIA LEGAL DE LOS GASTOS Y MEJORAS

Desde un punto de vista puramente objetivo, la Ley distingue los gastos necesarios y las mejoras, las que divide en útiles, sociales y suntuarias, pero unos y otras presentan, además, modalidades especiales; así, al lado de las reparaciones normales existen aquéllas cuya cuantía supera una anualidad de renta y las reparaciones urgentes, mientras que las mejoras, señaladamente las útiles, admiten una doble clasificación, a saber: según el contenido pueden ser normales, consistir en la modificación física de la finca o ser de cuantía superior a nueve anualidades de renta; según el objeto, en cambio, pueden recaer sobre la finca o sobre la explotación o la empresa. La importancia de esta tipología radica en que cada una de estas categorías tiene un régimen jurídico propio y relativamente diferenciado que se proyecta sobre el aspecto subjetivo de los gastos y mejoras, sobre el deber y la facultad de realizarlo, lo mismo que sobre las consecuencias objetivas que se derivan de unos y otros.

gislativa de la disciplina de las mejoras en el arrendamiento rústico, en el volumen «Jornadas Italo-Españolas de Derecho agrario», Valladolid, 1976, pp. 921 y ss.; R. SAVATIER, *Les baux ruraux*, París, 1973, pp. 199 y ss., y J.-P. MOREAU, *Les baux ruraux*, París, 1979, pp. 149 y ss. Para un esquema del régimen actual, J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, IV, 11.ª ed., por J. Ferrandis Vilella, Madrid, 1981, pp. 411-412; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-2, 2.ª ed., Barcelona, 1982, pp. 326 y ss.; ampliamente, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *Comentarios prácticos a la Ley de arrendamientos rústicos*, Madrid, 1981, pp. 145 y ss.

En cuanto a los gastos, la Ley los califica acertadamente de necesarios y el artículo 52 los define, en términos similares a los del artículo 1.554.2 del Código civil, como «las obras y reparaciones necesarias con el fin de conservar la finca en estado de servir para el aprovechamiento o explotación a que fue destinada al concertarse el contrato»; al lado de estas reparaciones normales, existen las de un coste superior a una anualidad de renta, las que deben provenir, según lo que determina el artículo 53, de causa de fuerza mayor y de daños no indemnizados. Por fuerza mayor hay que entender, conforme al artículo 1.105 del Código civil, cualquier hecho que provoque daños en la finca, sobrevenido después de la celebración del contrato, imprevisto por las partes o, en su caso, inevitable, ajeno a la actuación tanto del arrendador como del arrendatario; los daños no deben ser indemnizados, *in concreto*, aun cuando fueren, según los usos del tráfico, indemnizables, de modo que, si existe alguna indemnización tendente a la reparación del daño, no se produce el supuesto. En fin, están las reparaciones urgentes que son las mismas que define el artículo 52, sólo que concurre en ellas una nota de apremio temporal en términos tales que, según el artículo 55, «no pudiera sin daño inminente o grave incomodidad esperarse al resultado del requerimiento», que previene el artículo anterior. Se trata de una norma paralela al artículo 1.558 del Código civil, respecto del cual se ha hecho notar que «la urgencia debe ser apreciada en función de un daño que pueda razonablemente sobrevenir, si se demora la reparación tanto en la finca como en las personas, o en función del cumplimiento de normas administrativas de policía sanitaria o urbanística, que impongan sin demora su realización»; y se ha recordado la doctrina de la sentencia de 9 de febrero de 1948 según la cual son reparaciones urgentes las que no pueden diferirse hasta la conclusión del contrato, en particular, las obras de saneamiento (13). Todo lo cual cabe en los términos expresivos del mencionado artículo 55 de la Ley. Con todo, es de notar que los elementos objetivos que definen a cada uno de estos supuestos de gastos necesarios son bastante relativos y han de ser apreciados, caso por caso, por el juez, especialmente, en lo que concierne a la necesidad, a la fuerza mayor y a la urgencia.

Por lo que se refiere a las mejoras, la Ley habla, en primer lugar, de mejoras útiles, con una terminología imperfecta aunque expresiva, y el artículo 57.1 las define como «las obras incorporadas a la finca arrendada que aumenten, de un modo duradero, su producción, rentabilidad o valor agrario»; se trata, pues, de un concepto legal restrictivo desde puntos de vista diversos. Observemos, ante todo, que al aludir a obras incorporadas a la finca parece referirse exclusivamente a las mejoras materiales, de una parte, y extrínsecas, de otra; lo que quiere decir que las mejoras útiles, en el sentido legal, no pueden consistir en las mejoras inmateriales o puramente jurídicas, como, por ejemplo, la extinción de una servidumbre, dado que éstas no pueden

(13) En este sentido, F. LUCAS FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 382-383, literalmente.

incorporarse a la finca en sentido técnico, exclusión que se explica, a nuestro juicio, porque tales mejoras inmateriales repercuten sólo muy indirectamente en la producción, rentabilidad o valor agrario, que no económico, de la finca. Y quiere decir, también, que el concepto legal excluye las llamadas mejoras intrínsecas, las que se confunden con el objeto en que se realizan; por el contrario, han de ser extrínsecas y conservar su individualidad. Recuerda esta distinción, aunque no coincide exactamente, a la de las partes integrantes y pertenencias que está en la base del artículo 334 del Código civil, en el sentido de que las mejoras intrínsecas se aproximan a las primeras y las extrínsecas a las últimas; pero, son mejoras extrínsecas, y están comprendidas, por tanto, en el concepto legal de mejoras útiles, las cosas que menciona el precepto citado con estas matizaciones: las del número 1, salvo las tierras; las de los números 2, 3, 5, 6 y 7, pero no las de los números 8 a 10; y las del número 4, sólo en cuanto se refieran al uso, no al ornato, de la finca (14). En suma, mejora útil es, de acuerdo con la norma que examinamos, una obra que provoca en la finca un resultado material, identificable e incorporado a la misma; pero no se trata sólo de mejoras fundiarias añadidas al inmueble sino que comprende, además, obras que mejoran la explotación y la empresa, como bien lo da a entender el artículo 49 de la Ley (15).

Por otra parte, la obra ha de permanecer en el tiempo con un carácter duradero, como dice el artículo 57.1 con acierto; su resultado debe ser perdurable y proyectarse de forma estable sobre la finca, de modo que el concepto legal excluye las obras que desencadenen resultados efímeros, ocasionales o transitorios, pero no se exige que sean perpetuos. Se trata de una nota de temporalidad que ha de verificarse en cada caso concreto y cuyo momento final viene determinado por la Ley ya que la mejora útil ha de subsistir al terminar el contrato,

(14) Para esto, A. BALLARÍN MARCIAL, *Partes, pertenencias y accesorios*, en «Temis», núm. 2, 1957, p. 149 y ss.; H. CLAVERÍA GONSÁLBZ, *Las pertenencias en el Derecho privado español*, en «ADC», 1976, pp. 34 y ss.; L. DÍEZ-PICAZO, *Los bienes inmuebles en el Código civil español*, en «RCDI», 1977, pp. 937 y ss., especialmente, 940 y ss., y *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1978, pp. 121 y ss. Lo importante es que, en la medida que pertenencias y partes integrantes entren en el concepto de mejora útil, el poder de destinación de las mismas no es exclusivo, desde el punto de vista subjetivo, del propietario del inmueble; puede ejercitarlo también el arrendatario sobre la finca arrendada puesto que la Ley le reconoce, en los términos que veremos, la facultad de mejorar. Para esto, en general, A. CARROZZA, *Sul procedimento di destinazione pertinenziale*, en «RDA», 1967, pp. 767 y ss.

(15) Así lo intuyó, en efecto, la doctrina a base de la legislación anterior; por ejemplo, F. CASAS MERCADÉ, *Arrendamientos sobre fincas rústicas*, Barcelona, 1965, pp. 194 y 195, a propósito de las máquinas y de los animales destinados a la explotación; también, B. M. REIMUNDO YANES, *La finca como objeto del arrendamiento*, en «RDA», 1975, pp. 973 y ss. Que la explotación y la empresa pueden ser objeto de mejora lo muestra, además, el artículo 2.º-2.ª de la Ley al determinar que el arrendamiento puede incluir, aparte de la finca, edificaciones e instrumentos destinados a la explotación de la índole que sea; sin embargo, una maquinaria desmontable y trasladable no constituye una mejora útil, tal como advierte con razón J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 158.

pues, de no ser así, no tiene lugar la opción que el artículo 62 confiere al arrendatario.

En fin, discutible es, en cambio, el criterio que adopta el artículo 57.1 para determinar la utilidad de la mejora, el que es a la vez correcto e incorrecto. Es incorrecto por cuanto sabemos que la mejora útil no se define por incidir sobre la producción o sobre los rendimientos de la finca, sino por incrementar la productividad de la misma, la que es la causa que los provoca; cabe incluso la posibilidad de que la mejora útil aumente la productividad y que reduzca, en ciertos casos, la producción o los rendimientos. Es incorrecto, también, cuando alude al aumento de la rentabilidad puesto que sabemos, asimismo, que la mayor rentabilidad de la finca es una consecuencia secundaria de la mejora, pero no es de la esencia de la misma, la que se agota, como dijimos, en el aumento de la productividad. Correcto es, en cambio, el precepto cuando hace referencia al valor agrario pues éste no se identifica con el valor económico de la finca y es una manifestación cuantitativa del hecho cualitativo de la productividad aumentada por la mejora útil, aun cuando no sea la terminología legal la más apropiada o explícita. Por supuesto que la norma no exige que la mejora repercuta sobre estos tres conceptos cumulativamente sino que es bastante, a nuestro juicio, que incremente la productividad expresada en el mayor valor agrario de la finca; con razón se ha señalado que «con la triple referencia a la producción, a la rentabilidad y al valor agrario se han querido cubrir todas las posibilidades de aumentos de la utilidad» (16). Aumentos que, por otra parte, pueden ser de cualquier magnitud o entidad ya que no se establece ningún mínimo al respecto; por consiguiente, todo aumento de la productividad actual, comparada con la inicial, constituye una mejora útil, si reúne los demás presupuestos señalados.

Dos son las principales modalidades especiales de las mejoras útiles en atención a su contenido. En efecto, al lado del tipo normal descrito, pueden existir mejoras que consistan en actos de disposición material realizados en la finca o que sean de una cuantía importante. A las primeras se refiere el artículo 50 según el cual se trata de «hacer desaparecer las paredes, vallados, setos vivos o muertos, zanjas u otras formas de cerramientos o cercado del predio arrendado si separan dos o más fincas integradas en una misma unidad de explotación»; la norma exige que tales actos sean reversibles de modo que permitan «la reposición del cercado o cerramiento y queden mojones o hitos que hagan indiscutibles los linderos». Inspiradas estas mejoras útiles, probablemente, en el Derecho francés (17), constituyen una manifestación concreta del principio general que consagra el artículo 10.1 el que, si bien permite al arrendatario determinar el tipo de cultivo, le

(16) Asimismo, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *loc. cit.*

(17) Cfr. el artículo 836, *Code rural*, que declara indemnizables las obras similares a éstas que prolonguen su utilidad más allá de la duración del contrato; se trata de las llamadas mejoras territoriales o fundiarias. *Vid.* R. SAVATIER, *op. cit.*, p. 202, y J.-P. MOREAUS, *op. cit.*, p. 156.

obliga a restituir la finca en el estado en que la recibió; por eso, esta clase de mejoras útiles, que consiste, en definitiva, en actos de dominio, exige que tales actos puedan deshacerse y que no afecten a los límites externos de la finca objeto del arrendamiento. Por supuesto que la enumeración del artículo 50 es puramente enunciativa y puede extenderse por analogía.

Manifestación de este mismo derecho del arrendatario es, por otra parte, la modalidad de mejora útil que contempla el artículo 61.1, según el cual se trata de las que «supongan una transformación de la finca por variar su destino productivo, como la puesta en regadío, roturación u otras semejantes que lleven consigo una inversión superior a nueve anualidades de renta». Tampoco aquí la enumeración es taxativa, si bien estas mejoras útiles requieren la concurrencia de dos presupuestos, uno cualitativo y otro cuantitativo; cualitativo es, en efecto, el cambio de destino productivo, mientras que cuantitativa es, en cambio, la cuantía mínima de nueve anualidades de renta, de manera que si la obra es de un importe inferior, aunque suponga una transformación de la finca por cambio de cultivo, queda fuera del supuesto y no se rige por la disciplina especial que la norma establece.

En relación con el objeto de la mejora útil, en fin, los artículos 48 y 49 aluden a las que «hayan de realizarse precisamente sobre la finca arrendada» y a las «demás inversiones o mejoras impuestas al empresario agrícola», con lo cual se consagra en el plano legislativo la distinción de las mejoras infraestructurales, que son las mejoras fundiarias que deben realizarse sobre la finca, y las mejoras estructurales y supraestructurales, que son las que atienden a la explotación o a la organización empresarial montada sobre la misma; semejantes a estas mejoras son, desde el punto de vista objetivo, las promovidas o fomentadas por la Administración *ex* artículo 66 de la Ley.

Categoría importante es, por otra parte, la de las llamadas mejoras sociales que el artículo 57.2 define en estos términos un tanto ambiguos: «Son mejoras de carácter social las que, quedando igualmente incorporadas a la finca, facilitan la prestación del trabajo en condiciones de mayor comodidad o dignidad o tengan por objeto la promoción de los trabajadores». Observemos, ante todo, que se trata de una novedad que la Ley introduce en el arrendamiento rústico y que acoge del campo de la legislación de fincas y comarcas mejorables (17 bis); es de advertir, por otra parte, que estas mejoras presentan, a pesar de su denominación, un evidente contenido económico, sobre todo las que se refieren a las condiciones en que se ha de prestar el trabajo, pues,

(17 bis) Cfr. especialmente el artículo 2.1.c de la Ley de reforma y desarrollo agrario de 1973; sobre el punto, L. MARTÍN BALLESTERO Y COSTEA, *La obligación de hacer en las fincas rústicas*, en «RDA», 1972, pp. 541 y ss., y A. BALLARÍN MARCIAL, *El deber de cultivar y mejorar*, en «Estudios De Castro», I, Madrid, 1976, pp. 79 y ss., aparte de los trabajos de I. SERRANO SERRANO, M. GITRAMA GONZÁLEZ, J. M. LEÓN GONZÁLEZ y S. VELASCO FERNÁNDEZ, en el vol. *Jornadas*, cit., pp. 21 y ss., 111 y ss., 173 y ss. y 295 y ss.

aunque los beneficiados directos de las mismas sean los trabajadores, lo cierto es que favorecen indirectamente al empresario agrícola puesto que incrementan la productividad. De aquí que se trate de verdaderas mejoras en sentido técnico y que nos parezca acertada la equiparación de las mismas a las mejoras útiles que establece, en cuanto al régimen jurídico, la parte final de la norma precitada; puesto que son, en rigor, unas mejoras útiles indirectas, que inciden, en lo fundamental, sobre la explotación o la empresa, es lógico, asimismo, que no las pueda llevar a cabo el arrendador, como se infiere del artículo 58.1 *a contrario* y por contraste con el artículo 60. En fin, notemos que el concepto legal es estrecho ya las mejoras sociales, incluso cuando se refieran a la promoción de los trabajadores, deben quedar incorporadas a la finca y han de estar, por lo tanto, enclavadas en la misma. Obras de esta naturaleza son, por ejemplo, la construcción o embellecimiento de las instalaciones donde se lleva a cabo la producción o de las viviendas de los trabajadores proporcionadas por el empleador (18).

Por último, las mal llamadas mejoras suntuarias las define el artículo 69.1 como las «de mero lujo, adorno o recreo» que las partes contratantes quieran introducir, «siempre que no sufran detrimentos los intereses de la otra parte». Recordemos que no se trata de verdaderas mejoras por cuanto no aumentan, por hipótesis, la productividad, aunque eleven el valor de la finca; en tal caso, se trata del valor económico y no del valor agrario, el cual, si resulta aumentado por la supuesta mejora suntuaria, la transforma y la desplaza al campo de las mejoras útiles, rigiéndose por las reglas propias de estas últimas. Nótese que el detrimento a que se refiere el precepto no es el de la finca sino de los intereses de la contraparte, lo que es más amplio y puede incidir sobre aspectos ajenos a la relación arrendaticia.

3. EL DEBER DE REPARAR Y MEJORAR

Es bien sabido que, a base de los antiguos artículos 20 y 21 de la Ley de 1935, recogidos luego por los del mismo número del Reglamento de 1959, se hablaba de la categoría genérica de las mejoras obligatorias, la que comprendía las obras impuestas por la ley o por resolución judicial o administrativa y cuyo régimen jurídico era tendencialmente el mismo que el de los gastos necesarios o reparaciones; asimismo, dadas las distintas modalidades de actuación de estas obras *ex lege*, se ha distinguido con razón, dentro de tal categoría, las mejoras obligatorias en sentido estricto, las mejoras favorecidas, las mejoras impedidas y las mejoras prohibidas, las que contrastaban con las llamadas mejoras voluntarias, tal como hacía, por lo demás, el viejo artículo 21 que hemos recordado (19). Ahora bien, es cierto que esta

(18) En tal sentido, A. LUNA SERRANO, *El Proyecto de Ley sobre arrendamientos rústicos*, cit., p. 57.

(19) Para esto, A. LUNA SERRANO, *Las mejoras fundiarias rústicas*, cit., pp. 82 y ss., por todos; mantiene el autor un criterio semejante en la *op. ante cit.*, pp. 56 y ss.

categoría es la que está en la base de los artículos 48, 49, 66 y 68 de la Ley actual, aparte de que late en la disciplina de los gastos necesarios prevista por los artículos 52 a 56; pero no se limita a estas disposiciones sino que se extiende aun a otras. En efecto, no es menos cierto que la *ratio* de preceptos tan importantes como los artículos 47, 51 y 63 no puede ser otra que la de una cierta obligatoriedad de llevar a cabo determinadas reparaciones y mejoras, e incluso de tolerar la realización de las mismas; una idea de esta importancia nos la da el último precepto citado que proyecta un cierto carácter de *ius cogens* a todas las normas que conciernen a las mejoras. Ello pone de relieve que estamos en presencia de algo más que de simples mejoras obligatorias, algo cuya sustantividad nos permite entender que existe en la Ley en vigor un auténtico deber jurídico de reparar y mejorar; se trata, según vimos, de una «expresión del contenido normal» del contrato en la que descansa, justamente, la «función social concreta y específica» del mismo (20), la que se manifiesta tanto en tema de reparaciones como de mejoras útiles y sociales impuestas mediante normas generales y particulares, lo mismo que, de forma atenuada, en materia de mejoras favorecidas por la Administración sin vincular a las partes.

La naturaleza de este deber no es puramente moral o programática, sino que es la de un deber jurídico que la Ley impone ante determinados supuestos de reparaciones y mejoras útiles y sociales, semejante a las obligaciones legales que previenen los artículos 1.554 y 1.555 del Código civil; hay aquí, pues, una obligación legal de reparar y mejorar que se rige por el texto expreso que la prevé y se suple, con arreglo al artículo 1.090, por las disposiciones del Libro IV del propio Código. El incumplimiento de esta obligación, en lo que se refiere a las reparaciones y a las mejoras no impuestas por ley o resolución firme, da lugar a la sanción que en cada caso la Ley establece y, en su defecto, a la resolución del contrato en los términos específicos del artículo 75, causa 5.^a o, dentro de estos límites, en los genéricos del artículo 1.556 del Código civil, el que es aplicable por analogía a la obligación que examinamos puesto que se refiere, precisamente, al incumplimiento de las obligaciones previstas por los dos preceptos que hemos recordado; cabe, pues, la opción de resolver el contrato e indemnización de los daños y perjuicios o sólo la indemnización dejándolo subsistente, lo que se distingue de la resolución *ex* artículo 1.124, como se ha puesto de relieve, en que tiene en cuenta el tracto sucesivo que es propio del arrendamiento (21), y debe aplicarse antes que este último ante la falta de realización de las reparaciones o la paralización indebida de las mejoras aludidas; las mejoras impuestas, en cambio, se rigen, en principio, por lo que determine la disposición concreta que las imponga. Es de notar, en fin, que esta obligación se integra en el contenido típico del contrato y forma parte de la causa del mismo; el contrato

(20) Así, como sabemos, J. L. DE LOS MOZOS, *Presupuestos*, cit., pp. 489 y 490.

(21) En este sentido, F. LUCAS FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 361 y ss. y J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, II-2, pp. 270-271.

es, pues, potencialmente, *ad meliorandum*, aunque las partes no realicen reparación o mejora alguna durante el mismo.

En cuanto a las reparaciones, en particular, el artículo 52 las impone al arrendador, «sin derecho a elevar por ello la renta», lo que se debe, según se ha escrito, a «la propia razón de ser de todo arrendamiento» (22). La norma obliga al arrendador a realizar todas las reparaciones para que la finca sirva al aprovechamiento o explotación a que está destinada; no se trata sólo de las precisas para llevar a cabo el destino acordado al concertarse el contrato, como se ha pensado dado el tenor literal del precepto (23), sino de las que sean necesarias pendiente la vigencia del mismo. Esto es así porque el cambio de destino y la determinación del tipo de cultivo son facultades que el artículo 10.1 confiere al arrendatario sin más limitaciones que la de ser reversibles. De aquí que el arrendador quede vinculado durante el contrato por las modificaciones introducidas por el arrendatario, y que el destino aludido por el artículo 52 sea el actual, y no el inicial; por eso, la necesidad de las reparaciones ha de fijarse en cada momento en relación al destino que la finca presente en dicho preciso momento.

Sólo cesa este deber del arrendador de reparar en los casos de los artículos 53 y 56, esto es, porque la reparación ha devenido necesaria debido a fuerza mayor o a un hecho imputable al arrendatario. En el primer caso, la norma exige la concurrencia de tres presupuestos, a saber: que exista fuerza mayor; que los daños no sean indemnizados, y que el coste de la reparación sea superior a una anualidad de renta. Cabe observar que, a pesar de tratarse de una norma excepcional, se puede asimilar el caso fortuito a la fuerza mayor dados los términos elásticos del artículo 1.105 del Código civil, que los equipara, al menos, en cuanto a las consecuencias jurídicas; asimismo, el daño sufrido no debe haber sido indemnizado al arrendador por cualquier motivo, sea por el tercero responsable del mismo o por el asegurador, de modo que, si tal indemnización existe, la excepción no se presenta; en fin, el coste de la reparación, no la cuantía del daño, es el que debe ser superior a una anualidad de la renta actual, no de la inicial, que corresponda al año en que debe hacerse. Se ha hecho notar hace tiempo que esta limitación cuantitativa representa un retroceso frente a la norma del artículo 1.554.2 del Código civil, que no establece límite alguno de forma que obliga al arrendador a llevar a cabo todas las reparaciones que la finca necesite (24). Si concurren estos presupuestos, determina el artículo 53 que el arrendador no está obligado a realizar la reparación, lo que da lugar a una opción a favor del arrendatario entre la rescisión del contrato o la continuación del mismo previa disminución proporcional de la renta. Señalemos que no se trata de una rescisión del arrendamiento en el sentido técnico de los artículos 1.290

(22) Así, J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, II-2, p. 327.

(23) Lo afirma así de forma expresa J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 152, e, implícitamente, J. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, IV, p. 411.

(24) Es la opinión acertada de F. CAMPUZANO Y HORMA, *La ley de arrendamientos*, cit., p. 206.

y siguientes del Código civil, sino de una resolución del contrato; por consiguiente, el plazo de la opción no puede ser el de los cuatro años que establece el artículo 1.299, sino el de los quince que marca el 1.964 para las acciones personales, tal como se ha entendido en materia de arrendamientos urbanos (25).

En relación con el segundo supuesto de excepción, dispone el artículo 56 que «las obras de reparación que tengan su origen en daño doloso o negligente producido por el arrendatario o persona que trabaje en la finca bajo su dependencia serán de su cargo, sin perjuicio de lo dispuesto en la causa quinta del apartado uno del artículo 75», el que habilita al arrendador para instar, en tal caso, la resolución del arrendamiento. La norma desarrolla la regla general del artículo 1.564 del Código civil, pero no guarda relación con la del 1.903-4, como se ha creído (26), por cuanto se trata de un supuesto de responsabilidad contractual, debido a dolo o culpa, que se rige por los artículos 1.101 y siguientes del mismo Código, y supone que esta responsabilidad no se contrae al hecho propio del arrendatario sino que se extiende, además, a los dependientes que trabajen en la finca, lo mismo de forma permanente que eventual, pero no abarca al cónyuge, parientes o pupilos del mismo porque son ajenos a la relación laboral que sirve de fundamento a esta extensión de la responsabilidad por el hecho ajeno (27). Sin embargo, el arrendatario responde también por el hecho de estos últimos, si habitan en la finca, por virtud de lo que dispone el citado artículo 1.564, pero esta responsabilidad no está sujeta al régimen del artículo 56. La consecuencia jurídica que este precepto impone consiste, en fin, en eximir al arrendador de la reparación y trasladar el deber de realizarla al arrendatario, sin perjuicio de que aquél pueda, si quiere, poner término al contrato.

Ante un daño de esta naturaleza debe el arrendatario requerir al arrendador a que lo repare, de acuerdo con lo que dispone el artículo 54; se ha hecho notar que este requerimiento consiste en una notificación que debe contener la solicitud de reparación, la que puede ser hecha en cualquier forma fehaciente, siendo conveniente que se expresen las reparaciones precisas y el plazo que se estime adecuado para realizarlas, las que son, por otra parte, exigibles «desde luego»,

(25) *Vid.*, entre otras, las sentencias de 22 de marzo de 1956 y 4 de diciembre de 1970; en contra, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 153. Sobre la rescisión concebida en el sentido estricto que mantenemos en el texto, *vid.* F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, en «Tratado práctico y crítico de Derecho civil», X, INEJ, Madrid, 1971, pp. 517 y ss.

(26) En el sentido criticado se orienta J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 157.

(27) Acierta el propio J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 157, al señalar que la relación laboral aludida puede ser lo mismo permanente que eventual; sobre esto, en general, *vid.* O. V. TORRALBA SORIANO, *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, en «ADC», 1971, pp. 1143 y ss.

conforme al artículo 1.113 del Código civil (28). Si el arrendador incumple la obligación de reparar, el artículo 54 citado ofrece al arrendatario una opción cuádruple, a saber: compelerle judicialmente a que realice la reparación; resolver el contrato; pedir una reducción de la renta proporcional a la pérdida de productividad de la finca dañada; o, en fin, «realizarlas (las reparaciones) por cuenta propia, pudiendo reintegrarse mediante compensación con las rentas pendientes a medida que vayan venciendo, siempre que en este último caso obtenga informe previo favorable del IRYDA sobre la necesidad e importe de las obras». Nótese que este informe se precisa sólo si el arrendatario opta por realizar las reparaciones por sí mismo y compensar su importe con las rentas pendientes, pero no si se inclina a favor de las otras opciones. Con todo, cualquiera que sea la posibilidad que el arrendatario elija, puede reclamar, además, indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del arrendador, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 54.2. En particular, si se trata de reparaciones urgentes, una solución parecida consagra el artículo 55 al disponer que «podrá el arrendatario realizarlas inmediatamente con derecho de reintegro y sin perjuicio del que le asiste para compensar su importe con las rentas que vayan venciendo, siempre que obtenga en este último caso la aprobación del IRYDA en cuanto a la necesidad e importe de las obras realizadas». Puede el arrendatario, en esta hipótesis, sustituir al arrendador y llevar a cabo las reparaciones; si lo hace, la norma le reconoce una opción, esta vez, entre exigir el reembolso íntegro y al contado al arrendador o compensarlo con las rentas futuras, caso en el que es preceptiva la aprobación administrativa. Es de advertir que tal aprobación sólo se requiere «en este último caso», lo que choca con el informe que previene el artículo 54.1, pues, dado que se trata en los dos casos del mismo derecho u opción, éste es *a priori* mientras que aquélla, *a posteriori*, como se ha puesto de relieve oportunamente (29); contradicción aparente que se puede resolver si pensamos que la norma del artículo 54 es de rango general por estar referida a toda clase de reparaciones, a diferencia de la del artículo 55 que contempla el caso específico de las reparaciones urgentes, de modo que se trata de una regla especial que debe aplicarse con preferencia. Con todo, cabe apuntar que la aprobación administrativa se limita a la necesidad y al importe de las reparaciones, pero no comprende la urgencia de las mismas.

Por lo que se refiere a las mejoras, lo mismo que a las reparaciones, la obligación legal que nos ocupa se manifiesta, ante todo, en el deber de permitir la realización de unas y otras que el artículo 47.1 impone por igual tanto al arrendador como al arrendatario, bien se trate de obras impuestas a cualquiera de las partes o bien de obras debidas a la iniciativa de cada una de ellas. Con todo, la propia norma fija los límites de este deber de tolerancia, pues, según el párrafo 2.º,

(28) En el sentido expresado, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, pp. 154 y 155.

(29) Así, el propio J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 156.

«tales reparaciones y mejoras se realizarán en la época del año y circunstancias que menos perturben, salvo las que no puedan diferirse». Es de notar que este mismo deber de comportamiento *civiliter* se extiende, como se entendió bajo la legislación anterior, al caso de que la realización de las obras se prolongue indebidamente por la parte que las lleva a cabo, caso en el que la otra puede pedir al juez que fije un plazo prudencial para terminarlas, por aplicación del artículo 1.128 del Código civil, y una reducción proporcional de la renta, si cabe, por analogía con lo que previene el artículo 46 de la Ley (30).

Por otra parte, tanto el arrendador como el arrendatario están obligados a realizar las mejoras impuestas por ley o por una resolución judicial o administrativa firme, de conformidad con el reparto que establecen los artículos 48 y 49, el cual atiende, como sabemos, al objeto sobre el que ha de recaer la obra; según el primero, las mejoras fundiarias o de infraestructura incumben al arrendador, mientras que las demás mejoras corresponden, de acuerdo con el otro precepto recordado, al arrendatario. Al lado de estas mejoras impuestas, existen las mejoras favorecidas por el poder público, las que se rigen por el artículo 66, a cuyo tenor: «Tanto el propietario como el arrendatario pueden participar en las mejoras promovidas o fomentadas por la Administración, aplicándose a las relaciones entre aquéllos lo establecido en los artículos anteriores», los que regulan la facultad de mejorar y los derechos cuyo ejercicio genera.

Así, pues, mientras en tema de mejoras impuestas tenemos un reparto rígido que determina la parte obligada a realizarlas, en materia de mejoras favorecidas, en cambio, la Ley reconoce a cada parte el derecho a intervenir voluntariamente en ellas, de modo que tanto el arrendador como el arrendatario pueden realizarlas aunque vinculen, de conformidad con los artículos 48 y 49, a la otra parte como si se tratase de mejoras impuestas. Tal participación ha de ser la concordada entre los contratantes, pero la falta de acuerdo no puede resolverse por la Administración ni debe admitirse, en principio, la participación por la mitad (31); por el contrario, se trata de un conflicto de intereses que han de resolver los tribunales ordinarios y la participación será proporcional, en cada caso, a la contribución que cada parte haya efectivamente aportado. Tanto las mejoras impuestas como las favorecidas pueden ser mejoras útiles y sociales, tal como las define el artículo 57 que hemos examinado: por eso, la norma del artículo 68 es un tanto inútil ya que repite lo que establecen las reglas generales sobre gastos y mejoras. Se ha escrito con razón, que «lo único que viene a decir es que las mejoras útiles y sociales que vengan impuestas se regirán por lo dispuesto en esta Ley, es decir,

(30) *Vid.*, para el primer aspecto, G. GAMBÓN ALIX y J. MARTÍNEZ VALENCIA, *Arrendamientos rústicos. Comentarios a su Reglamento*, Barcelona, 1963, p. 136, aunque lo justifican equivocadamente en el principio de buena fe y de interdicción del abuso del derecho, olvidando el carácter general de la norma recordada; para el segundo, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 146.

(31) Como entiende, en cambio, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 178.

por los artículos 58 y 49» (32); con todo, sirve para poner de relieve que las mejoras impuestas pueden ser de cualquiera de las dos clases aludidas, en el sentido legal de las mismas.

En fin, regla común a las mejoras impuestas y a las favorecidas es la que consagra el artículo 67 según la cual «la parte que perciba subvenciones oficiales no podrá incluirlas en la cuenta de mejoras». Advirtamos que, de una parte, las subvenciones mencionadas deben entenderse en un sentido amplio, comprensivo de cualquier auxilio económico e incluso técnico, debidamente valorado, de índole pública, señaladamente, el crédito oficial tanto el directo como el canalizado a través de entidades privadas; de otra parte, cabe señalar que en nuestro Derecho no se contempla la llamada cuenta de mejoras, que ha permanecido inaplicada allí donde existe (33), de modo que la aludida en el texto legal hay que entenderla en un sentido vulgar; por último, se ha puesto de relieve con razón que el precepto, interpretado en este sentido, ordena que, «en resumen, la cantidad recibida como subvención oficial no podrá ser considerada como invertida en mejoras a efectos de la posterior compensación de éstas» (34).

En lo que concierne a las mejoras impuestas, en particular, hay que tener en cuenta que, si incumben al arrendador, se trata de las previstas en la ley o en resoluciones judiciales o administrativas firmes, de acuerdo con lo que determina el artículo 48, y lo mismo hay que entender si corresponden al arrendatario, por analogía, aunque el artículo 49 no lo diga expresamente. En cuanto a la ley, se ha hecho notar acertadamente que engloba toda norma general, de cualquier rango, emanada lo mismo del Estado que de las Comunidades Autónomas, dentro de su respectiva competencia funcional y territorial; asimismo, en lo referente a las resoluciones, las que impongan mejoras han de ser distintas de las actuaciones de los Tribunales y de Administración que contempla el Capítulo VI de la Ley, pues éstas tienen el régimen especial que, en cada caso, la propia Ley establece (35), y responden al juego de los intereses de las partes dentro de la relación contractual que las une. Se trata aquí de mejoras que se imponen por una disposición concreta, en lo fundamental, para satisfacer un interés general, al que no son ajenas, en principio, las partes contratantes; por eso, se advierte en la Ley un importante vacío al no regular de forma expresa las consecuencias que se derivan del cumplimiento o del incumplimiento de la obligación de realizarlas. Si las lleva a cabo el arrendador, se ha entendido que puede repercutir su importe sobre

(32) Así, el propio J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 180.

(33) Nos referimos a la que regulan los artículos 802 a 806, *Code rural*, los que obligan al arrendador a ingresar hasta un cuarto de la renta, cada año, en la Caja Regional de Crédito Agrícola al objeto de crear un fondo destinado a la mejora de la vivienda rural, la que no ha llegado a ponerse en práctica; así, R. SAVATIER, *op. cit.*, pp. 70-71, y J.-P. MOREAU, *op. cit.*, p. 49.

(34) En este sentido, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 179, literalmente.

(35) Cfr., para el primer aspecto, la Disposición adicional 1.ª, a y b; para el segundo, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 147.

la renta tanto por aplicación de los artículos 40 y 43, sobre revisión de la misma, cuanto por analogía con lo que dispone el artículo 58.2, en materia de mejoras de iniciativa del arrendador, a salvo lo que disponga, como dice el propio artículo 48, la ley o la resolución que ordene la mejora (36); es de advertir, sin embargo, que el régimen de la elevación de la renta no es, en uno o en otro caso, exactamente el mismo, pues, mientras en el primero está sometido a un control judicial, en el último, en cambio, está sujeto a una autorización administrativa. Dado que se trata, en buenas cuentas, de la realización de mejoras, creemos que debe ser preferido este último, esto es, el régimen de elevación de la renta que fija el artículo 58.2. Asimismo, semejante debe ser el criterio si las mejoras impuestas las realiza el arrendatario, esto es, la aplicación analógica del artículo 62.1, con las debidas matizaciones; de las tres opciones que contempla este precepto parece inaplicable, en efecto, la posibilidad de retirar las mejoras, mientras que son perfectamente razonables las otras dos, de modo que el arrendatario que realiza mejoras impuestas puede optar, al término del contrato, por exigir al arrendador que le abone la plusvalía alcanzada por la finca con la mejora o el coste de reposición de la misma (37). Si esto es así, quiere decir que las mejoras impuestas, realizadas de forma voluntaria por las partes, tienen, en el fondo, el mismo régimen jurídico que las que lleven a cabo de su propia iniciativa, con independencia de que se trate, en este caso, de mejoras impuestas; lo que es lógico, dado que el fundamento de evitar el enriquecimiento indebido de la parte que no realiza la mejora, es siempre el mismo.

En fin, ante incumplimiento de la obligación de mejorar, tampoco hay en la Ley una solución expresa. Habrá que estar, ante todo, a lo que determine la norma o la resolución que imponga la mejora a las que se remiten, por lo demás, tanto el artículo 48 como el 76, causa 4.ª, el que permite al arrendador instar la resolución del contrato si la disposición concreta impone esta sanción al arrendatario que no cumple la obligación de mejorar. Lo que pone de relieve que la realización de las mejoras impuestas no es ajena al interés de las partes, por lo que se debe entender que están legitimadas para compelerse por la vía judicial para llevarlas a cabo de conformidad con las reglas generales: pero no pueden, a falta de texto expreso, sustituirse recíprocamente para realizar esta clase de mejoras (38), atendido lo que disponen los

(36) Asimismo, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, pp. 148 y 179.

(37) En un sentido parecido, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 179, en relación a las mejoras subvencionadas.

(38) Cree lo contrario, en cambio, el mismo J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 148, en lo que respecta a la legitimación procesal de las partes contratantes. Hay que tener en cuenta, además, que la línea que separa la necesidad y la utilidad es sumamente relativa como lo ha puesto de relieve J. W. HEDEMANN, *Tratado de Derecho civil*, III, trad. esp. por J. Santos Briz, Madrid, 1958, p. 250, por lo que una mejora impuesta puede llegar a subsumirse perfectamente en el artículo 52 de la Ley, dados los términos elásticos del mismo, según la eficacia vinculante de la disposición concreta que la imponga, caso en el que sería de aplicar el régimen de los gastos necesarios.

artículos 48 y 49. Así como la Ley supone que el arrendador está interesado en que el arrendatario realice las mejoras que se le imponen, así también hay que suponer que el arrendatario no es indiferente a las impuestas al arrendador, y su interés es todavía mayor, si cabe, ya que se beneficiará directa e inmediatamente de la mayor productividad que ellas deben, por definición, traer consigo; por eso, las partes pueden acudir al juez para exigir el cumplimiento de la obligación de mejorar y el apremio al deudor a que realice la mejora impuesta. Por aplicación del artículo 76.4.^o puede el arrendador pedir la resolución del contrato, si tal sanción se ha previsto, lo mismo que podría hacer el arrendatario por analogía con el artículo 1.556 del Código civil, como si se tratase de reparaciones o de mejoras no impuestas que carecen de una sanción especial; con todo, no hay que olvidar que la resolución del contrato no favorece a la parte que quiere continuar en el arrendamiento, de modo que la indemnización de los daños y perjuicios puede ser, en tal caso, una solución adecuada.

Por último, completan la disciplina de la obligación de mejorar dos normas referidas a las mejoras del arrendatario, a saber: los antes mencionados artículos 63 y 51. Determina el primero que «las partes no podrán pactar en el contrato que el arrendador recupere la finca arrendada con sus mejoras sin indemnización ni, en general, modificar los derechos reconocidos al arrendatario en materia de mejoras, sin perjuicio de lo dispuesto sobre éstas en el artículo 2.^o, circunstancia tercera, de esta Ley». Se trata, en realidad, de una manifestación concreta de la regla general de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la Ley que consagra el artículo 11, cuya existencia pone de relieve que el destinatario de las normas sobre mejoras, lo mismo imperativas que facultativas, es, ante todo, el arrendatario; lo que corrobora el carácter potencialmente mejoraticio del contrato de arrendamiento rústico normal, el que se acentúa en el de larga duración y en aquél cuya renta consista, «en todo o en parte, en la mejora o transformación del fundo arrendado», de acuerdo con lo que disponen los artículos 28.2 y 3.^o.2.^o, respectivamente.

En el supuesto normal, la norma del artículo 63 prohíbe que se modifique por pacto el régimen jurídico de la facultad de mejorar que la Ley atribuye al cultivador y, concretamente, que se suprima su derecho a la correspondiente indemnización, la que no se contrae a las opciones previstas por el artículo 62 sino que comprende, dado que el texto no distingue, las demás facultades que de la realización de las mejoras se derivan. La sanción de un pacto en este sentido es la nulidad parcial del mismo, el cual se tiene por no puesto, atendido lo que dispone el artículo 9.^o.1, e idéntica sanción es la que previene el artículo 8.^o para los pactos que conduzcan de forma indirecta a un resultado práctico contrario a la prohibición. Nulidad parcial que no se extiende, pues, al resto del contrato ni obsta a que las mejoras se rijan, en este caso, por el régimen legal. Asimismo, hay que entender que esta prohibición se aplica por analogía al arrendamiento de larga duración de modo que la nulidad parcial se extiende al pacto que, directa o indirectamente, altere en

cualquier sentido la facultad del arrendatario, a tenor del artículo 28.2, «de hacer libremente mejoras útiles indemnizables al final del contrato». En fin, discutible es, en cambio, el supuesto contemplado por el artículo 2.º.3.º; se ha observado al respecto que «distinto será, sin embargo, el régimen de indemnización de mejoras, en el caso (previsto en el artículo 2.º, circunstancia 3.º) de que se haya convenido que la contraprestación del arrendatario consista en la mejora o transformación del fundo arrendado», y se ha entendido que existe, en este caso, una especie de compensación dado que «si la renta consiste en todo o en parte en la mejora de la finca, resulta que el arrendatario obtiene su indemnización pagando menos renta o no pagando ninguna» (39). Pero no se resuelve con esto el régimen aplicable a tales mejoras, y dejarlo a la autonomía privada choca con la prohibición del artículo 63; además, el expresado artículo 2.º nos viene a decir que el arrendamiento *ad meliorandum* es un arrendamiento típico que se rige, a diferencia de lo que se entendía bajo la legislación anterior (40), por la legislación especial dado que no es de naturaleza distinta que el contrato definido por el artículo 1.º por el solo hecho de que la renta consista en la mejora de la finca; en fin, no hay que olvidar que la remisión del artículo 63 es un tanto ambigua puesto que se refiere a lo dispuesto sobre las mejoras en el artículo 2.º.3.º, y éste nada dispone sobre ellas. Por todo lo cual creemos que la prohibición del artículo 63 es aplicable, también, al arrendamiento para mejorar cuya renta consista total o parcialmente en la transformación o en la mejora de la finca objeto del contrato.

Finalmente, y como corolario de lo anterior, determina el artículo 51 que «se presume que las mejoras hechas en la tierra han sido realizadas por el arrendatario, salvo prueba en contrario»; se trata, pues, de una presunción *iuris tantum* que supone una inversión radical de la presunción a favor del propietario que establece el artículo 359 del Código civil, quien debe probar ahora que las mejoras han sido hechas por él o por un tercero distinto del arrendatario. La norma establece una regla general, que no es más que una consecuencia de lo que previene el artículo 63; si las partes no pueden limitar por pacto la facultad del arrendatario de mejorar, y tales mejoras existen, resulta natural presumir que las ha hecho, consiguientemente, este último, a no ser que se demuestre lo contrario. No hay aquí una

(39) Así, respectivamente, J. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, IV, p. 412, y J. M. GIL ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 174.

(40) Así, entre otras, las sentencias de 21 de abril de 1951, 6 de abril de 1961 y 17 de diciembre de 1962, comentadas, respectivamente, por F. V. BONET BONET, y A. BALLARÍN MARCIAL, en «RDP», 1951, pp. 944 y ss., 1961, pp. 767 y ss., y 1964, pp. 151-152; *vid.*, además, A. DE FUENMAYOR CHAMPÍN, *La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de arrendamientos*, en «ADC», 1950, especialmente, pp. 1214-1215; J. M. DE PORCIOLES, *Arrendamientos complejos*, en «NEJ», II, Barcelona, 1951, pp. 924 y ss.; F. CERRILLO QUÍLEZ, *Arrendamientos complejos*, en «ADC», 1956, pp. 194 y ss.; A. LUNA SERRANO, *Las mejoras fundiarias rústicas*, cit., pp. 87-89; en contra, C. VATTIER FUENZALIDA, *Las mejoras en el arrendamiento rústico*, cit., pp. 385 y ss.

norma excepcional que deba ser objeto de una interpretación restrictiva, de modo que la expresión «tierra» no hay que entenderla sólo como sinónima de suelo (41) —que el legislador denomina, por lo demás, finca en el artículo 48— sino en un sentido amplio comprensivo de todo lo que pueda ser objeto de mejora, y especialmente de la explotación y de la empresa cuya mejora incumbe, según el artículo 49, al arrendatario. Todas las mejoras que existan en la finca, pues, se presumen hechas por el arrendatario, salvo la prueba en contra, aun cuando hayan sido realizadas sin conocimiento del arrendador o sin la intervención administrativa.

4. LA FACULTAD DE MEJORAR

Así como el deber de reparar y mejorar está repartido entre arrendador y arrendatario, así también la Ley distribuye el poder de realizar mejoras entre las dos partes contratantes; y de la misma manera que el deber de mejorar se dirige, ante todo, al arrendatario, mientras que su intervención en las reparaciones es sólo subsidiaria, él es, también, en principio, el que está facultado para introducir mejoras de su propia iniciativa en la finca arrendada, si bien en el sistema de la Ley esta facultad no excluye la del arrendador, e incluso éste tiene preferencia para realizarlas en ciertos casos, como en el del artículo 61.1. Con todo, una buena prueba de que el primer facultado por la Ley para mejorar es el arrendatario la constituye, *ictu oculi*, la mayor libertad que se le concede para realizarlas y la mayor atención que se pone en las garantías que aseguran la efectividad de su crédito, no sólo por contraste con la legislación anterior, sino con la disciplina de la facultad de mejorar del arrendador.

Por lo que respecta al arrendador, en efecto, determina el artículo 58.1 que «puede por sí solo realizar en la finca, previa autorización del IRYDA, oído el arrendatario, cualquier mejora de las determinadas en el apartado uno del artículo anterior (el 57, que define las mejoras útiles y sociales), siempre que no menoscabe por ello su rendimiento ni el uso agrícola a que ha sido destinada en el arrendamiento y sin perjuicio del derecho del arrendatario a la reducción de la renta, mientras duren las obras y a la indemnización de los demás daños y perjuicios que se le causen». Es fácil advertir aquí que, si bien el arrendador está autorizado por la Ley para mejorar, la facultad que se le reconoce está limitada tanto por la clase de mejoras que puede realizar como por los derechos del arrendatario; consecuencia de esto es que se trate de una facultad excepcional que debe ser interpretada restrictivamente. Así, el objeto de estas mejoras sólo puede serlo la finca,

(41) Así opina, por el contrario, J. M. GIL-ROBLES Y GI-DELGADO, *op. cit.*, p. 150.

no la explotación o la empresa, como resulta de poner en relación los artículos 58.1 y 48, de modo que las mejoras permitidas al arrendador son, por regla general, las mejoras fundiarias, las que inciden sobre la infraestructura de la explotación; por otra parte, estas mejoras sólo pueden ser útiles, en el sentido dado a éstas por el artículo 57.1, no mejoras sociales, como se deduce no sólo de la coordinación de los artículos 48 y 49, sino del contraste de los artículos 60 y 58.1 y de la remisión de este último precepto al 57.1, exclusivamente, sin que sea relevante en este aspecto, como se ha creído equivocadamente, la equiparación que establece el artículo 57.2 (42); en fin, las mejoras que realice el arrendador no deben menoscabar el rendimiento ni afectar al destino actual de la finca, aunque aumenten, en definitiva, la productividad de la misma, lo que excluye las mejoras de cuantía importante a que se refiere el artículo 61.

Asimismo, limita de hecho la facultad del arrendador de mejorar la expresa mención del derecho del arrendatario a la reducción de la renta, la que si bien es un tanto inútil, pues a igual solución se llegaría por la aplicación del artículo 46, sirve para resaltar que comprende, además, la indemnización de los daños y perjuicios causados por la realización de las mejoras; la reducción ha de ser proporcional a la disminución transitoria de la productividad por analogía con la norma indicada y por el tiempo que ella dure. Por último, el procedimiento que debe seguir el arrendador para mejorar es, también, limitativo, pues exige una autorización administrativa previa, la que sólo puede otorgarse una vez oído el arrendatario y supone que el IRYDA practique una calificación de las obras proyectadas así como de la utilidad y oportunidad de las mismas. Se ha criticado este sistema por consagrar una intervención administrativa excesiva y por discriminar en contra del arrendador dada la mayor libertad del arrendatario para mejorar *ex* artículo 60, lo que se ha pretendido salvar entendiendo que «este permiso no será necesario más que si el arrendador no ha conseguido ponerse de acuerdo con el arrendatario o no quiere intentarlo siquiera» (43); pero no hay que olvidar que esta intervención se justifica tanto por la función del arrendamiento en cuanto instrumento de reforma fundiaria como en la necesidad de asegurar, en sede técnica, la utilidad de las mejoras, cualquiera que sea la parte que las realice (44), aparte de que la categoría de las mejoras convencionales ha desaparecido de la Ley

(42) Tal es el criterio que mantiene J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 160; no distinguen una y otra clase de mejoras, J. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, IV, p. 412, y J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, II.2, p. 329. Dada la conexión estrecha que tienen las mejoras sociales con la empresa agraria, es lógico que no pueda realizarlas el arrendador, que es, en principio, ajeno a ella.

(43) *Vid.* para el primer aspecto, A. LUNA SERRANO, *El Proyecto de Ley sobre arrendamientos rústicos*, cit., p. 63-64; para el segundo, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 160, literalmente.

(44) Así, respectivamente, han subrayado estas exigencias J. L. DE LOS MOZOS, *La nueva Ley de arrendamientos rústicos*, cit., p. 108, y A. LUNA SERRANO, *El Proyecto de Ley sobre arrendamientos rústicos*, cit., p. 64.

la que, visto lo que previene el recordado artículo 60, parece no tener cabida en ella.

Con todo, el arrendador puede realizar las mejoras de cuantía superior a nueve anualidades de renta, con preferencia sobre el arrendatario, como luego veremos, y puede, además, llevar a cabo en la finca mejoras forestales y mejoras suntuarias. A las primeras se refiere de forma expresa el artículo 58.3, el cual se remite a lo preceptuado por el artículo 34 de la Ley de 4 de enero de 1977, sobre fomento de la producción forestal; tales mejoras han de consistir en plantaciones forestales o en reforestaciones encaminadas a un «aprovechamiento más intenso» del arbolado existente en la finca, de la que se ha cedido al arrendatario el disfrute de rozas, leñas bajas o pastos, las que puede realizar el arrendador si existe un «proyecto de plantación o explotación intensiva y de inversiones que justifique la necesidad de resolver aquel contrato» aprobado por el Ministerio de Agricultura, y paga al arrendatario, además, una indemnización de hasta seis veces la renta anual, bajo la sanción de que, caso de incumplimiento o de retardo, se reanude el contrato y se indemnicen los daños y perjuicios causados por la interrupción a este último. Aunque no difiere profundamente este régimen del previsto por el artículo 58 de la Ley por estar subordinadas estas mejoras, asimismo, a un control administrativo, es cierto que la excepción choca, como se ha hecho notar, con el criterio general de equiparar el arrendamiento forestal al agrícola y al pecuario que late en el artículo 1.º entre otras disposiciones de la Ley (45). Las mejoras suntuarias, en cambio, el arrendador puede realizarlas libremente y a su costa, según el artículo 69.1, «siempre que no sufran detrimento los intereses de la otra parte»; hemos observado ya el carácter subjetivo y la gran amplitud de esta limitación, de la que se ha deducido que «si la parte cuyos intereses se perjudican no quiere hacer uso de sus acciones, será imposible obligarle a ello» (46), lo que es válido siempre que la inactividad del arrendatario no perjudique los intereses de sus acreedores, los cuales pueden subrogarle, de acuerdo con el artículo 1.111 del Código civil, si las mejoras suntuarias que intenta realizar el arrendador, aunque no disminuyan el precio de la finca, hacen más difícil la realización del valor del derecho del arrendatario, caso de ser esto necesario para el cobro de su respectivo crédito.

Una mayor amplitud presenta, en cambio, la facultad de mejorar del arrendatario, cuya regla general es la que establece el artículo 60, según la cual «podrá realizar las mejoras útiles y sociales a que se refiere el artículo 57, siempre que no menoscabe el valor de la finca. Para llevarlas a cabo el arrendatario comunicará por escrito previamente al arrendador el plan circunstanciado de las mejoras proyectadas, que se entenderán consentidas por el último si no da respuesta en el

(45) Lo recuerda oportunamente, en efecto, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO *op. cit.*, p. 162.

(46) En tal sentido, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 181, literalmente.

término de un mes. En caso de expresar oposición el arrendatario podrá emprender las obras con informe favorable del IRYDA, oído el arrendador». La mayor amplitud se aprecia, como puede verse, tanto en el tipo de mejoras que puede realizar el arrendatario cuanto en la relativa autonomía con que puede llevarlas a cabo.

En efecto, las mejoras que puede realizar el arrendatario son las útiles y sociales definidas por el artículo 57 a cuyos dos apartados se remite el 60, lo que no sólo se debe a una corrección de estilo, sino que contrasta con el artículo 58.1 y concuerda con el 48 y el 57.2; por eso, significa, en términos sustantivos, que el arrendatario puede llevar a cabo cualquier tipo de mejoras con la única limitación de no menoscabar el valor de la finca. Valor que debe ser el de mercado o precio de la finca, pues el valor agrario ha de ser aumentado, por definición, por la mejora, en cuanto expresión del incremento de la productividad que ella debe traer consigo; no caben mejoras, pues, que deprecien la finca arrendada, siquiera transitoriamente. En segundo término, hay que tener presente que, a pesar de que el texto parece dar a entender lo contrario, las mejoras no requieren ser consentidas por el arrendador, y menos concordadas con éste, ya que al arrendatario le basta con el mero conocimiento de las obras proyectadas; el consentimiento del arrendador es, pues, irrelevante y, en caso de oposición, se sustituye por el informe administrativo previo. De aquí que sea acertado afirmar que «el propietario no tiene derecho a ejecutar las mejoras proyectadas por el arrendatario» (47). El arrendatario debe poner en conocimiento del arrendador las mejoras, para lo que debe comunicarle las obras que ha proyectado, la utilidad de las mismas, el coste aproximado y el plazo de realización, a lo menos, comunicación que ha de constar por escrito y tener fecha cierta; puesto que se trata de un acto unilateral y recepticio, el plazo de treinta debe contarse desde la recepción del escrito por el arrendador. Nótese que este plazo de preaviso se impone al arrendatario y que es un término de caducidad; pendiente el mismo, no puede aquél iniciar las obras, pero la oposición extemporánea del arrendador no paraliza las ya comenzadas. La oposición del arrendador debe ser recibida oportunamente por el arrendatario, puede fundarse en cualquier causa y le impide realizar las obras, aunque ofrezca garantías bastantes, a no ser que obtenga el informe favorable del IRYDA; se ha observado, con razón, que la oposición a parte de las mejoras proyectadas significa aprobación tácita de las no objetadas, y que la proposición de mejoras diferentes e incompatibles con las propuestas debe resolverla la Administración (48), pero, en este caso, al otorgar la autorización previa prevista por el artículo 58.1. En fin, es de destacar que esta intervención administrativa es, por contrato con la que hemos estudiando antes, algo más atenuada pues existe sólo en la hipótesis de la oposición oportuna del arrendador y consiste, en

(47) Asimismo, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, pp. 165-166.

(48) Aspectos que ha puesto de relieve J. M. GIL-ROBLES Y GIL DELGADO, *op. cit.*, pp. 165 y 166.

lugar de la autorización expresada, en un simple informe favorable del IRYDA, el cual debe versar, oído el arrendador, sobre el plan circunstanciado de mejoras propuesto; se trata de un mero informe técnico y de carácter previo, que debe emitirse en un plazo breve por cuanto las mejoras no pueden emprenderse mientras se halle pendiente. En todo caso, hay que entender que se trata de un acto administrativo recurrible de conformidad con las reglas generales (49) y que vincula a las partes; obliga al arrendador a reembolsar el valor de las mejoras, a pesar de su oposición o de su silencio, y a él debe ajustarse el arrendatario en la realización de las mismas, aun cuando el cumplimiento irregular del plan de mejora no parece excluir las opciones del artículo 62, dado lo que disponen los artículos 63 y 51.

Frente a este régimen normal de la facultad de mejorar del arrendatario, existen dos regímenes especiales, uno que aumenta y otro que disminuye su autonomía en orden a realizarlas. En cuanto al primero, el artículo 50 le autoriza para llevar a cabo actos de disposición material al objeto de agrupar parcelas y de modificar las divisiones interiores de la finca arrendada, los que deben ser consentidos por el arrendador; sin embargo, la falta de tal consentimiento no le impide realizarlos libremente, siempre que se «garanticen suficientemente, a juicio del IRYDA, la reposición del cercado o cerramiento y queden mojones o hitos que haga indiscutibles los linderos». Nótese que se trata aquí de un verdadero consentimiento puesto que tales actos afectan la configuración física de la finca, el que es prescindible y sustituible por garantías bastantes de reposición y de respeto de las señales que marcan las lindes externas de la explotación; asimismo, las garantías son calificadas por el organismo administrativo, el que no es competente, en principio, para entrar a conocer de la utilidad de los actos que se propone realizar el arrendatario, ni de la oportunidad de llevarlos a cabo, sino que éste puede ejecutarlos sin más, si ofrece garantías reales o personales suficientes.

Por el contrario, el régimen de las mejoras de cuantía superior a nueve anualidades de renta que supongan, además, una transformación o modificación del destino productivo de la misma, restringe la facultad del arrendatario de realizarlas, a pesar del derecho que le reconoce el artículo 10.1, puesto que tales mejoras sólo puede introducirlas, según el 61.1, si «el arrendador no las realizare, previamente requerido por el arrendatario» y sólo entonces «podrá éste acometerlas por sí, previa autorización del IRYDA, con tal que a juicio de éste se garantice la terminación de las obras en el plazo previsto»; hay aquí, pues, un delicado equilibrio entre los intereses de las partes. La iniciativa de tales obras corresponde al arrendatario, únicamente, quien debe requerir al arrendador antes de comenzarlas; pero éste goza de una preferencia para realizarlas. Sólo si no las consiente o no las realiza el arrendador puede el arrendatario llevarlas a cabo de forma subsidiaria, previa la auto-

(49) Como lo ha sugerido A. LUNA SERRANO, *El Proyecto de ley sobre arrendamientos rústicos*, cit., p. 64.

rización administrativa y la prestación de garantías de que las obras las realizará dentro del plazo previsto; esta autorización administrativa sólo puede otorgarse, a su vez, de acuerdo con lo que determina el artículo 61.3, «si se aumenta al menos y como consecuencia de ellas en un cincuenta por ciento el valor agrario», «y cuando se inicien dentro del período contractual en los primeros doce años de prórrogas». Se ha puesto de relieve que, ante el silencio de la norma, cabe aplicar por analogía el artículo 60 en cuanto al contenido, plazo y fecha de la comunicación que el arrendatario debe, a lo menos, enviar al arrendador, pero su oposición no tiene aquí otro efecto que el de ser tenida en cuenta por el IRYDA al otorgar la autorización; asimismo, si el arrendador inicia las obras y luego las interrumpe, se ha pensado que podría el arrendatario continuarlas con dicha autorización (50), la que no sería precisa, en rigor, pues sólo se exige ante la falta de consentimiento del arrendador y éste, al comenzar las obras, las ha consentido tácitamente por su comportamiento concluyente. Por eso, si el arrendador consiente las obras y renuncia a su derecho de realizarlas con preferencia, hay que entender que el arrendatario puede llevarlas a cabo sin necesidad de la autorización, ni de otorgar las garantías. La apreciación y suficiencia de estas últimas corresponde, por analogía con el artículo 50, al organismo administrativo, y ellas se refieren sólo a que el plan de mejora se cumplirá oportunamente. En fin, la autorización administrativa, que suple el consentimiento del arrendador, tiene que ser motivada y debe basarse en la concurrencia de las dos condiciones que hemos transcrito; se trata de un *numerus clausus* que tiene por objeto asegurar la utilidad y la seriedad de la obra de transformación. La utilidad ha de ser tan significativa que la mejora debe aumentar la productividad al menos en la mitad, y la seriedad se aprecia según la fecha de la misma, la que, dados los derechos que el artículo 61.2 reconoce al arrendatario que la realiza, debe llevarse a cabo antes de los tres últimos años de la duración potencial del contrato. Hay que reconocer, pues, que todo esto restringe notablemente no sólo la facultad del arrendatario de introducir mejoras importantes en la finca sino su derecho a determinar y cambiar el tipo de cultivo.

Por último, recordemos que el arrendatario debe realizar las mejoras que se impongan al empresario agrícola y que puede participar, junto al arrendador, en la ejecución de las favorecidas por la Administración; asimismo, puede realizar las mejoras suntuarias, según el artículo 69.1, en los mismos términos y con las mismas limitaciones que este último; en fin, en los contratos de larga duración y en los que la renta consista total o parcialmente en mejorar, puede el arrendatario realizar libremente cualquier clase de mejoras, respectivamente, de conformidad con los artículos 28.2 y 63, en relación con el 2.º, circunstancia 3.ª, según la interpretación que hemos propuesto para estos dos últimos.

(50) · *Vid.*, en el sentido indicado, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, pp. 167 y 168.

5. LA EXTINCION DEL CREDITO DERIVADO DE LAS MEJORAS

Sabemos que la introducción de mejoras da lugar a un derecho de crédito a favor de quien la realiza, el que se integra en el cuadro de las relaciones típicas que se derivan del contrato; genera, además, una serie de derechos de naturaleza diversa cuya finalidad es la de garantizar la efectividad de dicho crédito, de los que nos ocupamos en el epígrafe siguiente. Tanto la técnica predisuelta en orden a la extinción del crédito derivado de las mejoras, cuanto los derechos enderezados a garantizarlo, responden, en el fondo, a una política de estímulo y de fomento de las mejoras, y la Ley les ha dado, por ello, un gran desarrollo y sustantividad. Por lo que se refiere a la técnica de extinción de este derecho de crédito, la Ley distingue según la parte contratante que ha realizado la mejora; en términos generales, si la ha llevado a cabo el arrendador, consiste en la compensación de su valor mediante la elevación de la renta, mientras que, si las realiza el arrendatario, se traduce en las opciones que le reconoce el artículo 62. Hay en los dos casos, pues, un auténtico cumplimiento; a pesar de la estructura diferente de estos derechos, lo cierto es que desempeñan una función extintiva del crédito adquirido por la parte que mejora, y lo mismo hay que decir del *ius tollendi* que, en determinados casos, la Ley establece. Se trata, según esto, de verdaderos subrogados del pago que actúan con efectos *ex nunc*, tanto de forma instantánea cuanto diferida a la terminación del contrato; y no deben ser confundidos con los otros derechos que acompañan a la realización de mejoras, cuya función es la de asegurar el cumplimiento oportuno del crédito, tales como los previstos a favor del arrendatario por los artículos 62.2, parte final, 61.2 y, por supuesto, 64.

Realizada una mejora útil por el arrendador, nos indica el artículo 58.2 que «tendrá derecho a elevar la renta en proporción a la mayor productividad o rentabilidad conseguida, según determinación del IRYDA». Notemos, ante todo, que la alusión a la rentabilidad no es aquí desacertada y que no se debe sólo a una razón de concordancia con el artículo 57.1 (51), sino que, como la norma está referida a la elevación de la renta, responde a la idea de que el aumento de la productividad se debe traducir, lógicamente, en una mayor rentabilidad de la finca objeto de la mejora. Esto quiere decir que toda esta mayor rentabilidad —que se corresponde con el valor íntegro de la mejora— debe serle reembolsada al arrendador de forma inmediata por el arrendatario, sólo que, en lugar de extinguirse el crédito de contado, se paga gradualmente por compensación con la renta aumentada; hay aquí, pues, un pago fraccionado, al que se le aplica el régimen del recibo previsto por el artículo 1.110 del Código civil (52),

(51) Sobre lo que ha llamado la atención, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 161.

(52) Para las consecuencias que se derivan de esto, *vid.* O. V. TORRALBA

cuyas cuotas deben abarcar todo el *plus redditus* alcanzado. Por eso, el IRYDA, al determinar la rentabilidad conseguida, debe tener en cuenta la duración potencial del contrato y pronunciarse sobre la nueva renta que corresponde al arrendamiento, lo que importa, sobre todo, a los efectos previstos por el artículo 59, aunque no lo disponga así el precepto que examinamos; de aquí, también, que sea aconsejable oír al arrendatario en este trámite (53). Con todo, la elevación proporcional de la renta es sólo una posibilidad que la Ley reconoce al arrendador, la que debe ser aceptada por el arrendatario de conformidad con lo que determina el citado artículo 59; caso de ser rechazada la propuesta del arrendador, se extingue el contrato, y éste puede obtener el reembolso de la mejora al incluir su importe en la renta del nuevo contrato que celebre, eventualmente, con un tercero, para lo que interesa, además, que la Administración se manifieste sobre la nueva renta que corresponde al contrato según la nueva productividad de la finca. De acuerdo con el precepto mencionado, el arrendador debe notificar la renta aumentada al arrendatario, quien puede elegir, dentro de los tres meses siguientes a la notificación, una de estas cuatro opciones, a saber: a) aceptar la nueva renta y continuar en el arrendamiento; b) resolver el contrato; c) novarlo, restringiendo la superficie arrendada en proporción a la renta vigente, o d) extinguirlo parcialmente en la parte afectada por la mejora; si opta por resolver el contrato en todo o en parte puede exigir, además, una indemnización equivalente a la medida marcada por el artículo 100, en tema de expropiación del arrendamiento. En fin, si no se pronuncia dentro del plazo indicado, se entiende, conforme al artículo 59.3, que ha elegido la opción *sub a*).

Observemos, brevemente, que la norma no fija un plazo al arrendador para practicar la notificación, la que debe hacerse después de realizada la mejora, pues sólo así puede comprobarse el aumento de la productividad, y antes del vencimiento de la renta en que ha de comenzar a regir el alza propuesta; asimismo, que tanto la notificación del arrendador cuanto la comunicación del arrendatario son actos unilaterales y recepticios, por lo que la fecha relevante, sobre todo para esta última, es la de la recepción por el destinatario; en fin, se ha puesto de relieve que ambos pueden «hacerse de cualquier modo que permita acreditar su fecha y contenido» (54). Es de advertir, por otra parte, que las opciones del arrendatario no son potestativas, por estar sujetas a requisitos sustanciales diversos, aunque configuran el futuro de la relación arrendaticia preexistente. Si el arrendatario opta por continuar en el arrendamiento, la aceptación de la renta nueva admite dos formas, expresa o tácita; la primera se presenta cuando comunica dentro del plazo su aceptación al arrendador, mientras que la última, cuando deja transcurrir el término de los tres meses sin expresar su

SORIANO, *Estudio crítico del artículo 1.110 del Código civil*, en «RCDI», 1966, pp. 1.509 y ss.

(53) Lo que apunta con razón J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *loc. cit.*

(54) Asimismo, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 164.

voluntad, hipótesis en la que se presume la aceptación salvo prueba en contrario. Si opta, por el contrario, por la resolución total del contrato, nos encontramos ante una verdadera facultad de denuncia por virtud de la cual puede el arrendatario poner término al contrato por su voluntad unilateral, la que constituye una aplicación concreta de la regla general que, en materia de revisión extraordinaria de la renta, establece el artículo 43.2, al margen de que el aumento propuesto por el arrendador represente o no una lesión superior al quince por ciento de la renta en vigor. A su vez, si opta el arrendatario por la novación, se produce un supuesto de novación modificativa que, aunque altera los elementos objetivos esenciales del contrato, no hace variar el régimen preexistente del mismo; *v. gr.*: la duración del arrendamiento. En esta hipótesis, se restringe o reduce la superficie arrendada, como dice el artículo 59.1.c, «a una parte de la finca que, teniendo en cuenta la nueva rentabilidad de la tierra, corresponda con la renta vigente antes de las obras, siempre que a juicio del IRYDA, la tierra restante pueda ser objeto con independencia de una explotación viable»; si lo último no es posible, hay que entender que se elimina esta opción del arrendatario. Asimismo, si opta por la resolución parcial del contrato, determina el párrafo siguiente del precepto que estudiamos, que, previa reducción de la renta, cesa «la relación arrendaticia respecto de las fincas o parte de las fincas afectadas por la transformación de cultivos», siempre que se dé el mismo requisito de viabilidad. En este caso, a diferencia del anterior, la renta se rebaja, y la mejora ha debido ser de las de cuantía superior a nueve anualidades de renta que el arrendador ha realizado en uso del derecho de ejecución preferente que le reconoce el artículo 61.1; la excepcionalidad de la figura es, a nuestro modo de ver, la que justifica lo anómalo de la solución. Cabe incluso pensar que el requisito de viabilidad debería exigirse, por analogía, a la parte de la finca que sigue arrendada, pues, de no ser así, parece aconsejable orientar al arrendatario hacia la resolución total del contrato. En fin, sólo si opta por la resolución total o parcial del arrendamiento, es decir, las opciones mencionadas *sub b)* y *sub d)*, «podrá exigir al arrendador una indemnización equivalente a la que le correspondería en caso de expropiación de la finca o parte de la finca que devuelva», indemnización que comprende los siete conceptos que enuncia el artículo 100.1, entre los que destaca el derecho «a exigir que la expropiación forzosa comprenda la totalidad cuando la conservación del arrendamiento sobre la parte de la finca no expropiada resulte antieconómica para el arrendatario, aunque se redujera la renta». Por último, apuntemos que estas opciones del cultivador se fundamentan en el equilibrio de los intereses que el contrato supone, puesto que la «posibilidad de elevación de la renta —se ha escrito— ha de atribuir lógicamente derechos al arrendatario»; y tienen lugar cualquiera que sea el *quantum* de la elevación (55).

(55) Subraya el primer aspecto, J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, II-2, p. 329, y el último, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 164, lo que contrasta con el diez por ciento que, como mínimo, exigía la legislación anterior.

De cara a la extinción del crédito del arrendatario por las mejoras, la Ley emplea, asimismo, la técnica de las opciones, cuyo juego se despliega, según se ha puesto de relieve, en cuatro fases, a saber: «i) terminación del arrendamiento; ii) opción del arrendatario entre retirar las mejoras o exigir que se le abonen; iii) determinación del importe a pagar —con toda la dilación que, en caso de desacuerdo, supone un procedimiento judicial—, y iv) nueva opción del arrendatario entre reclamar el pago o cobrarse por diferencia de rentas» (56). En efecto, establece el artículo 62 que el arrendatario, «terminado el arrendamiento por cualquier causa», puede optar, ya «por retirar las mejoras realizadas por él, si la finca no sufre deterioro», o ya «por exigir al arrendador que, a elección de éste, se le abone, en compensación por las mejoras, bien el mayor valor que por causa de las mejoras subsiguientes tenga entonces la finca, bien el coste actual que supondría la realización de las que todavía subsistan en el estado en que se encuentren»; si opta por el abono, «se determinará por acuerdo entre las partes o, en su caso, por resolución judicial la cantidad que deba ser reembolsada por el arrendador, así como la renta que correspondería a la finca mejorada»; si el arrendador no cumple de forma espontánea, en fin, la norma le ofrece una nueva opción, esta vez, entre «reclamar judicialmente el pago o continuar en el arrendamiento, con facultad de subarriendo en los supuestos excepcionales previstos en el apartado dos del artículo 61, mientras no se le liquide la deuda, abonando solamente la renta pactada, con la actualización que corresponda, y aplicará a la compensación de lo que se le adeude la diferencia hasta la mayor renta determinada para la finca como consecuencia de la mejora». Se trata, como vemos, de un complicado conjunto de opciones —dos a favor del arrendatario y una a favor del arrendador—, el que tiene lugar tardíamente al momento de extinguirse el contrato y que no se traduce en la restitución del valor íntegro de la mejora al arrendatario; a pesar de responder a la *ratio* de estimularle a mejorar, lo cierto es que difícilmente conducirá a este resultado en la práctica, no sólo por ser tardío y complejo, sino, sobre todo, porque no difiere demasiado del Derecho común ante situaciones similares. Pudo la Ley, sin embargo, tan novedosa en otros aspectos, haber innovado más en este punto, teniendo en cuenta que la medida de la indemnización que prevalece en el Derecho comparado es la del mayor valor añadido a la finca por la mejora, el cual, aunque se puede calcular de maneras diversas, rige por regla general en Inglaterra, Alemania e Italia, sin admitir la posibilidad al arrendador de rebajarlo, salvo en Francia donde coexisten módulos diferentes (57).

Así, pues, estas opciones tienen lugar al momento de la termina-

(56) Así lo destaca, en efecto, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 173, literalmente.

(57) *Vid.* C. VATTIER FUENZALIDA, *Las mejoras en el arrendamiento rústico*, cit., pp. 212 y ss., 106 y ss., 323 y ss., y 257 y ss., respectivamente; una buena síntesis hace, además, A. LUNA SERRANO, *El Proyecto de Ley sobre arrendamientos rústicos*, cit., pp. 61 y ss.

ción del arrendamiento, lo que significa, de una parte, que el crédito del arrendatario se extingue de forma diferida, a diferencia de la eficacia inmediata de la elevación de la renta permitida al arrendador, diferencia que se explica porque el arrendatario comienza a amortizar el coste de la mejora desde que la realiza y se beneficia durante el arrendamiento de la mayor productividad que se deriva de ella; por otra parte, significa, también, que tales opciones se presentan siempre, cualquiera que sea la causa que ponga término al contrato, incluso, como se ha hecho notar, «en el caso de que el arrendatario renuncie a continuar (en el arrendamiento) o dé lugar al desahucio» del contrato (58).

La primera opción que la Ley reconoce al arrendatario consiste en la elección entre el pago en especie o el pago en metálico, entre el *ius tollendi* o el abono de las mejoras. Es de advertir que el primer derecho, que la legislación anterior permitía sólo en tema de mejoras suntuarias, coincide con la facultad de retirar las mejoras útiles y voluntarias o de recreo que los artículos 1.573 y 487 del Código civil reconocen, como es bien sabido, al arrendatario y al usufructuario; igual que esta facultad, tiene el límite objetivo del deterioro de la finca, el que ha de determinarse, por supuesto, por referencia al estado de la misma sin la mejora. Atendida esta analogía, se debe entender que los deterioros, se deban al retiro de las mejoras o a una causa distinta, son susceptibles de compensarse con éstas, por aplicación del artículo 488, de modo que el arrendatario debe dejar, en tal caso, parte de las mismas en la finca. Hay que decir, por otra parte, que el derecho a retirar las mejoras que consagra el artículo 62.1.a de la Ley no está subordinado, como el de los artículos 454 y 455 del Código civil, relativos al poseedor de buena y de mala fe, a la voluntad del arrendador de retener las mejoras y pagar su importe; por el contrario, se trata aquí de una opción enteramente libre del arrendatario que es ajena por completo a la esfera de este último. Se trata, pues, de una manifestación del derecho de retención que la Ley reconoce de forma indirecta al arrendatario, el cual, al margen de la función de garantía que desempeña, sirve aquí de medio de pago del crédito derivado de las mejoras y parece denotar, en la medida que sea un derecho real, que la Ley configura la titularidad del arrendatario sobre las mismas con este carácter, sobre todo, porque paraliza la automaticidad de la accesión, derogando los artículos 358 y siguientes del Código civil en concordancia con la presunción que establece el artículo 51 de la Ley (59); por eso, la opción del arrendatario a favor del pago en me-

(58) Así, J. M. GIL-ROBLES Y GIL DELGADO, *op. cit.*, p. 171.

(59) Que se trata de un verdadero derecho de retención lo muestra, ante todo, la conexión que existe aquí entre crédito y cosa, entre el crédito del arrendatario que mejora y la finca objeto de la misma, y, por otra parte, la equiparación del arrendatario mejorante al poseedor de buena fe que se advierte por la analogía del artículo 62.1.a de la Ley con el artículo 453 del Código civil y, sobre todo, en el artículo 27.1 *a contrario*; no se trata, por lo demás, de extender por analogía el derecho de retención sino de calificar la naturaleza jurídica de una situación legal preestablecida. *Vid.*, en general, el

tálico de la mejora debe ser entendida como un abandono del resultado material de la misma, semejante a la *derelictio*,¹ que la Ley admite en atención al interés manifestado por el cultivador y que exime, por excepción, de las formalidades de la renuncia previstas por la regla general del artículo 11.

En tal caso, el artículo 62.1.b otorga al arrendador una opción que, asimismo, coincide, en lo sustancial, con la que le confiere el artículo 453-2 del Código civil, lo que revela, de nuevo, que la Ley considera al arrendatario que mejora poseedor de buena fe, pero no algo más; los extremos de esta opción son, en efecto, el aumento del valor o el importe de los gastos ocasionados por la mejora, sólo que medidos con arreglo a criterios modernos, los cuales, por su concreción, resultan a la larga más restrictivos que los del Derecho común, dada la generalidad de estos últimos. Estos extremos son, de una parte, el mayor valor actual de la finca derivado de las mejoras subsiguientes, y, de otra, el coste actual que supondría, en teoría, la reposición de las mejoras subsistentes; nótese que en el primer caso se habla de mejoras subsiguientes, mientras que en el último, de mejoras subsistentes. Quiere decirse con ello, probablemente, que las primeras son todas las mejoras sobrevenidas durante el contrato que han sido introducidas por el arrendatario y que den un mayor valor a la finca, aunque no subsistan a la terminación del arrendamiento; las otras, en cambio, son solamente las que existan en este momento, momento en que se liquida el crédito del arrendatario. Entre ambos extremos puede elegir el arrendador libremente, y lo hará, como es de suponer, por aquel que sea de cuantía inferior; consagra así la Ley la vieja regla *quod minus est inter impensum et melioratum* (60). Con todo, la cantidad concreta que debe pagarse al arrendatario es la que determinan las partes de común acuerdo, se sujeten o no a estos criterios legales; no fija la Ley límite alguno ni impide que las partes acuerden, en esta hipótesis, un aplazamiento del pago en las cuotas y por el término que deseen (61), lo que corrobora el artículo 64 y no cae en la prohibi-

conocido trabajo de P. BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, *El derecho de retención*, en «RDP», 1952, pp. 1007 y ss., 1023 y 1024 y ss. Asimismo, en cuanto a la automaticidad de la accesión, F. V. BONET BONET, *Observaciones sobre la accesión en nuestro Derecho positivo*, en «RGLJ», 1971, pp. 103 y ss.; L. Díez-PICAZO, *La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión*, en «RCDI», 1966, pp. 829 y ss., y *Fundamentos*, II, cit., pp. 194 y ss.; M. ALONSO PÉREZ, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales», V-1, dirigidos por M. Albaladejo García, Madrid, 1980, pp. 192 y ss.; E. SERRANO GARCÍA, *La accesión de bien mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 del Código civil*, en «RDP», 1981, pp. 669 y ss.; en particular, C. VATTIER FUENZALIDA, *La elasticidad del derecho de propiedad en los planes de mejora ejecutados mediante arrendamiento forzoso*, en «RCDI», 1975, pp. 833 y ss. El interés por el tema no ha decaído como se puede apreciar por obras recientes tales como las de G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en Droit privé*, París, 1969, y E. DELL'AQUILA, *L'acquisto della proprietà per accessione, unione, commistione e specificazione*, Milano, 1979.

(60) La formulan y la examinan con la prolijidad propia de los comentaristas, I. GARCÍA GALLEGO, *De Expensis et Meliorationibus*, Madrid, 1622, y P. PACIONI, *Tractatus de Locatione et Conductione*, Venetiis, 1721.

(61) Para esto último, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, pp. 172 y 175.

ción del artículo 11 por no ser una renuncia anticipada. La falta de acuerdo de los contratantes se suple por una resolución judicial, la que debe decidir tanto sobre la cantidad a pagar como sobre la nueva renta que corresponde a la finca con la mejora; para determinar la cantidad, el juez debe sujetarse, en cambio, a los criterios predispuestos por el artículo 62.1.b, a quien vinculan por ser el verdadero destinatario de los mismos, los que puede combinar sin estar obligado, por supuesto, a fijar la suma que, por aplicación de cada uno de ellos, resulte ser la menor.

Por último, establece la norma que examinamos una forma especial de pago por compensación del crédito del arrendatario, la que constituye a la vez una modalidad particular de ejecución forzosa y un derecho de retención posesoria, dada la función de garantía que, como veremos más adelante, cumple, sin duda, de un modo suplementario. En efecto, ante el incumplimiento voluntario del arrendador, el artículo 62.2, parte segunda, reconoce al arrendatario una nueva opción, ahora entre reclamar la cantidad que se le debe por la vía judicial o continuar en el arrendamiento. Si elige la primera opción, hay que tener en cuenta que se trata de una demanda nueva, caso de que la cantidad haya sido fijada de común acuerdo por los contratantes; si se ha determinado por resolución judicial, en cambio, se ha entendido con razón que puede tratarse de una simple ejecución de la sentencia de fijación, caso en el que «es aconsejable que en la demanda inicial del procedimiento se pida expresamente no sólo la declaración de la cifra a pagar por el arrendador y de la cuantía de la renta mejorada, sino la condena se aquél a pagar o a realizar todos los actos necesarios para la continuación del arrendamiento, a elección del arrendatario» (62). Si elige, por el contrario, la continuación del contrato se produce una prórroga potestativa para el arrendatario y forzosa para el arrendador; por ello, más que una reanudación del arrendamiento (63), hay aquí, desde el ángulo que ahora nos interesa, una novación que modifica el contrato primitivo que, aunque terminado, está aún en fase de liquidación, la que incide sobre los efectos postcontractuales del mismo, sobre todo, en lo que concierne a la duración y a la renta. La duración del contrato renovado es indeterminada, pero no indefinida ya que depende de la voluntad del arrendador, por cuanto se extiende hasta el pago íntegro del crédito del arrendatario o, a tenor del precepto, dura «mientras no se le liquide la deuda»; la renta, en cambio, es la del contrato primitivo actualizada al momento de la novación obligatoriamente. La extinción del crédito se produce, en este caso, por compensación ya que el arrendatario debe imputar al mismo la diferencia entre esta renta actualizada y la que corresponda a la finca mejorada, y a medida que los vencimientos anuales se vayan presentando; la compensación opera aquí, pues, tanto como medio de pago cuanto como técnica de ejecución forzosa del crédito del arrendatario, lo mis-

(62) Así, el propio J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 172, literalmente.

(63) Insiste sobre esta idea J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 173.

mo que la prolongación indeterminada del contrato desempeña una función de garantía de gran seguridad para el arrendatario, la que complementa y hasta reitera las demás garantías que establece la Ley, ya que, como se ha observado en este sentido, «la continuidad en el arriendo es, si cabe, una garantía todavía más segura» (64). Notemos, en fin, que nada impide al arrendatario dar comienzo a este proceso complejo de opciones y de actuaciones negociales y judiciales pendiente el arrendamiento de modo que, si se ve forzado a optar por la continuación del contrato, la culminación del mismo y la expiración del plazo en vigor sean, en lo posible, simultáneas; por lo demás, puede, por analogía con el artículo 27.2, reclamar indemnización de los daños y perjuicios que se deriven de la interrupción del arrendamiento.

Cabe advertir, por último, que del crédito del arrendatario por las mejoras útiles y sociales se deben descontar, de acuerdo con lo que determina el artículo 65, los gastos, desembolsos y aumento de la contribución territorial que se deriven para el arrendador con ocasión de las mismas, «en tanto no quede el gasto compensado con una mayor rentabilidad efectiva en favor del arrendador». Por otra parte, hay que tener en cuenta que el régimen descrito es de aplicación uniforme para todas las mejoras de esta naturaleza que realice el arrendatario ya que, de un lado, el artículo 50 no regula este aspecto, y, de otro, el artículo 61 también lo omite. En efecto, la continuación del contrato por nueve años y la facultad de subarrendar que este precepto contempla, y que menciona el artículo 62.2, no se dirigen a la extinción del crédito del arrendatario, ni constituyen, por tanto, subrogados del pago, por cuanto no le obligan a compensar lo que perciba con el crédito; tales derechos se configuran, en rigor, como derechos de garantía y no desempeñan otra función. Por consiguiente, en el caso de ser varias las mejoras realizadas por el arrendatario, todas ellas se rigen, en cuanto al pago, por las normas del artículo 62, bien se trate de mejoras útiles y sociales normales, o de actos de disposición material realizados en el interior de la finca o, en fin, de mejoras de cuantía importante que la transformen por haber cambiado el destino productivo; en tal caso, la imputación del pago corresponde al arrendador, de acuerdo con lo que previene el artículo 1.172 del Código civil, si al hacerlo manifiesta su voluntad en este sentido. Si nada dice, en cambio, hay que entender que es más onerosa la mejora *ex* artículo 61 de la Ley a los efectos del artículo 1.174 del mismo Código, dadas las garantías complementarias que ella trae consigo, mientras que el pago de las demás mejoras se imputa a prorrata (65). Recordemos, en fin, que el arrendatario tiene respecto de las mejoras suntuarias los mismos derechos que el arrendador, las que se pueden retirar, de acuerdo con el artículo 69.2, sin detrimento de la finca; tal *ius tollendi* puede ser para el arrendatario, sin embargo, de

(64) Así lo advierte, con razón, A. LUNA SERRANO, *El Proyecto de Ley sobre arrendamientos rústicos*, cit., p. 65, literalmente.

(65) *Vid.*, para los preceptos citados, R. BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *La imputación de pagos*, Madrid, 1973, pp. 121 y ss., y 325 y ss.

ejercicio voluntario o forzoso puesto que, a tenor del precepto citado, «el arrendador podrá en todo caso exigírselo».

6. LOS DERECHOS DE GARANTIA

Debemos estudiar, para terminar, los derechos accesorios que de la realización de las mejoras se derivan, cualquiera que sea la parte contratante que las ha llevado a cabo; derechos que responden a la política legislativa de estimular la introducción de mejoras durante el arrendamiento, y a la necesidad técnica de asegurar la extinción del crédito a que ellas dan lugar. Ambas partes gozan de derechos de garantía, si bien la Ley se preocupa, ante todo, de regular los que protegen al arrendatario y hasta parece, a primera vista, que se olvida de los del arrendador.

Pero no es así, por cuanto sabemos que si el arrendador realiza mejoras útiles en la finca arrendada el artículo 58.2 le permite una elevación proporcional de la renta, lo que constituye, a nuestro modo de ver, una garantía suficiente. Si el arrendatario acepta la elevación propuesta, en efecto, la extinción del crédito del arrendador queda revestida de las mismas garantías que aseguran el pago de la renta, las que se concretan, en la arquitectura de la Ley, en la facultad de resolver el contrato a voluntad de este último por la falta de pago de la misma, de acuerdo con lo que determina el artículo 75, circunstancia 3.ª; y ello, sin perjuicio de las garantías voluntarias que las partes hayan convenido. Lo mismo ocurre, de hecho, si el arrendatario se inclina a favor de las otras opciones que le confiere el artículo 59, puesto que el arrendador puede incluir el valor de la mejora en la renta del contrato que sustituya al resuelto, lo mismo que en la del arrendamiento de la parte de la finca desechada por el arrendatario o afectada por la transformación de los cultivos, si el arrendador no las cultiva en forma directa. La garantía del arrendador es, pues, la integración del crédito derivado de las mejoras en la renta y consiste en la aplicación del régimen jurídico de ésta a aquél. Se trata, además, de un crédito privilegiado que da al arrendador una preferencia especial o singular sobre determinados bienes muebles, la que se aproxima mucho a un derecho real de prenda; dados los términos del artículo 1.922.7 del Código civil, ampara la renta de un año y se extiende no sólo a los frutos pendientes de la finca, sino a los muebles pertenecientes al arrendatario existentes en ella, lo que hay que entender en un sentido amplio comprensivo de las maquinarias, útiles de labranza, animales, semillas y demás instrumentos de producción que le pertenezcan. Pero no es un derecho de prenda atribuido *ex lege* al arrendador por cuanto, como se ha puesto de relieve con razón, el privilegio no conlleva un derecho de realización del valor de los muebles afectados por la preferencia, habida cuenta de lo que dispone el artículo 1.602 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (66). Entendemos que este

(66) *Vid.*, en el sentido expresado, A. GULLÓN BALLESTEROS, *La prelación de créditos en el Código civil*, Barcelona, 1962, pp. 64 y ss.

derecho de garantía se aplica al supuesto del arrendamiento rústico, pues, si bien no está contemplado por la Ley, ésta tampoco lo ha suprimido; buena prueba de ello es que la Disposición Final no deroga los preceptos del Código civil.

En cuanto al crédito del arrendatario por las mejoras útiles y sociales, dos son las garantías que previene la Ley, ambas de trascendencia real, a saber: la retención posesoria que consagran los artículos 62.2 y 61.2 y las del acreedor refaccionario en los términos del artículo 64. Hemos visto que una de las formas especiales de pago del crédito por las que puede optar el arrendatario, según el precepto recordado en primer lugar, es la continuación del arrendamiento por una duración indeterminada, «mientras no se le liquide la deuda», con la obligación de compensarla con la diferencia entre la renta actualizada y la renta que, por abreviar, podemos llamar mejorada; sabemos, también, que es esta una figura compleja que extingue el crédito y, al propio tiempo, cumple una importante función de garantía. Se trata, en efecto, de un derecho que la Ley le otorga expresamente al arrendatario por virtud del cual puede éste retener la posesión de la finca arrendada o, en su caso, recobrarla si la ha restituido antes al arrendador, y la retiene no sólo para usarla sino para «continuar en el arrendamiento», esto es, para disfrutarla y percibir los frutos de la misma; prueba de ello es que, a pesar de que debe pagar la renta actualizada, está obligado a imputar a su crédito la diferencia de ésta y la renta mejorada.

Por eso, este derecho no es sólo una forma de pago forzoso sino, además, un derecho de garantía, el que es análogo, aunque no idéntico, al derecho real de anticresis, dadas la definición legal de este derecho de garantía que recoge el artículo 1.881 y la remisión del artículo 1.886 al 1866, todos del Código civil. Hay aquí, pues, una anticresis compensativa anómala que está enderezada a la extinción y a la garantía del crédito por las mejoras, como lo pone de relieve, sobre todo, el hecho de que el arrendador no puede recuperar el goce de la finca, como dice el artículo 1.883, «sin haber pagado antes enteramente lo que debe a su deudor», lo que concuerda con lo que determina el artículo 62.2 de la Ley, aparte de que este precepto impone *ex lege* el pacto de compensación a que se refiere el artículo 1.885, también del Código civil. Se rige este derecho, en principio, por las normas del Derecho común, se puede inscribir en el Registro de la Propiedad de acuerdo con el artículo 2.2 de la Ley hipotecaria y confiere al arrendatario derechos semejantes a los previstos por el artículo 131.6 de esta última; pero no se aplican al arrendamiento rústico renovado la norma del artículo 1.882, por ser los gastos de cargo del arrendador, ni los derechos de restitución y de realización de valor que contemplan los artículos 1.883-2 y 1.884-2 del mismo Código, al no estar previstos de forma expresa por el citado artículo 62.2 de la Ley. No obsta a esta configuración la duración indeterminada del arrendamiento renovado ya que sabemos no es indefinida por cuanto depende de la voluntad del arrendador y dura, como máximo, hasta la extinción total del crédito por la compensación; hay que entender, pues, que la «norma general» del artículo 133 de la Ley Hipotecaria tampoco se

aplica al supuesto que nos ocupa (67). Notemos, en fin, que este derecho de garantía, despojado de la posibilidad de realizar el valor de la finca arrendada, es de escasa eficacia práctica; tiene, en cambio, la relevancia teórica de poner de relieve que la Ley reconoce al arrendatario que mejora un *ius retentionis* indirectamente puesto que la anticresis descansa, como se ha hecho notar en la doctrina francesa, sobre un derecho de retención otorgado al anticresista (68).

Semejante a esta garantía anticrética es la que se confiere al arrendatario —no al arrendador— que lleva a cabo mejoras de cuantía superior a nueve anualidades de renta que supongan, además, una transformación de la finca por cambio de destino productivo; «en este supuesto —determina, en efecto, el artículo 61.2 de la Ley— quedará en suspenso durante nueve años y por una sola vez durante la vigencia de la relación arrendaticia la facultad del arrendador de recuperar la finca por expiración del período contractual o de cada una de las prórrogas legales. Cuando por razones excepcionales de fuerza mayor o impedimento físico u otras análogas —añade la norma en concordancia con el artículo 62.2— el arrendatario no pudiere atender el cambio de explotación que la mejora trae consigo podrá entonces subarrendar a quien tenga aptitud legal para ser arrendatario», conforme a los artículos 14 y siguientes de la Ley. Pero no hay aquí una anticresis compensativa pues el arrendatario nada debe aplicar a su crédito, por lo que no es, tampoco, del tipo extintivo; asimismo, no se trata de una forma especial de pago forzoso dado que la continuación del arrendamiento y la facultad legal de subarrendar no se encaminan, en este caso, a la extinción del crédito del arrendatario. Estamos en presencia, más bien, de unos beneficios extraordinarios, y hasta excepcionales, que la Ley concede al cultivador al objeto de favorecer la introducción de mejoras de esta índole, los cuales desempeñan, además, una función de garantía complementaria, al par que le permiten percibir los frutos de la finca, lo mismo de forma directa, caso de continuar en el arrendamiento, que de forma indirecta, si la subarrienda; pero la Ley no le obliga a imputar tales frutos en pago de la deuda. Por eso, aunque esta figura recuerda la hipoteca con pacto anticrético que regula la Ley 471 de la Compilación de Navarra, lo cierto es que se aproxima más a la antigua *Satzung* o *Ewigsatzung* germánica o a la primitiva *mort gage* del Derecho inglés, las que permitían la percepción de los frutos sin obligar al tenedor del inmueble a aplicarlos a la reducción o extinción gradual de la deuda; como se ha explicado entre nosotros, tales figuras son las que evolu-

(67) *Vid.*, para esto, M. BATLLE VÁZQUEZ, *Anticresis*, en «NEJ», II, cit., pp. 697 y ss.; J. GARCÍA GRANERO, *Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de anticresis*, en «RCDI», 1945, pp. 457 y ss.; también, J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, III-3, 2.ª ed., Barcelona, 1974, pp. 47 y ss., y F. A. SANCHO REBULLIDA, en J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, III-2, Barcelona, 1980, p. 214 y ss.

(68) Así, G. MARTY y P. RAYNAUD, *Droit civil*, III-1, París, 1971, p. 69, según resalta J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, III-3, p. 54, nota 87; entre nosotros, C. LÓPEZ DE HARO, *El derecho de retención*, Madrid, 1921, pp. 107 y ss., en sentido análogo.

cionaron luego y desembocaron, en lo que aquí nos interesa, en el *nantissement* de una cosa inmueble que el artículo 2.072 del Código civil francés identifica con la anticresis, el que influye en el nuestro, sobre todo, al considerarla como una figura independiente (69). De aquí que, en lugar de la anticresis anómala del supuesto anterior, parece existir en la hipótesis del artículo 61.2 de la Ley un simple derecho legal de retención al que se añade la facultad de percibir los frutos, tanto mediante la continuación del arrendamiento como a través del subarriendo de la finca.

En cuanto a la continuación del arrendamiento, es de señalar, ante todo, que la Ley la admite de forma indirecta al determinar la suspensión del derecho del arrendador a denegar la prórroga que le confiere al arrendatario el artículo 25.2, suspensión que está sujeta a una doble limitación de tipo temporal, a saber: de una parte, sólo puede durar nueve años, los que concuerdan con la magnitud económica mínima de la mejora, y, de otra parte, sólo se puede ejercitar por una vez durante el contrato y siempre que las obras se inicien, según el artículo 61.3.b, antes de los tres últimos años de la vigencia potencial del mismo. Nótese que el derecho que se suspende es el del arrendador a recuperar la finca por expiración del plazo inicial o cualquiera de las ulteriores prórrogas a que se refiere el artículo 83.1. a y b, pero no el que le confiere, en este mismo sentido, el artículo 26; asimismo, la suspensión puede tener lugar tanto durante el plazo inicial del contrato cuanto pendiente la primera prórroga o las siguientes, menos la última, de modo que la duración potencial del arrendamiento se puede extender, en este caso, hasta los veintisiete años, lo que contrasta, como se ha hecho ver, con las soluciones que predominan en el Derecho comparado (70). Por lo que se refiere al subarriendo, hay que decir que la norma contempla una excepción al principio general que lo prohíbe consagrado por el artículo 70; por eso le admite sólo por las causas graves que el artículo 61.2, parte final, enuncia a modo de ejemplo. Si bien es cierto que la excepción se debe, como se ha escrito, a que «el criterio legal opuesto al subarriendo sólo cede ante el no menos firme de favorecer las mejoras en estos casos excepcionales» (71),

(69) *Vid.*, sobre los antecedentes recordados, J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, III-3, pp. 10, 11, 13 y 47-48; para la figura navarra, F. A. SANCHEZ REBULLIDA, en J. L. LA-CRUZ BERDEJO, *op. cit.*; III-2, pp. 212-213. La distinción de la anticresis compensativa y la extintiva la propone J. GARCÍA GRANERO, *op. cit.*, p. 475, entendiendo que la primera obliga a aplicar los frutos a los intereses y el exceso al capital, mientras la última sólo a «compensarlos totalmente con los intereses»; pero no hay que olvidar que las dos modalidades son, dada la obligación del anticresista de imputar los frutos a lo que se le debe, extintivas. Por eso, aunque la distinción es acertada, la denominación es confusa; con todo, el autor no se ocupa de la anticresis no extintiva, que es la figura que está en la base del artículo 61.2 de la Ley. Pone de relieve, con razón, la influencia del Código francés, en la *op. cit.*, pp. 466 y 478, entre otras.

(70) En este sentido, A. LUNA SERRANO, *El Proyecto de Ley sobre arrendamientos rústicos*, cit., p. 66; puesto que la suspensión se aplica por una sola vez durante el contrato, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 169, observa, además, que ello es así aunque sean varias las mejoras de esta índole.

(71) Así, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 168.

no lo es menos que la norma admite una interpretación extensiva, dado el tenor literal de la misma; se ha señalado, en fin, que, a diferencia de otras legislaciones, no se contempla aquí una preferencia a favor de los familiares del cultivador para ser subarrendatario (72), omisión que obedece a una exigencia, quizá excesiva, de profesionalidad del arrendatario, la que puede salvarse con apoyo en el artículo 71.d, si el cónyuge o descendientes pueden, según la Ley, subarrendar. Por supuesto que este subarriendo no puede durar más de nueve años ni puede otorgarse más que una vez durante el arrendamiento.

No son estas las únicas garantías que otorga la Ley al arrendatario que mejora sino que goza, además, de la que le confiere el artículo 64, a cuyo tenor, «tendrá respecto de las cantidades que haya de pagarle el arrendador, los mismos privilegios y garantías que el acreedor refaccionario. Podrá pedir la anotación preventiva presentando contrato escrito o también en virtud de resolución judicial dictada en el expediente previsto en los artículos 61 y siguientes de la Ley Hipotecaria en los casos en que la finca estuviese sujeta a cargas o derechos reales inscritos y en el cual el arrendador tendrá el mismo tratamiento procesal que los demás titulares de derechos reales inscritos. Las costas y gastos serán de cuenta del arrendatario». Se ha observado que esta acumulación de garantías es excesiva puesto que las de los artículos 62.2 y, en su caso 61.2, y esta última, son suficientes por sí mismas para asegurar la efectividad del crédito, y que habría sido mejor permitir al arrendatario optar a una u otra (73); pero no hay que olvidar las limitaciones inherentes a la garantía refaccionaria y los requisitos que debe reunir para tener acceso al Registro de la Propiedad y ser realmente eficaz. Hay que tener en cuenta, por otra parte, que esta garantía no modifica la naturaleza jurídica del arrendamiento ni le transforma en un derecho de vuelo o de superficie rústica, y tampoco altera la titularidad del arrendatario sobre las mejoras (74), dado que se trata de un derecho accesorio, el que actúa sólo si se han realizado estas últimas. Con todo, al equipararse las mejoras a las obras de construcción, conservación o reparación de una cosa, que son las fuentes típicas del crédito refaccionario según la vieja sentencia de 13 de abril de 1882, no se puede negar que aquéllas se aproximan, desde la óptica de la garantía, a un supuesto de gasto necesario; de aquí que se deba entender amparado por la garantía refaccionaria, además del crédito derivado de las mejoras, el derecho del arrendatario a reclamar la indemnización de daños y perjuicios que previene el artículo 54.2, lo que confirman los términos amplios en que está redactado el precepto que hemos transcrito.

(72) Ha subrayado este aspecto, A. LUNA SERRANO, *El Proyecto de Ley sobre arrendamientos rústicos*, cit., pp. 66-67.

(73) En el sentido expresado, respectivamente, A. LUNA SERRANO, *El Proyecto de ley sobre arrendamientos rústicos*, cit., p. 65 y J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 174.

(74) Como lo ha sugerido, a base del artículo 30-2 del Reglamento Hipotecario, J. L. DE LOS MOZOS, *En torno al régimen jurídico de la explotación agrícola*, en «RDP», 1974, especialmente, p. 887, y *Presupuestos*, cit., p. 491, nota 62.

Es de destacar, en fin, que la asimilación del arrendatario al acreedor refaccionario es plena y se extiende lo mismo al privilegio que a la garantía de este último. En cuanto al primero, hay que decir que sus efectos varían, por el juego de los artículos 1.923 y 1.927 del Código civil, según exista o no constancia registral del crédito. Si la hay, determina el párrafo 3.º del artículo 1.923 una preferencia inmobiliaria especial o singular equivalente a la hipoteca sobre los bienes «que hubiesen sido objeto de la refacción», situada a continuación de los créditos preferentes a favor del Estado y de los aseguradores, y cuya prelación es, de acuerdo con la regla 2.ª del artículo 1.927, la que corresponde según la antigüedad de la anotación en el Registro; si no existe tal anotación, el privilegio se pospone al último lugar de los créditos preferentes de esta clase y la prelación es, en cambio, la del orden inverso de la antigüedad del crédito, de conformidad con el párrafo 5.º y la regla 3.ª de las disposiciones citadas respectivamente (75). Por lo que se refiere a la garantía, su eficacia depende, asimismo, de la constancia registral, y el crédito accede al Registro por la vía de la anotación preventiva prevista por el artículo 42.8, la que regulan los artículos 59 a 65 y es susceptible de convertirse en hipoteca con arreglo a los artículos 93 a 95, todos de la Ley Hipotecaria, anotación a la que se refiere el artículo 64 de la Ley que examinamos, y la adapta a las particularidades del supuesto que es objeto de la misma.

Recordemos, ante todo, que esta anotación preventiva ha venido a sustituir a la hipoteca legal tácita que el Derecho antiguo reconocía al acreedor refaccionario; que la Ley Hipotecaria primitiva suprimió junto a otras hipotecas de esta índole, y que se regía por el principio de prioridad invertido, tal como el que establece hoy el artículo 1.927-3 del Código civil, con la finalidad de evitar el enriquecimiento del dueño y de los terceros con derechos reales sobre la cosa debido a la refacción (76). Entendemos con la doctrina común que «existe un crédito refaccionario cuando una persona ha *invertido* en obras de construcción, conservación o reparación de una cosa, una cantidad que ha sido prestada en una o varias veces *para tal fin*»; supone, pues, la existencia de un contrato de préstamo complejo «en el cual —se ha escrito— el destino de la cantidad prestada se ha fijado en obras de construcción o de reparación de un bien y la inversión efectiva de la misma se ha realizado en tales obras», de modo que hay que concluir que «las dos circunstancias de destino previsto y de la efectiva inversión han de darse conjuntamente para que el crédito sea refaccionario» (77). Observemos que,

(75) Para esto, A. GULLÓN BALLESTEROS, *La prelación de créditos*, cit., pp. 87 y ss., por todos.

(76) Cfr. D. 22.2.1, y 5, principalmente, y la P. 5.13.28; sobre el tema, *vid.* R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, III, Barcelona, 1968, pp. 67-68; también A. GULLÓN BALLESTEROS, *La prelación de créditos*, cit., pp. 87-88 y 139. En general, L. DÍEZ-PICAZO, *Las anotaciones preventivas*, en «RDN», núm. 44, 1964, pp. 7 y ss.

(77) En este sentido, respectivamente, R. M. ROCA SASTRE, *op. cit.*, III,

si bien estas circunstancias se dan en el arrendatario que mejora, el préstamo no se ha estipulado de forma expresa entre las partes; de la equiparación que establece el artículo 64 se deduce, pues, que el arrendatario ha anticipado las cantidades aseguradas por la garantía refaccionaria al arrendador, como si tal contrato estuviera implícito en la comunicación escrita o en el requerimiento que previenen los artículos 60 y 61.1. Asimismo, esta ficción legal enlaza con el fundamento del privilegio refaccionario el cual radica, según se ha puesto de relieve, «en el aumento de valor que experimenta la cosa a consecuencia del préstamo realizado por el acreedor», lo que concuerda con la definición de las mejoras *ex* artículo 57.1, hasta el punto de que se ha afirmado que todo «crédito refaccionario» provoca un plusvalor, una yuxtaposición de valor», aun cuando no se limita al «aumento de valor que es consecuencia directa de la refacción, sino al valor total de la cosa» (78). Anotemos, en fin, la clásica definición de la garantía refaccionaria según la cual consiste, de acuerdo con estas premisas, en «el derecho de afección y realización de valor que tiene el acreedor en seguridad de la devolución o pago de dicha cantidad prestada» (79); complementa, por ello, las otras garantías que aseguran el crédito del arrendatario «por las cantidades que haya de pagarle el arrendador», como dice el precepto que estudiamos.

Tres son los presupuestos fundamentales de la anotación preventiva, a saber: la existencia de un crédito refaccionario *in fieri*; la inscripción previa de la finca gravada y el título previsto por el artículo 61 de la Ley Hipotecaria. En cuanto al primero, se ha señalado, a base de los artículos 42.8, 59 y 92 de la Ley Hipotecaria, que basta para la anotación la destinación de la cantidad a la obra de refacción, aunque no se la haya invertido efectivamente y totalmente en ella; por eso, se ha dicho se trata más bien de un crédito refaccionario en formación (80). Consecuencia de esto es que el arrendatario puede instar la anotación apenas comience las obras, una vez que han sido informadas o autorizadas por la Administración de conformidad con lo dispuesto por los artículos 60 y 61.1 precitados, aunque el crédito sea perfecto cuando la inversión efectiva finalice, y sólo sea exigible al momento de la terminación del contrato; la garantía empieza a surtir sus efectos, según esto, desde que el crédito surge o nace, supuesta la concurrencia de los otros presupuestos. Por lo que se refiere al segundo de ellos, la finca no sólo debe estar inmatriculada sino inscrita a favor del deudor, como se infiere del artículo 156 del Reglamento Hipotecario, de modo

pp. 67 y 69-70; L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1970, p. 756, y J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, I-2, 2.ª ed., Barcelona, 1976, p. 568.

(78) Asimismo, J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, I-2, *loc. cit.*; R. M. ROCA SASTRE, *op. cit.*, III, p. 68, y L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, *cit.*, p. 757, literalmente; en general, *vid.* A. SÁNCHEZ MATA, *El plusvalor en el crédito refaccionario*, en «RCDI», 1944, pp. 579 y ss.

(79) Nos referimos a la que ha propuesto R. M. ROCA SASTRE, *op. cit.*, III, pp. 67 y 69.

(80) En tal sentido, el propio R. M. ROCA SASTRE, *op. cit.*, III, pp. 70-71.

que la garantía sólo puede ser eficaz si la finca arrendada está inscrita en el Registro de la Propiedad. Aparte de que esto recorta notablemente la virtualidad práctica del artículo 64 de la Ley, se ha indicado que supone el consentimiento del propietario, sea o no el arrendador, el que es poco probable que se otorgue cuando sea ajeno al contrato (81); de aquí que esta garantía no sólo complementa sino que hace necesarias las otras que aseguran el crédito del arrendatario. En fin, el último presupuesto de la anotación es el cumplimiento de lo que dispone el artículo 61 de la Ley Hipotecaria, el cual previene un procedimiento previo tendente a determinar tanto la necesidad de la obra cuanto el valor de la finca sin ella, lo que puede tener lugar lo mismo por acuerdo unánime del propietario y demás titulares de derechos reales sobre la finca que con arreglo a los trámites que determinan los artículos 157 a 160 del Reglamento; aunque se ha hecho notar que el acreedor refaccionario no tiene que intervenir aquí, se ha entendido que puede evitar la previa fijación del valor de la finca si renuncia al beneficio que le confiere el artículo 64 de la Ley Hipotecaria (82). Pero lo cierto es que, dada la equiparación procesal amplia del arrendador con los titulares de derechos reales que establece el artículo 64 de la Ley de arrendamientos rústicos, puede aquél intervenir en este trámite previo, y lo mismo podrá hacer el arrendatario, sobre todo si se impugna la necesidad o la utilidad de la mejora; si la providencia judicial que previene el artículo 61 de la Ley Hipotecaria es necesaria por existir impugnación, hay que tener en cuenta, además, que el IRYDA puede intervenir también como perito en los términos del artículo 159 del Reglamento.

El procedimiento para obtener la anotación es, asimismo, el que marca el artículo 61 de la Ley Hipotecaria, si existen gravámenes sobre la finca, mientras que, si no los hay, se rige por el artículo 59 de la misma Ley. En este último caso, se requiere un «contrato por escrito» y una solicitud del acreedor refaccionario; se ha entendido con razón que este contrato es el mismo que menciona el artículo 64 de la Ley de arrendamientos rústicos, el cual, si propietario y arrendador coinciden, puede plasmarse en el acuerdo de las partes a que se refiere el artículo 62.2 de esta última, mientras que, en caso contrario, lo mismo que si la finca está gravada, el título formal de la anotación debe ser el acuerdo unánime o la resolución judicial del expresado artículo 61, con el consentimiento o la intervención tanto del arrendatario como del arrendador; nótese que, en esta hipótesis, el contrato no precisa constar en escritura pública (83). Si hay que acudir, por otra parte, al procedimiento que regula este último precepto y los concordantes del Reglamento, son igualmente válidas las matizaciones que hemos hecho de cara al

(81) Subraya este aspecto, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 176.

(82) Destaca lo primero R. M. ROCA SASTRE, *op. cit.*, III, p. 72, quien recuerda, en nota 1, la resolución de 9 de junio de 1911, que admite lo último.

(83) Lo pone de relieve, en efecto, J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, p. 15; recuerda R. M. ROCA SASTRE, *op. cit.*, III, p. 73, la resolución de 26 de julio de 1923, según la cual no se exige por excepción, en este caso, la escritura pública.

procedimiento previo. Se ha deducido, en fin, de la equiparación del arrendador con los titulares de derechos inscritos, que el supuesto normal en que se coloca el artículo 64 de la Ley arrendaticia es el de la diversidad de personas de arrendador y propietario, con la consecuencia de que «no se hará la anotación por convenio sin que concurra a él el arrendador, además del propietario y el arrendatario», lo que cabe aplicar, también, al caso del artículo 61 de la Ley Hipotecaria; pero no se sigue de ello que arrendador y arrendatario deban conformarse, como se ha creído, con la pretensión del propietario (84), dado que el artículo 158 del Reglamento les permite oponerse a la misma.

Por último, puntualicemos sumariamente los principales efectos de la anotación, los que son, según el artículo 59.2 de la Ley Hipotecaria, «todos los efectos de la hipoteca», en concordancia con lo que disponen los artículos 1.923 y 1.927 del Código civil que hemos recordado antes; tal equivalencia se proyecta a toda la extensión de los mismos, tanto en el orden sustancial cuanto en el derivado de la fe pública registral, sobre todo en lo que concierne a los acreedores hipotecarios posteriores a la anotación, puesto que, en cuanto a los anteriores hay que estar a lo que establece el artículo 64 de la Ley aludida. En particular, cabe advertir que la garantía refaccionaria confiere al acreedor anotado un derecho de realización del valor de la finca gravada, el que está reconocido de forma expresa por el artículo 93 de la Ley Hipotecaria; asimismo, se ha explicado que el crédito refaccionario tiene, respecto de los titulares de derechos reales inscritos antes de la anotación, una doble actuación, a saber: «se produce como *primera hipoteca* en cuanto al aumento de valor que haya recibido la finca refaccionada, o sea respecto del plusvalor consistente en la diferencia entre el precio dado a la finca antes de las obras y el que alcanzare en su enajenación judicial (art. 64 de la ley), y se produce como *segunda hipoteca* en cuanto a lo que exceda el valor dado a la finca antes de las obras, del importe de las cargas entonces inscritas, o sea respecto de lo que reste de aquel valor después de deducido este importe (art. 64 citado)», de modo que «los dos créditos (el hipotecario y el refaccionario), tienen el rango de *primeras hipotecas* en cuanto a su respectiva parcela de valor; pero actúan como *segundas hipotecas* en cuanto a la parcela adscrita al otro crédito», mientras que los titulares posteriores, se ha escrito, «estarán supeditados a la prelación de que gozan el acreedor refaccionario y los acreedores hipotecarios anteriores» (85). Con todo, se trata de una hipoteca provisional dada la temporalidad que es inherente a toda anotación preventiva, la que caduca, conforme al artículo 92 de la Ley Hipotecaria, a los sesenta días después de concluida la obra; por eso, la falta de pago del crédito dentro de este plazo permite convertirla en una hipoteca definitiva mediante la inscripción que prescribe el artículo 94 de la Ley Hipotecaria, la que se rige por las reglas generales de una y otra.

(84) Se trata de las conclusiones a las que llega J. M. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, *op. cit.*, pp. 175 y 176, respectivamente.

(85) *Vid.*, en el sentido indicado, R. M. ROCA SASTRE, *op. cit.*, III, pp. 77, 79 y 80, literalmente; para lo que sigue en el texto, la *op. cit.*, pp. 80-83.

De aquí que, aun cuando el artículo 64 de la Ley de arrendamientos rústicos confiere al arrendatario que mejora la posibilidad de quedar amparado, en último término, por esta hipoteca, es lo cierto que se trata, en el fondo, de una garantía débil por cuanto está subordinada a la doble condición, de una parte, que arrendador y propietario sean una misma persona o actúen de común acuerdo, y de otra, que la consientan; en caso contrario, deberá acudir al procedimiento del artículo 165 de la Ley Hipotecaria para exigir la constitución forzosa de la hipoteca legal. Mayor seguridad le habría dado, sin duda, que dicha hipoteca, fuera inscribible previa autorización administrativa, que debería determinar, además, el importe exacto del crédito, ya que si puede llevar a cabo mejoras con semejante autorización, y tan significativas como son las que contempla el artículo 61 de la Ley especial, nada parecía impedirlo.

“Consideraciones preliminares para un estudio crítico de las reglas de responsabilidad contractual en el Código civil español” (*)

Por FRANCISCO JORDANO FRAGA

Profesor contratado de Derecho civil en la Universidad de Sevilla

SUMARIO: a) *El problema de la responsabilidad contractual y sus implicaciones, en la doctrina*: 1) Ambito y función de las reglas de responsabilidad contractual. 2) El encuadramiento del problema en el sistema de la responsabilidad contractual. 3) Tesis subjetivistas y objetivistas. Equivocidad terminológica.— b) *El substrato real de la discusión. Evolución y tendencias actuales: la tutela del crédito como exigencia común irrenunciable*: 1) Culpa y riesgo: evolución histórica. 2) Las nuevas tendencias. Paralelismo con la responsabilidad civil. Análisis desde una perspectiva económica. 3) Referencias a otros ordenamientos. Convenciones internacionales. La exigencia de tutela del crédito.— c) *Relativismo y evolución. Cuestionamiento de la efectividad del enfrentamiento doctrinal desde el perfil de la tutela del crédito: el plano de la carga de la prueba*: 1) Evolución y relativismo. Necesidad de una verificación del conflicto objetivismo-subjetivismo. El ejemplo anglosajón. 2) Efectividad y coherencia. Generalización y particularismo. Límite, fundamento de la responsabilidad y carga de la prueba. 3) El punto de partida de la crítica a la teoría de la culpa. Plan de trabajo de la crítica propuesta.

a) EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y SUS IMPLICACIONES, EN LA DOCTRINA

1) *Ambito y función de las reglas de la responsabilidad contractual*

Es difícil concebir en el seno del Derecho privado patrimonial un problema que se presente, a la par, tan complejo e importante como el de la responsabilidad contractual. Su complejidad —advertida como

(*) Este trabajo pretende ser el primer paso de una revisión a fondo acerca del significado de las reglas de responsabilidad contractual en el Código civil español, sobre la base de las conclusiones a que el autor ha llegado en un trabajo precedente de contenido análogo y sobre el Código civil italiano, que constituyó su tesis doctoral («La distribuzione del rischio dell'inadempimento nella legge e nelle convenzioni private»), leída en la Universidad de Bolonia bajo la dirección del profesor Galgano.

El autor quiere aprovechar esta oportunidad para agradecer al Colegio de España la posibilidad de trabajar en Bolonia, y al profesor Galgano su inolvidable y persistente magisterio.

premisa necesaria de su estudio por la doctrina (1) que se ha ocupado del problema— es evidente, y deriva, de una parte, de la gravedad e importancia de los intereses en juego y, de otra, de la necesaria interrelación que dentro de este argumento debe establecerse entre una multiplicidad de institutos jurídicos en forma de dar a cada uno su valor propio. Buena prueba de la complejidad del problema es la ingente producción doctrinal sobre el mismo elaborada hasta la fecha. Labor doctrinal que en su última etapa se remonta a las postrimerías del siglo anterior y que ininterrumpidamente llega a nuestros días.

El tema de la responsabilidad contractual es un tema clásico del Derecho privado. El ser un tema «clásico», ha favorecido la formación de una doctrina consolidada cuyo cuestionamiento parece labor imposible o de utilidad dudosa. Y sin embargo, ni la doctrina clásica es tan sólida como para resistir un análisis crítico, ni —si se me 'consiente la ironía— tan clásica como lo dan a entender los sucesivos reenvíos doctrinales a la misma.

En España, a diferencia que en Italia (2), el peso de las elabora-

(1) Así, por ejemplo, MENGONI, en sus *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, en «Scritti in onore di A. Scialoja», Bologna, 1953, pp. 262 y ss., en la p. 262 recuerda la opinión de HENLE, según el cual el incumplimiento es la zona alpina del Derecho de obligaciones. También ponen de manifiesto la dificultad del problema: COTTINO (con relación a la imposibilidad), en *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore (problemi generali)*, Milán, 1955; y SCOGNAMIGLIO, *Note sulla responsabilità del depositario*, en «Banca bors. e tit. cred.», pp. 447 y ss., y allí, p. 448.

Recientemente, VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Nápoles, 1979, p. 3: «Il problema dei limiti della responsabilità del debitore per inadempimento è uno dei più annosi e controversi del diritto delle obbligazioni».

(2) En Italia se ha formado un importante cuerpo de doctrina en el que junto a los planteamientos renovadores, ya desde principios de siglo, coexisten los planteamientos tradicionales. De esta labor doctrinal son fautores algunos de los nombres más ilustres de la ciencia jurídica italiana (OSTI, GIORGIANNI, MENGONI, NATOLI, BIANCA, COTTINO, TRIMARCHI, MAJELLO, RESCIGNO, MANGINI, y CATTANEO, entre los que se han ocupado monográficamente del tema). El interés de la doctrina italiana por la responsabilidad contractual no ha decrecido ni siquiera hoy, como tampoco decayó tras la promulgación del Código de 1942 que en la intención de sus redactores —como se ve en el texto de la *Relazione del Guardasigilli* al Libro IV, n. 39— tenía como función primaria en este ámbito, resolver la cuestión definitivamente y poner fin a la polémica doctrinal. Y así, el tema de la responsabilidad contractual continúa siendo tema de actualidad en la doctrina italiana. Entre las aportaciones más recientes, aparte de la ya citada obra de VISINTINI que fue precedida de una importante serie de estudios publicados por dicha autora en diversas revistas italianas, cabe destacar el libro de DE LORENZI, *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale*, Milán, 1981.

También reciente es el artículo de CANNATA *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)*, en «Riv. Trim. dir. e proc. civ.», 1981, pp. 993 y ss.

Entre las obras de carácter institucional más recientes que se han ocupado de la cuestión, se destacan las de ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, y GALGANO, *Diritto privato*, Padua, 1981.

En definitiva el panorama doctrinal italiano en tema de responsabilidad contractual aparece en comparación con el español más dinámico. Mientras que en España la tesis de la culpa es mayoritaria y los intentos revisionistas son aislados y recientes, en Italia las tesis objetivistas ganan progresivamente terreno y cons-

ciones tradicionales de la culpa ha sido hasta tiempos muy recientes definitivo, y en ellas se mueve todavía la mayoría de la doctrina (3) que acepta críticamente el postulado de que la responsabilidad del deudor requiere como regla general la culpa del mismo, que así se eleva (con algunas diferencias de matiz) a fundamento general de la responsabilidad contractual.

Peró tampoco han faltado en nuestra doctrina en los últimos tiempos (4), intentos revisionistas de la doctrina tradicional que cuestionan que la responsabilidad del deudor (o al menos algunos de sus elementos) sea inseparable de la culpa de éste. Intentos estos que, a decir verdad, han pasado un tanto inadvertidos en un contexto doctrinal y jurisprudencial claramente dominado por los planteamientos tradicionales.

El interés permanente de la doctrina por el problema de la responsabilidad contractual, ofrece una eficaz confirmación de su importancia y a la vez de su complejidad, pues delata una insatisfacción doctrinal por los resultados anteriormente alcanzados que empuja a ensayar nue-

tituyen un movimiento doctrinal que se remonta a los inicios del siglo (OSTI) y al que se han adherido desde entonces numerosos y autorizados privatistas.

(3) El juicio es coincidente con el de DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1970, p. 695: «Por regla general, la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país han profundizado poco en este tema (de la responsabilidad contractual), que es enormemente complejo, y se han contentado con unas enunciaciones generales de reglas o de máximas las más de las veces heredadas de la literatura anterior, sin llegar a contrastarlas seriamente con las normas concretas que constituyen el sistema de nuestro Código civil. Ocurre, además, que mientras en materia de responsabilidad extracontractual la doctrina y la jurisprudencia han sido plenamente conscientes de los giros que en orden a la interpretación de las normas legales y de los principios rectores de las instituciones, han impuesto aceleradamente las transformaciones experimentadas por el contexto social y económico, desde el punto de vista industrial, científico y tecnológico, no ha sucedido lo mismo en materia de responsabilidad contractual, aun cuando seguramente una incidencia semejante se ha producido con la misma o con parecida hondura».

En la doctrina española se adhieren a la doctrina de la culpa: CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, Derecho de obligaciones, Madrid, 1967 (10.^a ed.), pp. 160 y ss.; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, Derecho de obligaciones, vol. 1.^o, Barcelona, 1977, pp. 97 y ss.; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, III, Obligaciones y contratos, Madrid, 1974 (4.^a ed.), pp. 186 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, Derecho de obligaciones, vol. 1.^o, Barcelona, 1970, pp. 111 y ss.

(4) La crítica de la teoría de la culpa, tiene en España su arranque en las atinadísimas observaciones —casi anotaciones al margen— que PUIG BRUTAU realiza sobre una base de influencia anglosajona a la teoría de la culpa. Cfr. *Fundamentos de Derecho civil*, tomo I, vol. II, Derecho general de las obligaciones, Barcelona, 1959, pp. 417 y ss. Sin embargo, dichas anotaciones no llegan a constituir un sistema general alternativo a la teoría de la culpa, lo que hace la posición de este autor un tanto vacilante.

Más recientemente son de destacar como intentos —tanto más meritorios cuanto producidos en un contexto doctrinal dominado por afirmaciones contrarias— de limitar la relevancia de la culpa en la afirmación de la responsabilidad del deudor, los de DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 693 y ss.; y TORRALBA, *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, en A. D. C., 1971, pp. 1143 y ss.

vas construcciones, hechas a su vez posibles por la riqueza de elementos diversos a coordinar.

Es precisamente este proceso continuado, de aportaciones sucesivas, uno de los obstáculos que más se oponen a la clarificación del problema. El modo en que históricamente se ha producido la discusión doctrinal sobre la responsabilidad contractual, ha favorecido los equívocos y malentendidos, el que una misma palabra (el caso paradigmático es el de la propia expresión «culpa») sea utilizada con significados diversos, o el que bajo apariencia de terminologías diversas se escondan afirmaciones sustancialmente idénticas.

Pero antes de nada, antes de indicar la manera que aquí se considera como susceptible de desvelar los equívocos producidos en una discusión multiseccular, el camino para llegar a la solución del problema, conviene previamente acotar el problema mismo. Es decir, señalar o delimitar el campo propio que se esconde detrás de la expresión «responsabilidad contractual». Una primera precisión se impone sobre el uso de esta terminología. Con la expresión «responsabilidad contractual» se designa la responsabilidad dimanante de obligaciones preexistentes a la propia afirmación de la responsabilidad, cualquiera que sea su fuente. Es decir, en la responsabilidad contractual se incluye la responsabilidad derivante de las obligaciones ya constituidas, aunque no tengan su origen en un contrato (5).

Precisamente en este dato de la preexistencia de la obligación es en el que la doctrina común incide para establecer la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual (6), no ya como contraposición entre responsabilidad derivada del contrato frente a responsabilidad dimanante de otra fuente, sino como responsabilidad derivante de un específico vínculo o relación preexistente —cualquiera que sea su fuente— frente a la responsabilidad derivada de un genérico deber de no ingerencia dañosa en la esfera personal ajena. De este modo, mientras en el primer caso la idea de responsabilidad aparece estructuralmente ligada a la idea de obligación (7), en el segundo, sólo a través de la afirmación de la responsabilidad nace una verdadera obligación, que consiste, precisamente, en el resarcimiento del daño injustamente causado. Y esta obligación de contenido resarcitorio que se

(5) Precisión esta que aparece frecuentemente en la doctrina. Así, por ejemplo: RESCIGNO, *Manuale del Diritto privato italiano*, Nápoles, 1980, p. 600; MES-SINEO, *Manual de Derecho civil y comercial* (trad. de la 8.ª ed. italiana), Buenos Aires, 1979, IV, p. 234; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1953, p. 108; ALBALDEJO, *op. cit.*, p. 112 y nota 94; ESPÍN, *op. cit.*, pp. 198-99, y LA-CRUZ, *op. cit.*, p. 100.

(6) Sobre cuya distinción, aparte de los autores citados en la nota anterior, pueden verse: MICCIO, *Delle obbligazioni in generale* en el «Commentario del Codice civile», Libro IV, tomo I, Turín, 1961, pp. 184 y 192 y ss.; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, en el «Commentario del Codice civile», dirigido por A. Sciloja y G. Branca, p. 4, y SCOGNAMIGLIO, voz «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», en *Noviss. Dig. it.*, XV, Turín, 1968, pp. 670 y ss.

(7) Vid. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 599.

constituye *ex novo*, es, a su vez, susceptible de dar origen a responsabilidad (contractual), cuando no sea voluntariamente cumplida.

Este modo de operar la distinción entre ambas clases de responsabilidad aparece de un modo particularmente claro en Scognamiglio (8): «... la llamada responsabilidad contractual tiene su origen en la propia noción de obligación; que en caso de incumplimiento reafirma su carácter esencial de vínculo que se perpetúa en la prestación resarcitoria cuando no sea posible su realización en forma específica (ejecución forzosa). De modo que (la responsabilidad contractual) se resuelve en la satisfacción del interés deducido en la obligación a pesar de la falta de cooperación del deudor... Por el contrario, en la responsabilidad aquiliana, el dato esencial es el constituido por el verificarse del daño injusto, al que se refiere y commisura la reacción del Derecho que se actúa con la imposición al sujeto que se halla en uno de los supuestos de responsabilidad hipotetizados por la ley de la obligación (primaria) de resarcimiento del daño causado». Otros modos de operar la distinción entre ambos campos de la responsabilidad, como la referencia a la distinta naturaleza del interés lesionado (9) o la contraposición entre la idea de la obligación en sentido técnico y la idea del deber jurídico (10), no hacen sino poner de manifiesto con otras palabras la mencionada diferencia estructural, por la que en definitiva se explica que en virtud de la existencia de un vínculo obligatorio una persona se coloca en posición subordinada respecto de otra, en un estado de sujeción particular distinto del dimanante de la existencia de las normas generales del ordenamiento, en modo que aquel estado particular supone un *plus* (11) respecto de su situación normal (inexistencia de vínculo) para la persona favorecida, que cuenta para la defensa de su interés específico con medios para su actuación coactiva y, en su defecto, para realizar su equivalente dinerario (12).

Dejando siempre a salvo los distintos planos en que juegan ambos tipos de responsabilidad: primario (constitución de una nueva obligación que antes no existía) en la responsabilidad aquiliana y secundario (tutela del crédito, realización de un vínculo obligatorio preexistente) en el caso de la responsabilidad contractual, es interesante poner de manifiesto, como lo ha hecho Di Majo (13), la evolución que se ha producido en el campo de la responsabilidad extracontractual. Evolución producida desde un primer momento en que la distinción con la

(8) *Op. cit.*, p. 672.

(9) Es la idea de BETTI, *op. cit.*, p. 109, que contrapone expectativa creditoria insatisfecha a lesión del interés consistente en el daño injusto.

(10) En este sentido, Vid. MICCIO, *op. cit.*, p. 193, y MAJELLO, *Custodia e deposito*, Nápoles, 1958, p. 56.

(11) Cfr. MICCIO, *op. cit.*, p. 192.

(12) La diferencia estructural aludida está también en la base de quienes fundan la distinción de ambas clases de responsabilidad en el diverso presupuesto de la misma en uno y otro caso (lesión ilícita de un interés tutelado frente a incumplimiento de una relación obligatoria particular). Así, BIANCA, *op. cit.*, p. 4, y MACCARONE, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, en el «Comentario teorico-pratico al Codice civile», dirigido por V. de Martino, Roma, 1978, Libro IV, p. 4

(13) *Obbligazioni e contratti*, Roma, s. d., pp. 73 y ss.

responsabilidad contractual se establecía sobre la base de los criterios de responsabilidad y de los valores o intereses tutelados, hasta el momento presente en que se produce una sustancial aproximación de ambas responsabilidades en dichos campos. De una parte el ámbito de los bienes o intereses protegidos por la responsabilidad civil se ensancha progresivamente, y así, del núcleo originario de intereses protegidos constituido por los derechos reales y los derechos de la personalidad, se ha llegado —trabajosamente— al reconocimiento de la tutela aquiliana (frente a terceros ajenos al vínculo obligatorio) de los derechos de crédito (14). Por otra parte, se ha pasado de la técnica legislativa de la prohibición y de la sanción, que postulaban como necesario presupuesto de la afirmación de la responsabilidad la culpa («ninguna responsabilidad sin culpa»), a una técnica legislativa de permisión, más adecuada a las nuevas exigencias económico-sociales, que tiene como lógica contrapartida la afirmación de la responsabilidad objetiva unida a la idea del riesgo.

De este modo, la técnica garantista (responsabilidad como conjunto de garantías para el acreedor) nacida en el ámbito contractual, se extiende a un área de la responsabilidad extracontractual cada vez más importante —la de la actividad económico-productiva— asumiendo el carácter de disciplina interna de la actividad considerada.

Es en este contexto en el que se explica la tendencia doctrinal que plantea la necesidad de un estudio unitario de la responsabilidad o que, al menos, cuestiona la conveniencia de una radical separación entre ambos campos (15).

Tampoco puede desconocerse una tendencia general del ordenamiento que repercute directamente sobre el ámbito de la responsabilidad contractual y que comporta un ensanchamiento del mismo. Dicha tendencia (16) es paralela a la creciente operatividad del principio de la buena fe en el Derecho privado. En la misma medida en que tal principio deja de ser decorativo y se convierte en portador de exigencias de conducta, se traduce en una serie de deberes accesorios o complementarios del deber de prestación, cuya virtualidad estriba en que la violación de los mismos, en tanto que violación de un deber específico fruto de una relación concreta existente entre las partes, da origen a una responsabilidad de carácter contractual. De este modo, la responsabilidad contractual es algo más que la responsabilidad por incumplimiento (de la prestación principal) y se convierte, tendencialmente, en la responsabilidad por el daño producido entre quienes están ligados por un vínculo obligatorio aunque el interés afectado sea un

(14) DR MAJO, *op. cit.*, p. 80. Sobre la tendencia al progresivo ensanchamiento de los bienes e intereses susceptibles de ser tutelados por la responsabilidad aquiliana Vid. GALGANO, *op. cit.*, pp. 335-6. Sobre la tutela aquiliana del crédito frente a terceros, Cfr. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 725 y ss.

(15) En este sentido, Vid. SBISA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza de presupposti e di scopi?*, en «Resp. civ.», 1977, pp. 723 y ss., espec. p. 727.

(16) Tendencia puesta de manifiesto por SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, pp. 675-6.

interés distinto del de la prestación (17), llamado para distinguirse de éste, interés de protección, que consiste en el interés de las partes a que de la proximidad de sus esferas jurídicas que la actividad de cumplimiento determina, no resulte daño en la de cada uno de ellos por obra de la contraparte).

El resultado final de este proceso, como pone de manifiesto Scognamiglio (18), es el extender la esfera de relevancia de la obligación más allá de la prestación (principal) en la misma deducida, hacia la consideración de todas las obligaciones accesorios que concurren al objetivo de preparar o integrar el cumplimiento en forma que la satisfacción del acreedor sea plena. De este modo nacen los deberes de protección o seguridad (19) como deberes conexos al de prestación en forma estrecha o esencial, en modo que se excluyen del ámbito de la responsabilidad contractual, considerándose en cambio como casos de responsabilidad extracontractual, los daños causados con ocasión del cumplimiento, en relación puramente accidental con el mismo.

El resultado al final de esta evolución es, como pone de relieve Mancini (20), un concepto amplio de responsabilidad contractual en el que se incluye no sólo la responsabilidad por incumplimiento (de la prestación principal), sino también la responsabilidad precontractual (21) y la derivada de la violación de los deberes de protección o seguridad. Ello no es más que la consecuencia de la consideración de la relación obligatoria como una relación compleja que no se agota en la realización de la prestación principal.

Consecuencia de este ensanchamiento del ámbito de la responsabilidad contractual es una más amplia posibilidad de concurso de ambas clases de responsabilidad (22), entendido como un concurso de acciones.

(17) A este mismo resultado llega BIANCA por la vía de la construcción de una noción de diligencia que comprende las necesarias medidas de cautela, de tal modo que el deudor está obligado a una prestación de contenido prudente, incurriendo por tanto en responsabilidad contractual al causar un daño —en un interés diverso del de prestación, pero ligado esencialmente a la actividad de cumplimiento— como consecuencia de la violación de ese deber de conducta prudente (Cfr. *op. cit.*, pp. 33 y ss.).

(18) *Op. cit.*, p. 675.

(19) Sobre los cuales Vid.: MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milán, 1957, pp. 3-4 y 53 y ss.; MAJELLO, *op. cit.*, pp. 61 y ss.; MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (studio critico)*, en «Riv. dir. comm.», 1954, I, pp. 368 y ss.; VISINTINI, *op. cit.*, pp. 158 y ss.

(20) *Op. cit.*, p. 2. Vid. también la recensión de MAJELLO, en «Riv. dir. civ.», 1957, I, p. 783.

(21) Que se califica como de carácter contractual en tanto que violación de una obligación legal (derivada de la buena fe, arts. 7-I y 1.258 C. c.) de comportamiento correcto en la fase preliminar a la celebración del contrato, obligación que, por tanto, resulta preexistente a la propia afirmación de la responsabilidad.

Cfr. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 675; MANCINI, *op. cit.*, p. 2, nota 2 bis; MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, en «Riv. dir. comm.», 1954, y allí, p. 369, nota 16.

(22) Posibilidad de concurso admitida generalmente en la doctrina y jurisprudencia italianas (Vid. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, pp. 677 y ss.; DISTASO, *Le obbligazioni in generale*, en «Giurisprudenza sistematica civile e commerciale», dirigida por W. Bigiavi, Turín, 1970, pp. 400 y ss.; DE CUPIS, *Il danno (teoria generale della responsabilità civile)*, Milán, 1979, pp. 113 y ss.).

En cambio, del ámbito de la responsabilidad contractual se excluyen las inobservancias que se refieren a comportamientos no debidos (como la carga) y a los deberes no patrimoniales, aunque respecto de estos últimos cabe la aplicación analógica (23).

Por el contrario —pasando a hablar del ámbito subjetivo de la responsabilidad contractual— se incluyen dentro del régimen general de las mismas los entes públicos. No existe una discriminación sub-

En España, sobre el argumento, Vid. Díez-PICAZO, *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictiva en el Derecho español*, en Ponencias españolas del VI Congreso Internacional de Derecho comparado, Barcelona, 1962, pp. 59 y ss.; y Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, II, Madrid, 1982* (3.ª ed.), pp. 610 y ss.

Concurso que se da cuando una conducta dañosa realiza simultáneamente un incumplimiento (de una obligación preexistente) y un daño injusto. Ejemplos clásicos, son los daños causados por el transportista en la persona del viajero o por el médico en la persona del paciente. Se trata, como dice DE CUPIS, de hipótesis en que existe un solo daño en un único interés (la vida o la integridad personal, en los casos citados), y producido por un solo hecho (el accidente vial o el fallo operatorio).

El problema, en concreto, se plantea cuando se trata de concurso de responsabilidades en un mismo sujeto responsable (el transportista, el médico), pues no hay obstáculo a la concurrencia de las dos formas de responsabilidad en personas distintas (Vid. Díez-PICAZO, *op. cit.*, espec. pp. 65 y ss.).

En estos casos lo que se discute, como dice SCOGNAMIGLIO, es si el dañado ha de servirse de una sola acción de responsabilidad (que sería la contractual por su carácter específico), o por el contrario puede servirse de una u otra acción, siempre, obviamente, para conseguir una sola vez el importe del daño.

La solución debe ser la segunda, porque en estos casos se realiza simultáneamente el presupuesto de las dos clases de responsabilidad, y no se comprende por qué la víctima del daño no pueda elegir entre la acción que le corresponde como acreedor y la que con independencia de su posición en la relación obligatoria la ley le concede por el daño injusto que se le ha acarreado. En otras palabras, la responsabilidad contractual actúa como un *plus*, como instrumento ulterior de defensa de un interés del acreedor, pero no elimina la defensa general que de ese interés el ordenamiento ofrece prescindiendo de relaciones particulares que lo afecten.

En favor del acreedor-dañado se produce un concurso de acciones, fruto de la concurrencia para la consecución de un mismo objeto de dos remedios distintos correspondientes al sujeto por la verificación autónoma de sus respectivos requisitos. (Del mismo modo que el propietario-arrendador puede recobrar la cosa por vía de reivindicación o de acción contractual).

La producción de un concurso de acciones en favor de un mismo sujeto parece ser admitida por el Tribunal Supremo en la S. de 30 de diciembre de 1929 (cit. por Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 62 y en el *Sistema...*, cit., p. 612).

El acreedor-dañado puede optar por una u otra acción de responsabilidad, o por las dos alternativamente. Fracasada una acción, o prescrita —caso este especialmente a considerar dada la diferencia considerable de plazos para una y otra acción: arts. 1.964 y 1.968 del C. c.— el acreedor-dañado puede accionar por la otra (Cfr. doctrina del Supremo en Díez-PICAZO, *ibidem*, espec. pp. 64-5).

Un ejercicio sucesivo de las dos acciones sólo es admisible cuando, habiéndose ejercitado primero la acción contractual y en virtud de la limitación del resarcimiento para el incumplimiento no doloso (art. 1.107 C. c.), el dañado no haya obtenido el resarcimiento de todos los daños y acuda a la acción extracontractual a fin de resarcirse de daños que no lo hayan sido por la vía contractual. Este ejercicio sucesivo de las dos acciones se hace posible por la inexistencia de limitaciones en la fijación del resarcimiento en sede de responsabilidad civil (se ha de indemnizar todo el daño causado).

(23) BIANCA, *op. cit.*, pp. 2 y 3; MACCARONE, *op. cit.*, p. 5.

jetiva en el ámbito de la responsabilidad contractual, ni se justifica en su favor por razón de su carácter público un régimen de privilegio con relación a los particulares (24).

La vigencia del Estado de Derecho (art. 9-1 Const.) impone que en defecto de una regulación legal específica, el Estado y los demás entes públicos en su actuación se sujeten al Derecho común (25).

A la luz de las consideraciones hasta aquí desarrolladas, que ponen de manifiesto la conexión estructural de la idea de responsabilidad con la de obligación, resulta natural que al hablar de la función de la responsabilidad contractual se ponga de manifiesto, como contenido primario de la misma el de garantizar la posición del acreedor (26), de tal forma que cuando la realización coactiva de su pretensión no sea posible, se le resarza de las pérdidas sufridas por el incumplimiento (función compensatoria).

Se habla también en este orden de ideas de la función preventiva de la responsabilidad contractual para describir la motivación hacia el cumplimiento que supone para el deudor la amenaza futura del resarcimiento, que se ofrece a su vez como una cierta garantía de cumplimiento para el acreedor en tanto no pueda hacer efectivo coactivamente su derecho (27). De este modo, al privilegiarse el aspecto garantista de la responsabilidad, indisolublemente unido a la propia idea de obligación, se relega a un segundo plano el carácter sancionatorio del resarcimiento (28), lo que no puede dejar de tener repercusión en el modo de operar de las reglas de responsabilidad: se responde porque se debe, no porque se realice un comportamiento (subjektivamente) reprochable.

La tutela del crédito asumida como idea central de la responsabilidad, implica el abandono de patrones morales o intencionales e impone la adopción de módulos objetivos de conducta (más idóneos para operar la realización del interés creditorio) y la afirmación de la responsabilidad como consecuencia inmediata del incumplimiento o, al menos, como su consecuencia normal.

2) *El encuadramiento del problema en el sistema de la responsabilidad contractual*

Para empezar convendrá definir el ámbito dentro del conjunto de las normas que disciplinan la responsabilidad contractual en el que se intenta realizar la revisión crítica propuesta.

Dentro de la materia a que se refieren las normas que disciplinan

(24) BIANCA, *op. cit.*, p. 5.

(25) GALGANO, *op. cit.*, p. 725.

(26) ROPPO, *op. cit.*, p. 252.

(27) Esta forma de presión indirecta hacia el cumplimiento ejercida sobre el deudor por la amenaza del resarcimiento, es puesta de manifiesto por BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni* (2.^a ed.), Milán, 1964, p. 234: «... il quale (el deudor) sapendo che vi incorre (en responsabilidad) se non eseguisce la prestazione, può preferire l'adempimento».

(28) Vid ROPPO, *ibidem* y MESSINEO, *op. cit.*, p. 246.

la responsabilidad contractual, es tradicional efectuar a los efectos de su estudio la siguiente tripartición: a) Los supuestos del incumplimiento (total o parcial —con reglas especiales para éste, artículo 1.169 Código civil, resolución parcial—, y, a su vez éstos pueden ser inexactos cuantitativa o cualitativamente, retardados —inexactitud temporal con las reglas particulares de la mora— o definitivos) (29).

b) Las reglas o el juicio de responsabilidad, a lo que también se llama con terminología tradicional —en verdad, bastante imprecisa, pero gráfica— imputación del incumplimiento (30). En virtud de tales reglas o a través de tal juicio, se establece si la infracción del deudor (correlativa a la insatisfacción del acreedor) es o no susceptible de originar consecuencias.

c) Las consecuencias del incumplimiento (calificado en virtud del juicio de responsabilidad como idóneo a generarlas, es decir, «imputable»), o conjunto de medidas de que el acreedor dispone ante el mismo para la defensa de su derecho (ejecución coactiva, resarcimiento de los daños causados, resolución del contrato) (31).

Lo que aquí se analiza es el segundo aspecto, es decir, las reglas de responsabilidad o el juicio de responsabilidad. En suma, el objeto del estudio crítico propuesto es el problema de delimitar una vez establecido el incumplimiento en su materialidad (la falta o inexactitud del resultado debido) en qué condiciones el deudor responde (y por consiguiente el acreedor actúa coactivamente su derecho), y en cuales, por el contrario, el deudor se libera de responsabilidad. El objeto del problema es por tanto el del significado y contenido de las reglas de responsabilidad (primero legales, después, a través de la autonomía privada, convencionales).

De los tres aspectos enumerados comprendidos en el ámbito normativo de la responsabilidad contractual —que responden en cierto modo cronológicamente a las fases mentales del juicio de responsabilidad— aquella de la que nos ocupamos (en términos tradicionales la imputación del incumplimiento) constituye sin duda el momento básico de la responsabilidad contractual, en la medida que los otros dos aspectos le son complementarios y alcanzan su sentido y relevancia a través de aquel momento fundamental. Pues sólo a través de la afirmación de la responsabilidad se conectan a los supuestos de incumplimiento las distintas consecuencias previstas por el ordenamiento. Sólo una vez conocido cómo operan las reglas de responsabilidad, podremos saber sobre qué principios las consecuencias del incumplimiento son operativas, si todas ellas responden a los mismos principios o si por el contrario se diversifican en sus presupuestos de aplicación. Es decir, sólo a través del análisis de las reglas de responsabilidad y su funcionamiento se conoce la verdadera trascendencia de la distinción operada dentro de los supuestos del incumplimiento y de las consecuencias del

(29) Vid. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milán, 1975, pp. 36 y ss.; BIANCA, *op. cit.*, pp. 23 y ss.; MACCARONE, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

(30) BIANCA, *ibidem*, pp. 80 y ss.; GIORGIANNI, *ibidem*, pp. 187 y ss.

(31) MESSINEO, *op. cit.*, pp. 237 y ss.

mismo; si se responde siempre o sólo en algunos casos, cuáles son los criterios para establecer la frontera entre la responsabilidad y la exoneración, si tales criterios son siempre los mismos o varían en función del supuesto de incumplimiento de que se trate y/o de la consecuencia prevista.

En definitiva, sólo una vez clarificado el significado y contenido de las reglas de responsabilidad, podremos saber en qué supuestos de incumplimiento (si todos o algunos, si sólo algunos en base a qué cánones) se aplican las consecuencias (distinguidas o no en su fundamento operativo) previstas por el ordenamiento.

Individualizado así el problema, es fácil advertir de inmediato una doble perspectiva del mismo que constituyen las dos caras de una misma moneda (32). La identificación de los criterios de imputación de la responsabilidad *á parte creditoris*, significa la indagación de en qué condiciones una infracción del derecho del acreedor es susceptible de ser reparada, y, simultáneamente, *a sensu contrario* significa *a parte debitoris*, la indagación de en qué condiciones queda éste liberado, exonerado de toda responsabilidad no obstante la insatisfacción del derecho creditorio (incumplimiento material, falta o inexactitud de la prestación debida).

Entre ambas perspectivas debe existir una simetría perfecta: la exoneración del deudor no puede ir más allá del límite hasta el cual al acreedor se le reconoce su derecho, ni el derecho de éste puede ir más allá de donde empieza la liberación del deudor.

Sobre el plano procesal, la cuestión se plantea por parte del acreedor como el conjunto de principios que fundan su derecho a la realización del crédito, mientras por parte del deudor el problema de la responsabilidad estriba en la individualización de cuál sea el contenido de la prueba liberatoria (33), aquélla en virtud de la cual —en defecto de la prueba del cumplimiento, pues el hecho material del incumplimiento es presupuesto del juicio de responsabilidad— el deudor queda exonerado de responsabilidad por falta de los presupuestos positivos de la misma.

Apurando la interrelación establecida —simetría perfecta— entre exoneración y responsabilidad, aquí se impone observar que las reglas de responsabilidad son simultáneamente reglas de exoneración a contrario y que, viceversa, las reglas de exoneración son a contrario reglas de responsabilidad. Y ello es así porque se deja de responder cuando se deja de dar el presupuesto al que la responsabilidad se conecta (de modo que las reglas de responsabilidad fungen como reglas de liberación del deudor), y se responde cuando se deja de dar el presupuesto al que la exoneración se conecta (de modo que las reglas de exoneración

(32) Cfr. ROPPO, *op. cit.*, p. 245.

(33) Vid. ROPPO, *ibidem*. La identificación del problema de la responsabilidad contractual con el objeto de la prueba liberatoria es usual en la doctrina: Cfr. GIORGIANNI, *op. cit.*, pp. 192 y 195; VISINTINI, *op. cit.*, pp. 3 y 4, y *Dottrine civilistiche della responsabilità contrattuale e riflessi marittimistici*, en «Dir. mar.», 1976, p. 359.

funger como reglas de responsabilidad del deudor). Ello resulta, como decimos, de la coherencia interna de las propias reglas de responsabilidad, al interior de las cuales se habla de responsabilidad y exoneración para describir dos perspectivas de un mismo fenómeno. El contenido de la prueba liberatoria es la negación del fundamento de la responsabilidad (equivale a su ausencia) y todo aquello que no es prueba liberatoria (es decir, ausencia del fundamento de la responsabilidad) es responsabilidad, se incluye en el fundamento de la misma.

A la luz de todo lo dicho resulta claro que el tema de la responsabilidad contractual (conjunto de reglas de responsabilidad-exoneración) haya podido ser configurado recientemente en la doctrina (34) en términos de reparto (legal, a través de los criterios establecidos por el legislador) del riesgo del incumplimiento. En efecto, lo que se discute es si el deudor incumplidor, además de la pérdida de la contraprestación (35) que el acreedor en su caso —contrato sinalagmático— le debía, debe soportar las consecuencias dañosas que para el acreedor han derivado en su economía del incumplimiento, o si por el contrario es el propio acreedor quien —además de no recibir la prestación debida— debe soportarlas.

Junto al tema central de la responsabilidad así individualizado, existe una serie de problemas conexos, en los cuales no siempre resulta fácil ver si condicionan la responsabilidad o son condicionados por ella. Así, por ejemplo (entre aquellos que han dado más trabajo a la doctrina), el contenido de la prestación (el papel que juega en la misma el interés del acreedor (36), su carácter complejo o no, comprensivo o no del deber de preparar el cumplimiento y del de evitar

(34) Así, GALGANO, *op. cit.*, pp. 197-8: «L'eventualità che, alla scadenza, il debitore non adempia è un rischio per il creditore: il rischio di di non ricevere la prestazione sulla quale egli ha fatto affidamento nel momento in cui la obbligazione è sorta. L'eventualità, d'altra parte, di dover risarcire i danni per il proprio inadempimento è un rischio per il debitore. I principi qui esposti attengono alla ripartizione, fra debitore e creditore del rischio per l'inadempimento».

Vid. también, ROPPO, *op. cit.*, p. 243 y en *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e «frustration of contract»* (in *marginem ad un caso di Suez*), en «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1973, p. 1259; FRANZONI, *recensión a La responsabilità contrattuale*, en «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1981, p. 1277; VEIRANA, *Factum principis e impossibilità sopravvenuta della prestazione*, en «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1977, p. 915; TABET, *L'inadempimento contrattuale per stato di necessità*, en «For. it.», 1951, IV, *coll.* 199-200.

(35) Precisamente en el diverso contenido del riesgo (en caso de resolución la contraprestación) ha visto ROPPO (*op. cit.*, 243) la diferencia entre resolución y rescaramiento.

(36) Sobre el tema, Vid. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, en «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1959, pp. 1273 y ss. Donde si bien inicialmente parece que el problema del contenido de la prestación es un problema previo al de la responsabilidad, pues se trata de saber aquello que el deudor debe realizar para evitar las consecuencias del incumplimiento (p. 1273), posteriormente resulta —a través de la referencia a la idea del deber jurídico y la concepción imperativista del Derecho— que es a la inversa y que es aquel primer problema el que viene condicionado por el examen de Derecho positivo en punto a la responsabilidad. Vid., también, NICOLÓ, voz «Adempimento» en *Enc. Dir.*, Milán, I, 1958, pp. 555-6.

la imposibilidad del mismo) (37), el problema de la carga de la prueba, etcétera.

Pero es sobre todo la propia idea de obligación la que resulta fundamentalmente afectada según el criterio de responsabilidad acogido, y ello, por aquella conexión estructural obligación-responsabilidad en su lugar puesta de manifiesto. Así no ha dejado de advertirlo la doctrina más atenta que se ha ocupado de la cuestión. Ya Osti (39) advirtió esta íntima conexión en su día cuando escribía que el reconocimiento de un fundamento objetivo de la responsabilidad por incumplimiento no puede dejar de influenciar en la determinación del contenido de la relación obligatoria y sobre el concepto mismo de obligación. De tal forma que la prestación misma aparece no tanto como una actividad voluntaria del deudor, cuanto una aportación de utilidad al acreedor que incumbe al deudor y de la que éste responde con independencia de su voluntad mejor o peor dispuesta. Esta misma interacción entre el área de la responsabilidad y la noción misma de obligación, ha sido percibida por la autoridad de Giorgianni, el cual, en el contexto de una crítica a la tesis objetivista particularmente rigurosa (39), ha sostenido que su acogimiento generalizado produciría una transformación fatal de la relación obligatoria en una relación de garantía.

3) Tesis subjetivistas y objetivistas. Equivocidad terminológica

El ámbito de la discusión, así como ha sido definido en el número precedente, es decir, el conjunto de reglas o criterios de responsabilidad (imputación)-exoneración, constituye el campo en el que tradicionalmente se enfrentan dos bloques doctrinales a primera vista irreconciliables. Son las llamadas corrientes objetivistas y subjetivistas de la responsabilidad contractual.

Ambos bandos se presentan como modos diversos de resolver el tema de fondo de la responsabilidad contractual, es decir, como dos maneras de afrontar el dilema que ésta plantea en todo caso: u optar por una tutela rigurosa del crédito o, por el contrario, optar por una reducción del grado de sacrificio o esfuerzo que al deudor se le exige (40). En suma, las dos mencionadas direcciones doctrinales aparecen como dos caminos para abordar los temas fundamentales de la responsabilidad contractual: el problema del límite y el del fundamento de la misma.

La constante evolución doctrinal a que está sometida la materia de la responsabilidad contractual ha hecho, sin embargo, que ni tan si-

(37) Vid., MANGINI, *op. cit.*, pp. 54 y ss.

(38) Vid. *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, en «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1954, p. 615.

(39) *Op. cit.*, pp. 232 y ss. Crítica basada en que el art. 1.218 C. c. it. supone una generalización abusiva a todo el campo de las obligaciones de principios nacidos en el ámbito peculiar de la custodia.

(40) Dilema puesto de manifiesto por FERRANDO, *Impossibilità sopravvenuta, diligenza del buon padre di famiglia e valutazioni di buona fede*, en «Giur. mer», I, 1974, p. 395.

quiera aquellas calificaciones que sirven para agrupar las grandes tendencias doctrinales que se enfrentan en este ámbito hayan permanecido inalteradas en su significado.

Por doctrinas subjetivistas se entienden aquéllas que condicionan la relevancia del incumplimiento al presupuesto de la culpa, de tal forma que fundamento de la responsabilidad contractual es siempre la culpa (41). Sobre estas ideas el significado del subjetivismo ha permanecido inalterado. Por el contrario, el concepto de responsabilidad objetiva ha sufrido evolución. En un primer momento, como fruto del esfuerzo de revisión realizado por Osti (42) a principios de siglo, se entiende por teorías objetivas aquéllas que como consecuencia de la acogida de un concepto riguroso y objetivo de la imposibilidad liberatoria, entienden que la responsabilidad contractual, mientras la prestación sea posible, se funda en el mero incumplimiento (*tout court*), prescindiendo por completo del presupuesto de la culpa. Sin embargo, y como consecuencia de que la responsabilidad subsiste cuando no obstante la sobrevenida imposibilidad de la prestación ésta es debida a culpa del deudor, se reconoce un campo en que la culpa es relevante a efectos de la afirmación de la responsabilidad contractual, precisamente el campo de la responsabilidad, por la imposibilidad sobrevenida en el cual la culpa asume el papel de fundamento de la misma (43).

El primer objetivismo tuvo por tanto la virtualidad de limitar el ámbito de la responsabilidad contractual en el que la culpa opera como fundamento de la misma. De ser fundamento de toda la responsabilidad contractual pasa a serlo sólo de parte (de la responsabilidad por imposibilidad sobrevenida).

De este modo, en este primer momento, la contraposición entre responsabilidad objetiva y subjetiva es parcial en la medida en que se circunscribe —por la diversa noción acogida, objetiva o subjetiva a su vez de la imposibilidad (44)— a los supuestos de responsabilidad en que la prestación es todavía posible.

Por ello, y para evitar equívocos terminológicos, la responsabilidad contractual en este primer momento no es (plenamente) objetiva (45) —entendiendo objetividad en la responsabilidad como irrelevancia del comportamiento del deudor en la determinación de la misma— en la medida en que resta un ámbito —el de la imposibilidad sobrevenida— en que la culpa del deudor es relevante.

En un segundo momento, sin embargo, se habla ya de responsabilidad contractual objetiva en otro sentido. Se habla de objetividad en los criterios de imputación, prescindiendo a tal efecto de toda relevancia

(41) Vid. VISINTINI, *Dottrine civilistiche della responsabilità contrattuale e riflessi marittimistici*, cit., p. 360.

(42) *Revisión crítica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, en «Riv. dir. civ.», 1918, pp. 209 y ss., 313 y ss. y 417 y ss., *passim*, espec. p. 344.

(43) Cfr. MANCINI, *op. cit.*, p. 7.

(44) Vid. MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., pp. 3 y ss.

(45) Cfr. CANNATA, *op. cit.*, p. 1011, y NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio (Apunti delle lezioni)*, II, Milán, 1962, p. 80.

de la conducta del deudor. Y así se habla (46) de responsabilidad excluida cuando el incumplimiento sea debido a una causa externa a la empresa del deudor y de carácter catastrófico, mientras la responsabilidad se afirma cuando tiene su origen en causas internas a la empresa, aunque sean inculpables. De este modo, se habla de responsabilidad objetiva en dos sentidos (47): objetividad en la imposibilidad y objetividad en la imputación. Conforme al primer sentido, el deudor responde por el simple incumplimiento (despojado de toda cualificación subjetiva) en tanto la prestación sea posible. Con arreglo al segundo —aplicado especialmente en tema de responsabilidad empresarial—, se hace gravar sobre el deudor el peso del daño derivante de causas internas a su esfera de control, prescindiendo de toda valoración de su conducta.

La calificación definitiva del sistema de la responsabilidad contractual español sólo podrá hacerse una vez esclarecido cuál sea el papel de la culpa dentro del mismo. Sin embargo, también aquí es necesaria una precisión terminológica. La responsabilidad fundada en la culpa es también en cierto modo objetiva, pues la culpa relevante no es una culpa-intención, sino una culpa-modelo de conducta que se conecta al patrón tradicional del buen padre de familia (art. 1.104 C. c.), modelo éste que prescinde —por su carácter de patrón de conducta objetivo— de las aptitudes concretas del sujeto y de su buena o mala voluntad de cumplir.

b) EL SUBSTRATO REAL DE LA DISCUSION. EVOLUCION Y TENDENCIAS ACTUALES: LA TUTELA DEL CREDITO COMO EXIGENCIA COMUN IRRENUNCIABLE

1) *Culpa y riesgo: evolución histórica*

Como hemos ya advertido, el campo de la responsabilidad contractual en particular y el de la responsabilidad en general, es una zona de la ciencia jurídica particularmente sensible a los cambios históricos. Es precisamente éste uno de los factores que hacen su estudio especialmente complicado en la medida en que no siempre resulta fácil ver aquello que se esconde detrás de nuevas terminologías, ni desvelar detrás de las mismas cuál es la línea evolutiva, el hilo conductor a que responde el cambio o lo que aparece como tal.

Se puede decir *grosso modo* que en el campo de la responsabilidad existen básicamente dos criterios a la hora de determinar la afirmación de la misma: uno es aquel que toma como punto necesario de referencia la conducta o la voluntad del sujeto; el otro es aquél que

(46) TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, en «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1970, I, p. 521. Es en este sentido de la objetividad que se habla de una noción objetiva de caso fortuito como evento extraordinario y ajeno a la esfera de control del deudor.

(47) Como ha puesto de manifiesto VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 79.

prescinde de ellas. La historia jurídica muestra cómo ambos criterios se suceden y se mezclan en una genuina demostración del relativismo de la evolución jurídica, en el sentido de que una misma solución superada en su momento por primitiva, sustituye sucesivamente a aquella que se consideraba más avanzada por considerarse ahora como más adecuada a las nuevas necesidades.

De este modo se ha operado históricamente en el ámbito de la responsabilidad el reenvío sucesivo a los principios de la culpa y del riesgo (48). La primera, entendida como necesidad de una verificación subjetiva previa a la afirmación de la responsabilidad. El segundo (49), como necesidad de una referibilidad automática del daño a quien lo causa, con independencia de su culpa.

Evolución y alternancia de criterios (aunque por razones diversas) que no son algo reciente, sino que se han producido en el ámbito de la responsabilidad desde los primeros tiempos.

Es pacífico (50) que los sistemas primitivos de responsabilidad eran de carácter objetivo. En los comienzos del pensamiento jurídico basta para considerar responsable al causante de un daño el hecho objetivo del nexo de causalidad entre éste y la conducta del sujeto (responsabilidad por el resultado). Este nexo de causalidad, como consecuencia del desarrollo jurídico todavía precario, sólo es relevante cuando existe una causalidad inmediata y sensible; las relaciones causales de mayor complicación, en especial la omisión, no dan origen a responsabilidad. De este modo parece (51) que la causalidad por omisión no tuvo relevancia para la Ley de las Doce Tablas, y en la *lex Aquilia*, mucho más moderna, se exige el nexo físico con el objeto dañado para que se afirme la responsabilidad (*damnum corpore corpori datum*). Es en este contexto en el que la expresión *culpa* se usa a veces por los clásicos para indicar el nexo causal entre la acción del sujeto y el evento dañoso (52).

(48) Cfr. COTTINO, voz «Caso fortuito e forza maggiore», en *Enc. Dir.*, VI, Milán, 1960, p. 378.

(49) Vid. BETTI, *op. cit.*, pp. 150 y ss.

(50) En este sentido, Vid. MAJELLO, *op. ult. cit.*, p. 237; JÖRS-KUNKEL, *De-recho privado romano* (trad. de la segunda edición alemana), Barcelona, 1937, p. 247; GIORGIANNI, voz «Buon padre di famiglia», en *Noviss. Dig. it.*, II, Turin, 1957, p. 597.

(51) JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 249.

(52) ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*, Nápoles, 1968, pp. 381 y 385.

Los más típicos entre los textos en que se expresa esta acepción de la culpa —para las citas Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto romano* (ristampa della seconda edizione), Nápoles, 1958, pp. 221-2— son aquellos en que la culpa aparece como causa de un detrimento sufrido por el sujeto mismo. La culpa no es aquí un criterio de responsabilidad sino la causa de la pérdida de un beneficio por el sujeto en cuestión. Por no haberse dado cuenta de esta acepción clásica de la palabra culpa, los bizantinos interpolándola erróneamente como criterio de responsabilidad en lugares que tenía este significado, añadieron equivocadamente junto a la mención de la culpa la del dolo.

Más cercanos a la idea del ilícito, pero todavía fuera del campo del ilícito civil, son los textos clásicos que hablan de culpa (*mariti* o *mulieris*) como causa de divorcio (Cfr. ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, pp. 223-4), que expresan el hecho de

También es hoy pacífico —y resulta un síntoma de gran valor para demostrar el relativismo histórico con que la discusión sobre la responsabilidad se ha producido— que el criterio de la culpa como base de la responsabilidad contractual no es originario del Derecho romano clásico (53). La culpa y la diligencia del buen padre de familia son en la etapa clásica nociones ajenas al terreno del incumplimiento de las obligaciones (54).

El sistema romano-clásico de la responsabilidad contractual, tal y como lo delinea Betti (55), aparece configurado de la siguiente manera:

En el ámbito de la custodia se construye una responsabilidad objetiva muy rigurosa. La liberación del deudor se conecta a hechos típicos. Sólo en la edad postclásica la responsabilidad por custodia se transforma en una responsabilidad por omitida diligencia en la custodia. En el Derecho clásico quien está obligado a la custodia responde, con o sin culpa, de algunos determinados eventos, entre los cuales, en modo particular, el robo (56) que deviene el caso principal, en que se hacía

dar causa a la disolución del matrimonio. Este concepto se aplica también a la ruptura de esponsales.

También en época clásica, se usa la palabra *culpa* en relación al ilícito civil, pero no para expresar una forma particular del mismo, sino para indicar en general la acción antijurídica, especialmente en materia de delitos públicos (Cfr. ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, p. 224).

(53) ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni...*, cit., p. 385: «Che l'idea della *culpa* come base della responsabilità sia tardiva, é indiscutibile».

(54) BETTI, *op. cit.*, p. 116.

Cfr., también, ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale...*, cit., p. 218, que traza así balance de la relevancia de la culpa en el Derecho romano clásico: «In confronto all'enorme rilievo che la responsabilità contrattuale per colpa ebbe nel diritto giustiniano e conservò nell'evoluzione posteriore, le messe che abbiamo potuto raccogliere per diritto classico è veramente esigua. In tema di stipulazioni *in faciendo*, non abbiamo trovato che qualche accenno a prendere in considerazione la maggiore o minore diligenza dell'agente, e anche questo con la tendenza ad concentrare la decisione nel verificarsi o meno di un dato evento esteriore. Nella materia delle locazioni d'opera, che poteva sembrare la più adatta alla valutazione della perizia o della diligenza individuale, abbiamo trovato sì il rilievo dell'*imperitia*, ma con tali limitazioni o freni di ridurne l'efficacia al minimo; per le costruzioni, gli scavi ed altre opere su immobili, abbiamo visto la responsabilità del *conductor* objetivarsi nel *vitium operis*; per le manipulaciones y trasportes de cosas muebles, si pratica il patto di assunzione o di esenzione dal *periculum*, col risultato di evitare a priori ogni controversia circa la causa (*imperitia* o *vitium materiae*) che abbia determinato il perimento della cosa; in ogni caso, poi, la consegna accettata dal comitente chiude l'adito ad ogni discussione ulteriore. Negli stessi campi del pegno e della *negotiorum gestio*, che sembrerebbero a primo aspetto fra quelli in cui la responsabilità per colpa si celebra senza contrasti, abbiamo riconosciuto il dolo come punto di partenza della giurisprudenza, e controllato come pochi, tardi, non sempre fededegni i testi nei quali la culpa si afferma. Soltanto in tema di restituzione della dote la dottrina della colpa sovrasta nettamente anche in epoca classica», pero aquí la jurisprudencia se inspira en un orden de ideas que no es propio de la responsabilidad contractual, sino que se aplican principios propios de la responsabilidad del poseedor demandado con la *rei vindicatio*, afines a la responsabilidad *aquiliana* (Cfr. ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, pp. 202-3, 241 y 246-7).

(55) BETTI, *op. y loc. cit.*

(56) Del mismo modo que la fuga del esclavo que por su naturaleza exigiera una vigilancia especial (*servus qui custodiri solet*). Vid. JÖRS-KUNKE, *op. cit.*,

efectiva la responsabilidad (objetiva) por custodia. De este modo la custodia se configura como una responsabilidad por el resultado, en la que priman sobre las circunstancias personales del deudor la consideración de circunstancias típicas.

En el ámbito de la custodia (que resulta hoy difícil de precisar por la construcción casuística del Derecho romano) (57) el deudor respondía de la pérdida de la cosa, a menos que pudiera justificar que ésta se debía a circunstancias extraordinarias que en la época clásica fueron comprendidas en la denominación de *vis maior*. Como casos de fuerza mayor mencionan las fuentes el incendio, la inundación, el naufragio, el derrumbamiento de un edificio, la revolución y el saqueo (58).

Donde no existe una responsabilidad por custodia, el criterio de responsabilidad se determina por la naturaleza típica de la relación obligatoria (59). El ámbito de responsabilidad más limitado se da en las relaciones obligatorias de derecho estricto, donde los únicos comportamientos relevantes a efectos de la responsabilidad son los comisivos. Ninguna responsabilidad deriva de la omisión.

Sin embargo, la vigencia del principio de buena fe en una serie de relaciones determinó una ampliación del ámbito de la imputabilidad, distinguiéndose dentro de esta categoría de relaciones (*bonae fidei*) entre las que dan lugar a acción infamante y aquellas otras que no dan lugar a la misma (60).

Las relaciones obligatorias basadas sobre el elemento de la *fiducia* personal y provistas de acción infamante como la sociedad, tutela, mandato, y el depósito, son valoradas en modo diverso que las demás relaciones de buena fe. En las primeras el deudor responde sólo de *dolus* o *fraus*, entendidos como violación del deber de *fiducia*, comportamiento tal, que tiene efecto infamante, lo que se explica porque el criterio de valoración empleado no es el de la habilidad técnica sino el de la *fides* o lealtad.

Esta correlación entre *fides* y *dolus*, sufre con las nuevas concepciones del tráfico una evolución. El *dolus* se extiende a toda deslealtad,

p. 251; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni...*, cit., p. 383 y *op. últ. cit.*, pp. 62 y ss., y MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., p. 20.

(57) Sobre tal ámbito, Vid. JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 251; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni...*, cit., p. 383, y *Responsabilità contrattuale...*, cit. pp. 64 y 100 y ss. Casos seguros, citados por GAYO en las Instituciones (III; 205-206) son los del comodatario, el curtidor (*fullo*) y el sastre (*sarcitor*). Se puede afirmar con cierta seguridad, también los casos del naviero (*nauta*), hostelero (*caupo*) y el estabulario (*stabularius*) con respecto de las cosas recibidas en el ejercicio de su profesión, así como del arrendador de graneros (*horrearius*). Otros supuestos —acreedor pignoraticio, vendedor de una cosa aún no entregada— resultan probables o dudosos.

(58) Vid. JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 251.

(59) Vid. BETTI, *op. cit.*, p. 118.

O como más exactamente se ha dicho, habida cuenta del sistema de acciones peculiar del Derecho romano, el deudor sólo era responsable de ciertos hechos cuya extensión dependía de la clase de acción contra él ejercitada por el acreedor (JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 253).

(60) Cfr. BETTI, *op. cit.*, p. 119. Vid. también ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni...*, cit., p. 383.

de modo que del nuevo concepto de dolo deriva también la obligación de un cierto grado de diligencia (61). Es sobre todo en el ámbito de

(61) BETTI, *ibidem*, p. 120.

El *dolus* es la contraposición exacta de la *bona fides*, de forma que decir que se está obligado a la segunda, es decir que ha de evitarse el primero. (Sobre la coincidencia de uno y otra, Vid. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale...*, cit., pp. 33-4; en especial un fragmento de Ulpiano D, 50,17,152, § 3, *In contrahibus, quibus doli praestatio vel bona fides inest...*).

El concepto clásico de dolo es extraordinariamente elástico, y el no haber sabido apreciar esto, ha sido el obstáculo tradicional a la admisión de que para una amplia gama de contratos la responsabilidad se fundase en el Derecho romano clásico en el dolo. Es también la no comprensión del concepto clásico de dolo la razón de las interpolaciones postclásicas y bizantinas que añaden a la mención clásica del dolo la de la culpa y sus grados, sobre la base del entendimiento del dolo como un incumplimiento agravado y de la responsabilidad sólo por dolo —consecuentemente— como una responsabilidad atenuada.

Sin embargo, como advierte ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, p. 35, en el entender el dolo como contrario de la buena fe en la época clásica, no se procedía con un criterio de favor hacia el obligado; el dolo comprende no sólo los casos en que se comentan actos (dolosos en sentido amplio, no en el de particularmente graves) positivos contrastantes con el contenido de la obligación (como el comodatario que usa la cosa para un destino diverso del pactado, o el prestador de obra que usa materiales diversos de los pactados), sino también hipótesis de voluntaria omisión de la prestación (como el tutor que deja de administrar los bienes del pupilo o el mandatario que no realiza la gestión encomendada). Tampoco se requiere que el deudor incumpla por razones moralmente reprobables, basta que el incumplimiento sea voluntario y consciente.

Así se explica que el dolo en sentido clásico englobara supuestos de negligencia en la administración del tutor o del mandatario e incluso casos de comportamiento omisivo, como la no restitución de la contraprestación por la enajenación de la cosa depositada, hecha por el heredero del depositario en la ignorancia de la ajenidad de la cosa (D. 16,3,1, § 47).

En la responsabilidad por dolo (en sentido clásico) se incluían, como casos de responsabilidad que llevaban aparejada acción infamante, la sociedad, el mandato, el depósito, la gestión tutelar y la fiducia. A medida que la noción clásica de dolo se pierde, las interpolaciones incluyen junto al dolo la culpa lata, la leve y, a veces —como en la tutela—, la culpa en concreto. (Cfr. ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, pp. 43 y ss.).

En el concepto clásico de dolo se explican algunas menciones genuinas de la época a la *diligentia*, no como sinónimo de culpa, sino de actividad positiva como explicación de una concreta exigencia de *bona fides* que impone no sólo la abstención de conductas lesivas, sino la realización de ciertas actividades positivas cuya omisión por tanto genera responsabilidad por dolo (especialmente en tema de administración de tutores y mandatarios).

Menciones de esta negligencia dolosa clásica en tema de tutela y mandato pueden verse en los textos citados por ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, pp. 35 y ss. y 57 y ss. En este sentido clásico, la diligencia es un resultado del desarrollo normal de la responsabilidad por dolo, en modo que bien podía decir CIGERÓN con relación a la responsabilidad citada del mandatario, que éste responde «*se rem mandatam non modo malitiosus gessisset sui commodi aut quaestus causa, verum etiam neglegentius*».

También sería clásica, en cuanto aplicación de la responsabilidad por dolo, la mención de la diligencia contenida en el fragmento D. 18,1,68, relativa a la responsabilidad del vendedor (*non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere...*) que se ha comprometido a restituir los cánones percibidos por el arrendamiento de su cosa, después de la venta. La mención de la diligencia indicaría la actividad positiva de recaudación de las rentas como incluida en la *bona fides* junto al abstenerse de retenerlas. PROCULO ha encontrado en este caso la expresión *bona fides* por sí sola peligrosa, en cuanto podía conducir a una inter-

las relaciones *ex fide bona* que no llevan aparejada acción infamante, donde esta interpretación extensiva de la *bona fides* se produce hasta comprender el criterio de la diligencia (62).

De tal modo que, como sintetiza Betti (63), el Derecho romano clásico conoce por tanto casos de responsabilidad objetiva, casos de responsabilidad sólo por acto comisivo, casos —después— de responsabilidad por violación del deber de fidelidad o por *dolus* y, en cuarto lugar, a través de una interpretación extensiva de la *bona fides* conforme a las necesidades de tráfico (en especial el comercio con los peregrinos), casos contrarios a este criterio de conducta en el que se subsumen supuestos de mera negligencia.

A conclusiones no disímiles llegan Arangio-Ruiz (64) y Jörs-Kunkel (65), en el sentido de delinear un doble sistema de responsabilidad en el Derecho romano clásico: sistema de responsabilidad (objetiva) por custodia y sistema de responsabilidad por dolo. Entre ambos sistemas no existe un género intermedio (*tertium non datur*) constituido por la negligencia. Como pone de manifiesto Arangio-Ruiz, Gayo en sus *Instituciones* —que al ser el único texto clásico que ha llegado hasta nosotros sin interpolaciones, se convierte en parámetro de clasicismo— sólo utiliza la expresión «culpa» dos veces y siempre a propósito de la *lex Aquilia* (66).

pretación restrictiva de lo debido por el deudor (y por tanto de lo que se responde, faltando o inexactamente realizado) y ha añadido que es necesaria una actividad positiva (*diligentia*). Con ello —si bien de menciones como ésta, de origen clásico, deriva la negligencia interpolada bizantina— los clásicos no pretendían separarse del marco genérico (y amplio) de la responsabilidad por dolo (Cfr. ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, pp. 177-8).

(62) BETTI, *op. y loc. cit.*

(63) *Op. cit.*, p. 123.

(64) *Istituzioni...*, cit., p. 384.

(65) *Op. cit.*, p. 250.

(66) Es precisamente en el campo de la responsabilidad aquiliana donde la culpa se afirma por primera vez en Derecho romano y en época clásica como principio de responsabilidad (Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale...*, cit., pp. 225 y ss.).

La responsabilidad por culpa tal como nosotros hoy la entendemos (responsabilidad por imprudencia o negligencia) es de afirmación tardía y a ella se llega a través de una atormentada evolución.

Inicialmente para toda la fase primitiva del Derecho romano y para una época posterior que resulta difícil de precisar, el dolo es integrante del delito público o privado, en modo que lo que hoy entendemos como ilícito culposo se equipara a los efectos de la irresponsabilidad al caso fortuito.

La evolución que llevó a la afirmación de la responsabilidad por culpa (en sentido actual) no nos es conocida sino en los puntos de partida y de llegada. Una cosa es sin embargo indiscutible, y es que la expresión *culpa* ha asumido un significado técnico en orden a la afirmación de la responsabilidad por primera vez en el campo aquiliano (del *damnum iniuria datum*) y de él se ha extendido a otros supuestos regulados a su semejanza. Por esto, no casualmente las dos menciones de la culpa en GAYO aludidas en el texto, que con seguridad se pueden considerar clásicas, se encuentran con relación a la responsabilidad aquiliana.

Pero esta culpa técnica que aparece en edad clásica en el campo de la responsabilidad aquiliana en orden a su afirmación, no es la culpa-negligencia actual, último estadio de la evolución aludida. La culpa clásica tal y como aparece en el campo de la responsabilidad aquiliana viene entendida como imputabilidad, en

No se trata, por otra parte, de dos sistemas irreconciliables; en los contratos en que se aplica la responsabilidad por custodia el dolo permanece como criterio decisivo de responsabilidad para todas las infracciones que no se resuelvan en la pérdida o destrucción de la cosa (67).

La inexistencia de un canon intermedio de responsabilidad, como podría ser el de la culpa, se desprende a través del uso que se hace de la diligencia en los textos. De este modo aparece claro —en los textos no manipulados por los bizantinos— que el concepto de diligencia aparece indisolublemente unido al concepto de *bona fides* en los *iudicia bonae fidei* (68), de tal modo que a través de una interpretación extensiva del *dolus*, operada en modo progresivo, daban lugar a responsabilidad no ya sólo los actos dolosos en sentido estricto (o mejor, como nosotros hoy los entendemos), sino todo obrar impropio de personas honradas. De aquí deriva el deber de observar un cierto grado de cuidado (*diligentia*) por el deudor para no caer en la reprobación del dolo.

Es este uso elástico de la *bona fides* el que explica que la idea de la responsabilidad no se afirmase con igual rigor en todas las relaciones obligatorias y que variase, por ejemplo, según el deudor tuviera o no interés en la relación jurídica o según el depósito fuera o no gratuito. Este modo de ver las cosas, que ha sido puesto en conexión con el sistema romano de acciones (69) dio lugar a que los juristas clásicos no se ocuparan de una sistematización unitaria del tema de la responsabilidad contractual, ni les preocupara la coexistencia de criterios de responsabilidad diversos y (al menos aparentemente) antagónicos.

forma que los clásicos reconocían los extremos del daño aquiliano, toda vez que se diesen elementos suficientes para considerar el acto dañoso como propio del sujeto agente. De aquí, que desde VENEZIAN se haya puesto de manifiesto en tema de responsabilidad aquiliana, la prevalencia en la casuística clásica romana de la investigación causal (causación del daño) sobre la de la negligencia o la imprudencia.

Sólo los bizantinos a través de la interpolación de los textos clásicos —graduando la culpa, uniéndola a la mención de la diligencia— consideraron la culpa presupuesto de responsabilidad desde el punto de vista de la negligencia-imprudencia. (Sobre estas interpolaciones, Cfr. ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, pp. 232 y ss.).

La culpa clásica tal como emerge como presupuesto de la responsabilidad aquiliana, nace de la necesidad de establecer una conexión entre el acto humano y el evento dañoso para que aquélla se afirme, en forma de no atribuir a un hombre lo que es obra de la fortuna. El carácter clásico de esta culpa deriva, según ARANGIO-RUIZ (*ibidem*, pp. 238-9), de que esta investigación previa no se convierte en una valoración psicológica del sujeto, ni se regula en función de un único paradigma. Por tanto, si el único campo donde la culpa aparece en la era clásica no desborda el criterio del nexa causal, se ha de concluir que más allá de este límite los clásicos no han llegado en la valoración de la responsabilidad por culpa.

Estos principios de la responsabilidad aquiliana se extendieron analógicamente, fuera del campo de la responsabilidad contractual, en el campo de las acciones reales (especialmente *rei vindicatio*) y de las *familiae erciscundae* y *communi dividundo*; y por analogía con las primeras en el de la *actio rei uxoriae*. (Cfr. ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, pp. 239 y ss.).

(67) Vid. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni...*, cit., p. 384 y *op. últ. cit.*, pp. 173 y ss.

(68) ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni...*, loc. *últ. cit.*; JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 254.

(69) Cfr. JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 256, y BETTI, *op. cit.*, p. 124.

Con este material heterogéneo se enfrentaron los juristas postclásicos y justinianos. A éstos la diversidad del Derecho clásico les resultaba incomprensible y procedieron por ello a una elaboración orgánica de la materia de la responsabilidad contractual inspirados en la doble necesidad de buscar por una parte un único principio ordenador (afán sistemático), y por otra, de proceder a una moralización de la responsabilidad en la que tal vez influyó el cristianismo (70).

Esta doble necesidad se concreta en la interpretación de toda la materia de la responsabilidad contractual en base a la consideración del aspecto subjetivo o de la voluntad. Así aparece como idea central unificadora en todas las glosas e interpolaciones justinianas la noción de *culpa*, hasta el punto que, como señala Arangio-Ruiz (71), ninguna palabra ha sido interpolada tantas veces en el *Digesto* como «culpa».

Esta reconstrucción unitaria sobre la base de la culpa de las soluciones clásicas, afecta incluso a la responsabilidad por custodia, la más alejada de los esquemas de la culpa. Y sin embargo, este es un caso a observar atentamente, porque aquello que se produce es una mera metamorfosis lingüística de la responsabilidad por custodia. Los principios y consecuencias atribuidas por los clásicos a la custodia no sufren transformación esencial. En especial, los justinianos han querido conservar en este ámbito la severidad que el régimen clásico de la custodia

(70) Cfr. JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 256; BETTI, *op. cit.*, p. 124.

Sobre la influencia del cristianismo Vid. MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., p. 20, nota 15, donde el autor citado, refutando la afirmación de HEYMANN, según la cual el cristianismo habría influido mucho en la afirmación del principio de la culpa, replica que las influencias de la ética cristiana han sido seguramente exageradas, y que es preferible la opinión de que el concepto de culpa es el fruto de un pensamiento más evolucionado y sutil que tiende a la elaboración de un concepto monístico de la responsabilidad.

ARANGIO-RUIZ (*Responsabilità contrattuale...*, cit., pp. 248 y ss.) pone de manifiesto como razones de fondo de la elevación de la culpa a principio general y fundamental de la responsabilidad por los bizantinos, la existencia de al menos tres factores en consideración: primero la diversa forma de concebir y hacer el Derecho: el Derecho clásico tiende a extraer de soluciones singulares técnicamente perfectas y al servicio de las necesidades prácticas, paradigmas a los que aproximar supuestos semejantes, en vez de crear categorías generales como el Derecho bizantino; en segundo lugar, las eventuales influencias de los Padres de la Iglesia y de la filosofía greco-helenística (Kunkel); y, en tercer lugar, la contraposición de la valoración que de la voluntad humana hacen los clásicos (a los que importa la claridad de la situación jurídica objetiva en la que la voluntad se plasma enteramente) y los bizantinos (que consideran la voluntad como algo en cierto modo extraño al acto o hecho en que se plasma y que por tanto se valora jurídicamente en sí misma con independencia del hecho en que se expresa).

Esta contraposición, aparte de en tema de responsabilidad contractual (para los clásicos se aplica rigurosamente la responsabilidad por los propios actos; quien no cumple el encargo asumido incurre en dolo, quien responde por custodia responde del robo), se plasma en la diversa valoración de las relaciones entre voluntad interna y declaración de voluntad que hicieron clásicos y bizantinos, los primeros dando primacía a la declaración y su significado objetivo, los segundos al *animus* del sujeto.

Esta diversidad de valoración de la voluntad explicaría, junto a los otros factores, la repugnancia de los bizantinos hacia todo aquello que significase responsabilidad objetiva.

(71) *Istitutioni...*, cit., p. 385.

significaba para el deudor. Por eso, sin alterar los supuestos y decisiones clásicas, han procedido a colocar como base de la responsabilidad del deudor en la custodia una diligencia particularmente rigurosa: *exactissima diligentia custodientae rei* (72).

De tal modo, que sin alteración sustancial de los supuestos clásicos de responsabilidad y exoneración, es decir, perviviendo el régimen de responsabilidad anterior, se ha pasado verbalmente de un régimen de responsabilidad por el resultado con causas típicas de exoneración, a otro basado en el incumplimiento de un deber de vigilancia cuidadosa, a juzgar en cada caso, pero de una severidad extrema. De tal manera

(72) Sobre la evolución postclásica de la responsabilidad por custodia, Vid. BETTI, *op. cit.*, p. 124; JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, pp. 256-7; COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta...*, cit., pp. 94-5; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni...*, cit., p. 385, y *Responsabilità contrattuale...*, cit., p. 79, donde se pone de manifiesto que la expresión «*exactissima diligentia*» «si spiega con l'intenzione di non rinunciare a quelle conseguenze pratiche che i classici avevano ricavate dal concetto della custodia»; y p. 69; «l'insistenza con la quale si rileva che il *casus* liberatorio dev'essere *maior* (por contraposición a los *casus minores*, que aun siendo acaecimientos imprevisibles dejan inalterada la responsabilidad del deudor), e la forza maggiore tale da non potersi resistere mostrano anche (en los reelaboradores post-clásicos y bizantinos)... «lo sforzo diretto a non rinunciare del tutto ai vantaggi dell'antica responsabilità oggettiva».

Sobre la labor interpoladora de postclásicos y bizantinos en los textos clásicos de la custodia, tal y como resulta de la comparación del GAYO genuino de las *Institutiones* y el interpolado de las *Res cotidianae*, Vid. con abundancia de ejemplos y riqueza de argumentaciones, ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale...*, cit., pp. 62 y ss. Dicha labor interpoladora tiende a reconducir la responsabilidad objetiva clásica por custodia a los esquemas del dolo (entendido ahora como infracción agravada) y la culpa.

El hecho de que para no renunciar al grado de protección crediticia alcanzado por los clásicos, se haya debido de recurrir a una especie de presunción (*rectius*, ficción) de negligencia por parte del deudor en todos los casos que no son de *vir maior*, demuestra claramente hasta qué punto la idea de responsabilidad objetiva repugnaba a la mentalidad bizantina, propensa a una consideración unitaria de la responsabilidad sobre la culpa (por razones sistemáticas y morales) en la que se incluía la custodia clásica sustancialmente conservada bajo el ropaje de la culpa.

«I bizantini —ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, p. 82— invence, riportando la responsabilità (por custodia) sotto il principio soggettivo della diligenza (sia pure *exactissima*), correvano l'alea... di dover perdere quei vantaggi, soprattutto probatorii, che si riconnettevano al sistema classico: e perciò hanno dovuto sforzare quella *benedetta diligentia* fino a comprendervi i rischi che nascono dalla convivenza umana. Quindi la necessità, che i classici non sentivano ed ai bizantini si impose, di mettere bene in luce quale carattere di estremità dovessero avere gli avvenimenti casuali di cui il debitore non era chiamato a rispondere». De aquí, el surgir de la distinción entre *casus maiores* y *minores*, nacida al subrogar en la custodia clásica objetiva una responsabilidad formalmente culposa que cubriese el mismo ámbito que la primera.

La evolución continuará después de JUSTINIANO, convirtiendo la custodia en una responsabilidad por culpa-negligencia ordinaria, no agravada. El resultado final de la evolución en el sistema justiniano es un sistema basado sobre la culpa: como resultado, por una parte, de desdoblarse la responsabilidad clásica por dolo en una serie de grados de negligencia, y de otra, de haber convertido la custodia clásica en una forma de negligencia (si bien que agravada y funcionando *de facto* como responsabilidad objetiva: hay responsabilidad —la culpa-negligencia se presume (finge)— en defecto de *vis* o *casus maiores*, reconducibles a las circunstancias típicas exoneradoras de la edad clásica).

que puede decirse que perviviendo las soluciones clásicas, cambia sólo el modo en que son explicadas.

Una parecida subversión terminológica, dejando igualmente imprevulgados los resultados a que la jurisprudencia clásica había llegado, se produce en el ámbito del resto de las obligaciones en el que operaban la *bona fides* y el *dolus*.

Aquella misma gradación establecida en la valoración de las circunstancias e intereses en uso del criterio flexible de la *fides bona*, se hace ahora en términos de culpa. De tal forma que la gradación de la culpa-diligencia de la época postclásica no es sino el resultado de la recepción de las distinciones clásicas dirigidas a determinar el contenido de la buena fe en las distintas relaciones obligatorias (73). Aquella misma valoración hecha en términos de buena fe (a través de una noción flexible del *dolus*) se convierte ahora en una valoración-gradación en términos de culpa. De modo que, a través de este doble proceso mixtificador que afecta a los dos grandes sistemas de responsabilidad que coexistían en el Derecho clásico, se produce el resultado esperado: un

(73) Cfr. JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 258, y BETTI, *op. cit.*, p. 124.

En concreto, la *culpa lata* aparece en las escuelas postclásicas como resultado de la pérdida del contenido amplio y elástico de la noción clásica de *dolus*. En la medida que el conceptualismo y el afán definitorio postclásicos circunscribieron el dolo a los casos de incumplimiento agravados por la intención maliciosa del deudor, surgió la necesidad de colocar en los textos clásicos que referían la responsabilidad al dolo (ahora entendido restrictivamente), junto a él, la *culpa lata* equiparándola al dolo, para englobar aquellos supuestos de incumplimiento igualmente odiosos en los que falta una neta y perversa voluntad de dañar, que ya no entraban en la nueva definición más estricta del dolo. De este modo la noción postclásica de la *culpa lata* añadida al dolo, permitía conservar a los postclásicos los resultados prácticos a que los clásicos habían llegado en el manejo de la noción clásica de dolo, en el respeto por un lado de la nueva definición más estricta del mismo y, de otro, de la sistemática de la culpa como principio general de responsabilidad.

La diligencia *quam in suis* es de origen bizantino y surge como una respuesta atenuadora a la responsabilidad normal (*culpa levis*) en una serie de casos, especialmente mandato y tutela, en que los postclásicos habían sustituido ésta por el dolo, que —como se recordará— junto con la custodia eran los únicos principios de responsabilidad contractual del Derecho clásico. De modo que en estos casos la evolución se hace pasando de la responsabilidad por dolo (era clásica) a la responsabilidad por culpa leve (era postclásica) y finalmente a la *diligentia quam in suis*.

Tanto la *culpa lata* como la *in concreto* (Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale...*, cit., p. 261) aun naciendo en tiempos diversos, responden al mismo fenómeno de la restricción conceptual y definitoria del ámbito del dolo respecto de como se entendía en la época clásica, lo que conllevaba la necesidad de reconducir a la culpa —nuevo principio general de responsabilidad— todas las hipótesis que quedaban fuera de la nueva noción de dolo. Estas hipótesis eran todas aquellas en que el incumplimiento no obedecía a una voluntad de dañar o no respondía a «motivos vulgares» (ejemplo típico, el «incumplimiento por misericordia»: fuga del esclavo debido a que es atado para ser castigado y liberado por compasión).

El artificio de la gradación de culpas permite mantener la unidad formal del principio de responsabilidad (culpa) y atender al espíritu clasificador y sistemático.

«La duttilità del pensiero classico —dice lacónicamente ARANGIO-RUIZ, *ibidem*— non aveva avuto bisogno di mezzucci cosiffatti».

sistema orgánico de responsabilidad, ordenado en torno a un único principio (la culpa). Culpa que se entiende como omisión de la diligencia de un buen padre de familia (*diligens pater familias*), es decir, culpa es lo contrario de *diligentia*. La culpa se convierte en base de la responsabilidad no sólo contractual sino también delictiva (74) y la omisión culpable viene equiparada a la acción. De esta forma también la exigencia moralizadora (al igual que la sistemática) queda satisfecha con la generalización del principio de la culpa como fundamento de toda responsabilidad.

Es este el sistema que recibe el Derecho común, en el que la idea

(74) Por lo que se refiere a la responsabilidad extracontractual, la doctrina (ROTONDI, *Dalla lex Aquilia all'art. 1.151 Cod. civ.*, en «Riv. dir. comm.», 1916, I, pp. 942 y ss., y allí pp. 953 y ss.) ha puesto de manifiesto cómo la culpa en sentido técnico (negligencia) sea un presupuesto ajeno a la responsabilidad aquiliana en la época clásica. Durante ésta la responsabilidad aquiliana se afirma sobre la base de la injusticia del daño y del nexo causal de éste con la conducta del sujeto dañante, y se excluye por tanto sobre la base de la negación de la *iniuria (iure factum esse)* o del nexo causal (*casu factum esse*).

El requisito subjetivo, no formulado en la *lex Aquilia*, es estudiado y aislado por los juriconsultos clásicos, los cuales se limitaron a exigir aquél que es el mínimo para que se puedan atribuir a un sujeto las consecuencias dañosas de un hecho, es decir, la pura y simple imputabilidad como libre determinación de la voluntad (en sentido penal, individualización de sujeto destinatario de la norma). La casuística romana sobre la *lex Aquilia* por ello no en vano versa sobre el nexo causal, como en su día pusieron de manifiesto FERRINI y VENEZIAN. La noción de culpa en sentido técnico es extraña a este campo para los clásicos, como demuestra la casuística y la propia noción de *culpa levissima*, que revela que el jurista excluye que se pueda discutir en el campo de la *lex Aquilia* aquellas cuestiones que en el terreno de la culpa en sentido técnico serían fundamentales. En definitiva, se reduce el requisito subjetivo de la responsabilidad al mínimo de imputabilidad aludido. Se trata de una utilización de la culpa más aparente que real.

La culpa en sentido técnico —negligencia— sólo aparece como centro de la responsabilidad aquiliana después de las interpolaciones de los compiladores bizantinos, que operando sobre una terminología preexistente (*culpa*) pero con otro significado, desplazan el peso de la afirmación de la responsabilidad del nexo causal a la negligencia. (Para la casuística, cfr. ROTONDI, *ibidem*, pp. 958 y ss.)

Esta tendencia subjetivizadora tiene una trascendencia efectiva (es decir, sobre el ámbito de afirmación de la responsabilidad) mucho menor que aquella que se produce simultáneamente en la época bizantina sobre el presupuesto objetivo de la responsabilidad, que se ensancha progresivamente respecto a los supuestos iniciales de la *lex Aquilia*, convirtiendo la responsabilidad aquiliana en una fórmula general de responsabilidad (Cfr. ROTONDI, *ibidem*, pp. 946 y ss.). En cambio, la *lex Aquilia* en época clásica castigaba un ilícito específico: el dañamiento de cosas y éste debía ser, además, causado *corpore corpori*, es decir, con un acto positivo (no omisivo) y corpóreo, ejercitado sobre la cosa corporal dañada.

El manejo de la culpa en sentido no técnico en sede de responsabilidad extracontractual en Derecho romano clásico, es asimismo puesto de manifiesto por LEONE (*La negligenza nella colpa extracontrattuale e contrattuale*, en «Riv. dir. civ.», 1915, pp. 84 y ss.), quien de la casuística clásica también deduce la preeminencia del nexo causal sobre la conducta del sujeto. El caso excluye la responsabilidad no porque el agente no sea culpable, sino porque interrumpe el nexo causal entre las condiciones puestas por el agente y el daño. Y ello, a su vez, porque para la afirmación de la responsabilidad basta que el sujeto agente haya puesto voluntariamente las condiciones de las que deriva el daño y que éste derive de aquéllas sin que se interponga un hecho nuevo que interrumpa el nexo causal.

de que la responsabilidad por incumplimiento sea, en principio, responsabilidad por culpa tiene una vigencia generalizada y aparece como algo ya consolidado (75).

A la vista de cómo la evolución se ha producido en el Derecho romano, emergen dos directrices básicas a tener en cuenta en el desarrollo sucesivo de la investigación en curso. Por una parte, en particular, el carácter tardío de la culpa (76) y las exigencias a las que su introducción responde, que dejan inalterado en su sustancia el régimen de responsabilidad preexistente. Por otra parte, y de modo general, la necesidad de analizar por encima de aparentes diferencias la efectividad de las mismas. Necesidad, pues, de buscar un terreno que permita verificar si realmente hay diversidad sin dejarse deslumbrar por una terminología innovadora.

2) *Las nuevas tendencias. Paralelismo con la responsabilidad civil. Análisis desde una perspectiva económica*

Es en el contexto de una generalizada asociación de la responsabilidad a la idea de la culpa, que se acepta acriticamente como presupuesto de toda afirmación de responsabilidad, porque tradicionalmente así se ha establecido (sin entrar en las razones o en el verdadero alcance de su introducción), es, decimos, en este contexto en el que se siente con progresiva intensidad la necesidad de actuar la responsabilidad sobre presupuestos distintos. Esta necesidad es especialmente sentida allí donde se pone de manifiesto la exigencia metodológica insos-

(75) CANNATA, *op. cit.*, p. 994.

(76) Como dice ARANGIO-RUIZ, (*Responsabilità contrattuale...*, *cit.*, pp. 6 y ss.), el problema de la responsabilidad contractual se reduce, aparte del problema del rechazo voluntario a cumplir, cuya solución en sentido afirmativo a efectos de la responsabilidad del deudor no ofrece dudas por falta absoluta de prueba liberatoria o justificación del incumplimiento, a indagar en cuáles circunstancias la imposibilidad sobrevenida (el solo evento impeditivo que puede justificar la no realización de lo debido) sea imputable al deudor, en cuyo caso no se extingue la obligación, el deudor no se libera y responde porque incumple.

La solución del problema, dice ARANGIO-RUIZ, muestra una profunda divergencia entre el pensamiento clásico y el justiniano, pues mientras éste aparece dominado por una valoración subjetiva del comportamiento del deudor y por el concepto de culpa como límite y fundamento normal de la responsabilidad, los juristas clásicos tienden a reducir al mínimo la consideración del estado de ánimo del deudor, para adosarle, en cambio, cuando se dé el caso, un cierto riesgo dentro de cuyos límites el deudor responde con independencia de su culpa.

El poner de manifiesto, como consecuencia del examen histórico del Derecho romano, el carácter tardío de la culpa, no puede dejar de tener repercusiones en la doctrina actual, porque, como dice ARANGIO-RUIZ, si el cuestionamiento de la doctrina de la culpa como criterio inadecuado a las exigencias del tráfico en el ámbito contractual no se ha hecho en igual medida que en el extracontractual (siendo las exigencias de fondo las mismas en uno y otro caso), ha sido en buena medida por la tradición ininterrumpida, que a través de los esquemas universalmente conocidos del Derecho justiniano cree reconducirse al Derecho clásico de Roma, es decir, a la más alta expresión del pensamiento jurídico.

Por ello la demostración de la no coincidencia de las doctrinas del *Corpus iuris* con la de los juristas clásicos es una vía para la más decidida afirmación de las nuevas exigencias del tráfico, también en el ámbito contractual.

layable de que el intérprete preste atención a la evolución social (la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» a que se refiere el artículo 3-1. C. c. en materia de interpretación de las normas jurídicas), en modo que la obra interpretativa presuponga una consideración profunda de la realidad social, la percepción de sus exigencias y el desarrollo de modelos explicativos que sean funcionales a las mismas y respondan a las nuevas necesidades. Estas consideraciones se hacen especialmente necesarias desde el momento en que se opera la comercialización del Derecho civil (77).

De este modo de ver las cosas parten los intentos de asentar la responsabilidad sobre bases más amplias que las del estrecho principio de la culpa. Así se ha puesto de manifiesto (78) cómo el reflejamiento de las teorías objetivas se opera en un contexto social, surgido de la primera guerra mundial, de consolidación de los sindicatos (la huelga se convierte en un instrumento normal y frecuente de reivindicación laboral que no puede dejar de afectar a las obligaciones asumidas por las empresas), de inestabilidad monetaria y de intervención pública en la economía, factores todos ellos que favorecen, como más idónea para la seguridad del tráfico, una concepción doctrinal que conecte la responsabilidad contractual al mero hecho del incumplimiento.

Es claro, sin embargo, que el examen de las nuevas realidades, como ha puesto de manifiesto Rodotá (79), es inútil si al mismo no se acompaña de un esfuerzo de clarificación que permita definir los nuevos criterios del ordenamiento, introduciendo así un nuevo tipo de sistematización de la responsabilidad civil. Es precisamente en el campo de la responsabilidad extracontractual donde se ha prestado más atención al significado económico de los criterios de responsabilidad (80) y donde, por consiguiente, se ha puesto de manifiesto con mayor énfasis la insuficiencia de la culpa.

Así, en el ámbito de la responsabilidad civil, se ha podido explicar la vigencia del criterio de la culpa en el contexto de una sociedad en que primaba el componente individualista y que trataba de armonizar la tutela de la propiedad (una propiedad estática) con la de la libre iniciativa (81). Se ha puesto igualmente de manifiesto la existencia de motivaciones de orden moral en la idea de responsabilidad y una concepción un tanto fatalista sobre la producción del daño (82).

Pero, sobre todo, se ha insistido en la correlación del criterio de la culpa con una sociedad, como la decimonónica, de relativamente escaso desarrollo industrial y comercial, en la que la técnica no estaba

(77) Cfr. AULETTA, *Inadempimento imputabile e non imputabile* (recensión del libro cit. de GIORGIANNI, *L'inadempimento*), en «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1959, p. 1.058.

(78) Vid. RESCIGNO en el prólogo del libro cit. de VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, p. XVI, y *Manuale...*, cit., p. 601.

(79) Vid. *Il problema della responsabilità civile*, Milán, 1967, p. 17.

(80) TRIMARCHI, *Sul significato economico...*, cit., p. 512.

(81) Cfr. GRASSETTI-CARNEVALI, voz «Diritto civile», en *Noviss. Dig. it.*, Appendice II, Turín, 1981, p. 1163.

(82) Cfr. RODOTÁ, *op. cit.*, p. 20.

plenamente desarrollada. El criterio de la culpa se adaptaba perfectamente a las exigencias de protección de la nascente industria: en ausencia de negligencia del empresario el dañado debía soportar el daño causado por aquél.

Con la misma vehemencia se ha puesto de manifiesto la insuficiencia del sistema de la responsabilidad civil basado en la culpa en una sociedad industrial y tecnificada como la actual (83). De tal modo que el consolidarse del desarrollo industrial (que hace venir a menos la necesidad de protección de la industria), la vigencia de un amplio sistema de aseguración y un mayor sentido de solidaridad social, han conducido a una fractura del sistema unitario de la responsabilidad civil (84), de tal modo que el criterio de la culpa es tendencialmente sustituido por criterios de imputación objetiva de la responsabilidad.

La originaria unitariedad del sistema de la responsabilidad civil sobre el principio de la culpa se rompe y el ámbito de la culpa se restringe progresivamente.

Es precisamente la fractura de este sistema unitario la que plantea un problema de construcción cuyas posibles salidas han sido identificadas en palabras ya clásicas por Rodotá (85): a) mantener inalterado el principio de la culpa, negando el resarcimiento fuera del daño culpable (lo que choca con las exigencias de la realidad social contemporánea). b) Intentar una aplicación del principio de la culpa por vías indirectas (86), como las ficciones (como lo es la presunción de culpa, que respetando formalmente el principio de la culpa, se traduce en la práctica en una ficción de la misma a través de la no superabilidad de la presunción), o la elaboración de una noción objetiva y rigurosa de la culpa. Este es el camino más seguido, especialmente por la jurisprudencia. c) Encuadrar las nuevas hipótesis de responsabilidad como supuestos excepcionales (aunque las excepciones desborden a la regla). d) Intentar la construcción de un esquema diverso, formalmente respetuoso de las características propias de las nuevas situaciones de responsabilidad y capaz, por ello, de disciplinarlas en forma más acabada.

De este modo se delinea un nuevo sistema de la responsabilidad civil en el que los supuestos del daño inculpable (no ya faltalmente concebidos como gravantes sobre el dañado, o tímida e incompletamente admitidos como excepciones) se incardinan normalmente merced a la admisión de una coexistencia de criterios de imputación en el seno del mismo.

A esta evolución en los criterios de imputación, se acompaña de una diversificación de las funciones que la responsabilidad civil cumple, funciones que se corresponden a cada uno de los criterios coexistentes.

(83) TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milán, 1961, p. 13: «Il principio della responsabilità per colpa si rivela dunque insufficiente a risolvere il problema dei danni causati nell'esercizio delle industrie».

(84) GRASSETTI-CARNEVALI, *cit.*, *ibidem*.

(85) Cfr. RODOTÁ, *op. cit.*, pp. 18-19.

(86) Vid. GRASSETTI-CARNEVALI, *cit.*, p. 1164.

Sobre las ficciones de culpa, en particular, Vid. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, pp. 18 y ss., y ALPA-BESSONE, *La responsabilità del produttore*, Milán, 1980, p. 88

Así, unas veces prevalece la sanción, otras se trata de adosar a quien ejerce una actividad generadora del riesgo de un daño las consecuencias negativas de la misma en tanto inseparables de las ventajas que de dicho ejercicio obtiene (*cuius commoda, eius et incommoda esse debent*) y a veces se hace de la responsabilidad civil simplemente un instrumento de control de determinadas actividades empresariales (87).

Al final de esta revisión crítica en el seno de la responsabilidad civil resulta (88) que la culpa es sólo uno de los criterios de imputación de la responsabilidad, ni el único ni el más importante. Junto al criterio de la culpa se identifican otros criterios de imputación reagrupados genéricamente bajo la noción del riesgo o diversificados según los concretos supuestos en que se plasman.

La culpa aparece después de este análisis como un criterio connotado de anacronismo, y como fruto de una política jurídica perjudicial para el dañado. Además, aparece como un criterio ineficiente desde el punto de vista de la distribución del riesgo económico del daño (89).

En suma, la obligación de resarcimiento del daño —en un área de actividad cada vez mayor— se conecta actualmente a unos presupuestos que por el modo de producirse y por sus elementos constitutivos son profundamente diversos (90). a como tradicionalmente venían entendidos.

Este modo de razonar, cuya novedad no está tanto en la consideración de la realidad económico-social, cuanto en el extraer de su examen directrices que avalen criterios de responsabilidad distintos, ha permanecido por mucho tiempo marginado en las investigaciones sobre la responsabilidad contractual.

Es mérito de Trimarchi (91) el haber aplicado esta perspectiva —intensivamente utilizada en el campo de la responsabilidad civil— al terreno de la responsabilidad contractual.

Para Trimarchi (92), el objetivo económico que se persigue a través de la responsabilidad contractual es, ante todo, el de una mejor distribución de los recursos productivos, de tal modo —el estudio se limita a la responsabilidad empresarial— que el empresario-deudor adoptará nuevas medidas de diligencia siempre que su costo sea inferior a la consiguiente reducción del peso de la responsabilidad contractual que el sistema deja a su cargo, y, correlativamente, el acreedor adoptará medidas para la reducción del daño siempre que su costo sea inferior a la consiguiente reducción de los daños que el sistema jurídico deja a su cargo (es decir, no cubiertos por el resarcimiento). Junto a este objetivo económico básico, y a él estrechamente ligados, existen otros dos aspectos económicos importantes de los criterios de responsabilidad contractual, uno es el de la absorción o reparto del daño entre

(87) Cfr. GRASSETTI-CARNEVALI, *cit.*, *ibidem*.

(88) Cfr. ALPA-BESSONE, *cit.*, p. 127.

(89) ALPA-BESSONE, *cit.*, pp. 91 y ss.

(90) RODOTÀ, *op. cit.*, p. 20.

(91) En un trabajo ya clásico, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, *cit.*, pp. 512 y ss.

(92) *Op. cit.*, p. 514.

acreedor y deudor en forma que la economía empresarial no se vea impactada en exceso (93); el otro es el de la reducción de los costes judiciales, favoreciendo con reglas claras y sencillas el arreglo extrajudicial ante una decisión fácilmente previsible, y evitando —una vez surgido el juicio— las instrucciones y diligencias procesales complejas (94).

Es a la luz de estos criterios económicos que la responsabilidad objetiva (objetividad en la imputación), siempre que se trate de prestaciones empresariales, aparece como más idónea que la responsabilidad por culpa para realizar una distribución óptima de los recursos productivos (95).

Sólo un régimen de responsabilidad objetiva consiente transferir sobre la empresa que ha funcionado mal el peso del entero daño que ha causado en el sistema económico, aunque no se haya causado en su adquirente inmediato, evitándose una responsabilidad excesivamente onerosa a través de las reglas que limitan el resarcimiento al daño previsible —salvo en caso de dolo— y con la aplicación en su caso de la reducción del mismo por concurso de culpa del acreedor en la causación del daño (96).

Por contraposición, el sistema de la culpa a la luz de los mismos criterios económicos, no ejerce sobre el empresario una presión económica adecuada para impulsar el desarrollo tecnológico, el empresario no se siente presionado a adoptar las medidas que requiere el interés general. El sistema de la culpa es más lento y costoso procesalmente y aumenta la litigiosidad. Tampoco consiente la traslación del daño, la responsabilidad de la empresa por los daños causados a quienes no se relacionan directamente con ella (97).

Con estas consecuencias de un y otro sistema, la adopción legal de uno u otro no es indiferente, sobre todo si se tiene en cuenta que una vez adoptado un criterio de responsabilidad por el legislador el juego libre del mercado no siempre consiente remediar los defectos de la disciplina legal (98).

Así como Trimarchi habla en todo momento de responsabilidad

(93) Cfr. *op. últi cit.*, p. 515.

(94) *Op. últ. cit.*, pp. 523 y ss.

(95) *Ibidem, passim, espec.*, pp. 521 y ss.

(96) *Ibidem*, pp. 523 y ss. Vid., también, del mismo autor, *Istituzioni di Diritto privato*, Milán, 1981, p. 352.

(97) Vid. *Sul significato economico...*, cit., pp. 524 y ss.

Ejemplo: el incumplimiento culposo de A de un suministro frente a B, genera responsabilidad de aquél frente a su cliente (B), pero el daño que el incumplimiento de A causa a C (cliente a su vez de B) queda sin indemnizar, puesto que A es un tercero respecto de él y B no ha incurrido en culpa. La responsabilidad objetiva consiente a C ser indemnizado por B, y al serlo éste a su vez por A, es el primer incumplidor quien acaba soportando (por repercusión) las consecuencias del incumplimiento producidas más allá de sus relaciones directas. De este modo el peso de la responsabilidad se desplaza sobre la empresa que ha funcionado mal y no es soportado por una empresa ajena a ese mal funcionamiento (como lo es C en el ejemplo citado).

(98) Cfr. *op. últ. cit.*, pp. 527 y ss.

contractual de las empresas, no ha faltado quien ha advertido (99) que las necesidades son las mismas tratándose de simples particulares.

Sobre el camino abierto por Trimarchi, la doctrina civilista posterior ha resaltado igualmente las implicaciones económicas del tema de la responsabilidad contractual.

Así Visintini (100), en el contexto de una rigurosa crítica a la tesis de Giorgianni ha puesto de manifiesto cómo la tesis de la culpa en sus tendenciales efectos económicos corre el peligro de ir contra la racionalización del tráfico, es decir, contra el adosamiento de los costes asegurativos de los riesgos a quien está en mejor grado de controlar la actividad que los produce.

Recientemente (101) ha sido puesta de manifiesto la conexión de la evolución en tema de responsabilidad contractual con un más amplio fenómeno: el de la objetivación del intercambio (102), que conduce a introducir entre las razones que justifican las nuevas formas de responsabilidad criterios de naturaleza económica. De tal forma, la responsabilidad contractual objetiva se encuadra en el marco de un sistema que en sus líneas generales se dirige a tutelar e incentivar el intercambio. Dentro de tal sistema la responsabilidad objetiva se justifica como el criterio que mejor responde a los nuevos aspectos emergentes de la realidad económico-social de nuestro tiempo.

Como resultado del análisis realizado en la evolución de la responsabilidad contractual y extracontractual, reemerge como directriz a tener en cuenta el paralelismo que se registra en dicha evolución entre ambos campos de la responsabilidad, que demuestra a su vez cómo las razones de fondo a que responde la evolución de los criterios de responsabilidad son sustancialmente las mismas. De aquí la necesidad de cautela frente a las actitudes tendentes a exasperar las diferencias entre los dos campos de la responsabilidad.

Otra directriz que reemerge del examen realizado, es el carácter evolutivo de los criterios de responsabilidad en consonancia con las exigencias sociales, y el carácter relativo de esa evolución (103), que hace posible que la responsabilidad objetiva que en la época primitiva era resultado de una cultura jurídica poco desarrollada, se transforma hoy en una exigencia de la sociedad industrial desarrollada y tecnificada.

(99) Vid. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 73.

(100) *Dottrine civilistiche...*, cit., p. 401.

(101) FRANZONI, *recensión cit.*, p. 1273.

(102) Cfr. GALGANO, *Il Diritto privato fra codice e costituzione*, Bologna, 1979, p. 72: «Il codice civile non è piú lo 'statuto' della società civile, come società separata dallo Stato: diventa esso stesso un programa di politica economica».

(103) Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale...*, cit., p. 78: «... che oggi il movimento dottrinale verso la responsabilità oggettiva s'ispiri ai bisogni crescenti del commercio, é cosa certa; ma ciò non basta a ritenere che, sempre e dovunque, l'origine di siffatta responsabilità sia in esigenze della stessa natura».

Cfr., también, MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., pp. 21-22.

3) Referencia a otros ordenamientos. Convenciones internacionales. La exigencia de tutela del crédito

Llegados a este punto, resulta conveniente y hasta necesaria una brevísima alusión al panorama legislativo de los sistemas jurídicos del entorno europeo. Pues como autorizadamente (104) se ha puesto de manifiesto, en un campo que refleja de modo tan inmediato las exigencias de racionalizar el tráfico, no cabe esperar sustanciales diferencias entre las legislaciones de sociedades igualmente industriales y desarrolladas. Y en verdad, el problema de la responsabilidad contractual como problema interpretativo y de búsqueda de coherencia sistemática en las instituciones del Derecho de obligaciones para individualizar las reglas de responsabilidad-exoneración, se plantea en todas partes en términos similares aunque las fórmulas legislativas sean diversas.

Así, en el *Códe Napoleon* el problema es de armonización entre el artículo 1.137, que se refiere a la culpa-negligencia, los artículos 1.147 y 1.148 que se refieren al caso fortuito y la fuerza mayor, y el artículo 1.302 que se refiere a la imposibilidad sobrevenida de la prestación *sub specie* de pérdida de la cosa debida (105).

El problema se plantea en el Derecho alemán en la compaginación del párrafo del B.G.B. que se refiere al dolo y la culpa con las normas que disciplinan la imposibilidad objetiva (*Unmöglichkeit*) y subjetiva (*Unvermögen*) de la prestación (párrafos 276 de un lado y 275, 279 y 280, de otro) (106).

(104) GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., pp. 214-5.

(105) Art. 1.137: «L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.

Cette obligation est plus ou moins étendue, relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent.»

Art. 1.147: «Le débiteur est condamné s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.»

Art. 1.148: «Il n'y lieu á aucuns dommages et intérêts, lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce á quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.»

Art. 1.302: «Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure.

Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périée chez le créancier si elle lui ent été livrée.

Le debiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allegue.

De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite, de la restitution du prix.»

(106) Parágrafos que, en traducción de MELÓN INFANTE, dicen lo siguiente: 276-1: «El deudor, en tanto no esté determinada otra cosa, ha de responder del dolo y de la culpa. Obra culposamente quien desatiende la diligencia exigible en el tráfico...».

En Derecho italiano la labor de coordinación sistemática debe realizarse entre el artículo 1.176 Código civil que se refiere a la diligencia del buen padre de familia y los artículos 1.218 y 1.256 del mismo, que se refieren a la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor, el primero de ellos como contenido de la prueba liberatoria del deudor, y el segundo como causa extintiva de las obligaciones (107).

De manera similar, en el Derecho español las normas a coordinar son: el artículo 1.101 Código civil, norma general de la responsabilidad contractual, el artículo 1.104 que se refiere a la culpa-diligencia, el artículo 1.105 que se refiere al caso fortuito y los artículos 1.182 y ss. que se refieren a la imposibilidad sobrevenida de la prestación bajo la rúbrica —siguiendo al Código francés— «De la pérdida de la cosa debida».

En el Derecho anglosajón y en el contexto peculiar de construcción jurisprudencial que tiene el *common law*, se ha afirmado tradicionalmente la responsabilidad del deudor por el mero hecho del incumplimiento, lo que no evita que se plantee —y sobre esto volveremos más adelante— el problema, resuelto evolutivamente en la jurisprudencia, del límite de la responsabilidad debitoria, es decir, de hasta dónde llega la sujeción, el esfuerzo debitorio para cumplir.

En los últimos tiempos es también de destacar en el campo de la responsabilidad contractual la incidencia progresiva de un Derecho uniforme, creado a través de tratados internacionales que tiende —en las áreas limitadas en que opera— a superar barreras entre los distintos sistemas jurídicos particulares. Estos tratados sobre temas específicos tienen por objeto, como resulta fácilmente comprensible, aquellas materias en que se hace más evidente la necesidad de armonizar criterios

275: «El deudor queda libre de la obligación a la prestación siempre que ésta se haga imposible a consecuencia de alguna circunstancia de la que no haya de responder ocurrida después del nacimiento de la relación obligatoria.

A una imposibilidad (*Unmöglichkeit*) sobrevenida después del nacimiento de la relación obligatoria se equipara la imposibilidad (*Unvermögen*) del deudor para la prestación, sobrevenida con posterioridad.»

279: «Si el objeto debido está determinado sólo según el género, el deudor, en tanto la prestación del género sea posible, ha de responder de su imposibilidad (*Unvermögen*) a la prestación, incluso si no le es imputable culpa alguna.»

280-1: «Siempre que la prestación se haga imposible a consecuencia de una circunstancia de la que ha de responder el deudor, éste ha de indemnizar al acreedor el daño causado por el incumplimiento...».

(107) Art. 1.176: «Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.

Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.»

Art. 1.218: «Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.»

Art. 1.256-1.º: «La obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile...»

de responsabilidad: el transporte internacional y las transacciones internacionales.

Así, por ejemplo, entre las primeras muestras de este fenómeno, está la Convención de Bruselas de 25 de agosto de 1924 sobre unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, cuya finalidad esencial fue la regulación unitaria de la responsabilidad del porteador. España se adhirió a este convenio e introdujo el régimen de responsabilidad en él consagrado en virtud de la ley de 22 de diciembre de 1949 (108). También en este mismo campo del transporte marítimo se ha producido recientemente la aprobación de las llamadas Reglas de Hamburgo («Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías» de 1978) (109) que abandona el régimen de los «peligros exceptuados» establecido por la Convención de Bruselas, adoptando una fórmula general que repite la consagrada por la Convención de Varsovia de 1929 (sucesivamente revisada y actualizada) en materia de transporte aéreo, ratificada ésta por España en 1930 y publicada en la «Gaceta» de 21 de agosto de 1931. Esta última convención consagra, a su vez, una responsabilidad contractual por los daños a las personas y cosas transportadas, objetiva y limitada, que ha sido recogida —variando sólo el importe de las indemnizaciones, que es menor— por la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960 (110).

De manera que puede hablarse de una tendencia general en las convenciones internacionales en materia de transporte hacia la responsabilidad objetiva (entendida como objetividad en la imputación).

(108) Vid GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid, 1980 (7.^a ed., revisada por F. SÁNCHEZ CALERO), pp. 664 y ss.; F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Valladolid, 1981, pp. 586 y ss., y BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1974 (2.^a ed.), pp. 744 y ss.

Italia no sólo se adhirió al convenio de Bruselas, sino que en el momento de la codificación de Derecho marítimo interno (arts. 448 y ss. del C. nav.) se uniformó a las reglas de dicha convención en materia de responsabilidad del porteador marítimo (Cfr. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 278).

(109) Vid. GARRIGUES, *op. cit.*, pp. 644-5, y VISINTINI, *op. últ. cit.*, pp. 286 y 292.

(110) Cfr. BROSETA, *op. cit.*, pp. 394 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pp. 470 y ss., y Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1982 (3.^a ed.), pp. 684-5.

En sustancia, el régimen de responsabilidad contractual consagrado por dicha ley, supone que el transportista responde de los daños causados en y por el transporte aéreo (art. 115), con independencia de la culpa de éste o de sus auxiliares (art. 120: «La razón de indemnizar tiene su base objetiva en el accidente o daño y procederá... en cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia».).

Como contrapartida del régimen objetivo de responsabilidad, se establece la limitación de su importe (Cfr. art. 120: «... hasta los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen»), según se trate de daños en las personas (art. 117) o en las cosas transportadas (art. 118).

A su vez, el beneficio de la limitación de la responsabilidad viene a menos en caso de dolo o culpa grave del transportista o de sus auxiliares (art. 121).

Régimen sustancialmente idéntico se consagra en el *Codice della navigazione* italiano para el transporte aéreo de cosas (arts. 951 y ss.) y de personas (artículos 942 y ss.).

En materia de transporte ferroviario de personas y de cosas, España ha ratificado, asimismo, diversos convenios internacionales que inciden sobre la responsabilidad del transporte. (Así, en materia de transporte de mercancías, el Convenio de Berna de 7 de febrero de 1970, ratificado por España el 19 de noviembre de 1974 y en materia de transporte de personas y equipajes —donde existía previamente un convenio de 1961, completado por otro adicional de 1966, ambos ratificados por España— el convenio del mismo lugar y fecha, ratificado por España el 13 de julio de 1974.

También —ya en el otro ámbito en que se ha producido un desarrollo de los acuerdos internacionales: las transacciones internacionales— cabe destacar la ley uniforme sobre la venta internacional (L.U.V.I.), aprobada por la Conferencia de La Haya de 1964 y la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de venta internacional de mercancías, aprobada por la Conferencia de Viena el 11 de abril de 1980. Convenciones (111) en las que se ha detectado una prevalencia —no casual— de los principios del *common law* como más adecuados a las exigencias de seguridad del tráfico, si bien, con un aumento de las causas de exoneración del deudor.

Llegados a este punto, podemos establecer con seguridad cuál es el verdadero contenido de la polémica que subyace en el problema de la responsabilidad contractual.

Siendo, como lo es sin duda, un problema complejo, lo es en buena medida en razón de su importancia. Porque lo que subyace en el fondo de la cuestión es algo que está en la base de todo el Derecho privado moderno: la exigencia de tutela del crédito.

En la medida en que la actuación (coactiva) del derecho de crédito se haga más expedita, dicha tutela se refuerza; de la misma manera que si, al contrario, se tiende a condicionar dicha actuación a la presencia en la parte deudora de presupuestos de responsabilidad ajenos a la propia existencia del derecho o si se condiciona su posibilidad de ejercicio dentro de límites estrechos definidos a la medida del esfuerzo no excesivo del deudor, la tutela del crédito se menoscaba.

Es, en suma, un problema de conflicto entre la tutela de la posición acreedora o por el contrario de la posición deudora (112). El problema del grado de esfuerzo o sacrificio exigido al deudor para cumplir, mayor o menor, que tiene como lógica (y fatal) contrapartida la mayor o menor facilidad del acreedor para la actuación de su derecho. Lo que estrictamente significa que definir los límites de la responsabilidad contractual es, simultáneamente, definir los límites del derecho del acreedor.

Problema que, como es fácil intuir, no se resuelve en un conflicto personal acreedor-deudor (113), ni tan siquiera en un conflicto de cla-

(111) Cfr. DE LORENZI, *op. cit.*, pp. 2 y ss., y GARRIGUES, *op. cit.*, p. 69.

(112) Cfr. COTTINO, *L'impossibilità*, cit., p. 15: «In essa (la imposibilidad) si specchiano, a ben guardare, due opposte esigenze del traffico giuridico, la tutela del credito e la conservazione del rapporto da un lato, il *favor debitoris* e l'attenuazione di certi effetti di una troppo rigida disciplina dall'altro».

(113) Es un caso más de aquellos en los que, como ha escrito GALGANO

ses, pues cualquier sujeto asume indistinta y sucesivamente ambas posiciones, sino que es un problema que afecta a la totalidad del tráfico y que está, por ello, en la base del ordenamiento, en sus principios generales. Es la seguridad, certeza y rapidez del intercambio lo que está en juego.

Esta misma idea de la tutela del crédito que ha sido elevada a última *ratio* de los límites puestos por la ley a la voluntad de las partes en el establecer limitaciones a la responsabilidad contractual (114) (en la medida en que una exoneración arbitraria o una limitación excesiva de la misma menoscaban la tutela del crédito), es la que debe ser tenida también como fundamental en tema de afirmación de la responsabilidad, aunque sólo sea por pura coherencia. Si la tutela del crédito opera como fundamento del límite de la exoneración (negación de la responsabilidad), por fuerza es a la vez la exigencia fundamental del momento positivo de la afirmación de la responsabilidad (negación de la exoneración), y ello en virtud de la perfecta correlación que existe entre responsabilidad y exoneración.

Esta exigencia de tutela del crédito, que se conecta a los principios basilares del ordenamiento y a la que responden los límites legales a la exoneración convencional (artículos 1.255 y 1.102 Código civil), es de orden público. Exigencia genérica de orden público que se refuerza específicamente en determinadas relaciones que exigen un mayor grado de tutela de la posición acreedora por la índole de los bienes afectados o por otras circunstancias que a juicio del legislador así lo aconsejen (115).

Es en este sentido en el que debe entenderse la afirmación de Galgano (116) de que en la base de las normas que disciplinan la responsabilidad contractual en el Código civil italiano está el principio del *favor creditoris*.

c) RELATIVISMO Y EVOLUCION. CUESTIONAMIENTO DE LA EFECTIVIDAD DEL ENFRENTAMIENTO DOCTRINAL DESDE EL PERFIL DE LA TUTELA DEL CREDITO: EL PLANO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

1) *Evolución y relativismo. Necesidad de una verificación del conflicto objetivismo-subjetivismo. El ejemplo anglosajón*

Siendo el problema de la responsabilidad contractual a la vez complejo y fundamental por sus implicaciones globales, es también difícil, como ya advertíamos al inicio, por la forma en que históricamente se

(*Diritto privato*, cit., p. 133), la protección de intereses individuales es sólo el medio mediante el que se persiguen intereses de orden colectivo.

(114) BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 475.

(115) Cfr. BESSONE, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza*, en «Riv. dir. comm.», 1974, I, p. 335, y GARCÍA AMIGO, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965, p. 139.

(116) *Op. últ. cit.*, p. 194.

ha abordado. En ningún otro campo (tal vez) se ha producido una tal confusión y promiscuidad terminológicas. En ningún otro campo (seguramente) ha pesado tan decisivamente la transposición histórica.

Buena prueba de ello —también esto lo advertíamos— es el atormentado camino de la significación de la expresión «culpa», manejada a veces como sinónimo de responsabilidad; otras como equivalente a incumplimiento; a veces como una calificación técnica del mismo, o como indicación del nexo (imputabilidad) entre deudor e incumplimiento o entre imposibilidad sobrevenida de la prestación y deudor; otras veces como sinónimo de nexo causal (entre el incumplimiento y los perjuicios de él resultantes).

En buena medida el problema de la responsabilidad contractual es el problema de la culpa (117), el de encontrar cuál es hoy su ámbito de relevancia en la teoría del incumplimiento.

Las confusiones producidas hasta la fecha, con la herencia de escepticismo y relativismo consiguientes, deberían, no obstante, bastar para dejar firmemente adquirido un hecho no suficientemente tenido en cuenta, y es el dato de la continua evolución a que la materia en cuestión está sujeta. Evolución continuamente en acto de las fórmulas legislativas, y de los criterios de decisión jurisprudenciales en las aplicaciones prácticas.

Por ello la necesidad de prestar atención a las innovaciones legislativas (como lo ha sido en España la nueva regulación de la responsabilidad contractual del transportista aéreo, ya mencionada), a los convenios internacionales y a las nuevas tendencias jurisprudenciales.

Por ello también la necesidad de no considerar inalterable la herencia recibida y por ello, asimismo, la urgencia de extremar la cautela en el uso de fórmulas tradicionales, porque en este ámbito y bajo el ropaje de las fórmulas tradicionales se esconden a veces criterios de decisión nuevos (118). Claro es, que con la misma cautela hay que evitar repetir con palabras nuevas planteamientos tradicionales.

En concreto, el examen debe partir de la común afirmación —fruto como se ha dicho en sede de responsabilidad civil (119), de un principio moral antes que jurídico— de que la responsabilidad contractual presupone la culpa. No hay responsabilidad sin culpa, se dice con arreglo a una tradición acriticamente aceptada.

Frente a ello, y ya desde comienzos de siglo, han aparecido, como sabemos, las teorías objetivistas, que han desbancado del papel de fun-

(117) Cfr. CANNATA, *op. cit.*, p. 1013.

(118) Así, TRIMARCHI, *Istituzioni...*, cit., p. 351, ha puesto de manifiesto cómo el concepto de culpa, cuando se usa por la jurisprudencia italiana en tema de responsabilidad contractual de las empresas, viene a sumir un significado diverso de aquél que le es propio. Toda disfunción de la empresa, que sea objetivamente evitable a través de particulares medidas técnicas u organizativas, se considera culpable y fuente de responsabilidad. La responsabilidad acaba por ser excluida sólo cuando el incumplimiento sea debido a causas extrañas a la esfera de control y planificación del deudor. De modo que detrás de la terminología de la culpa se esconde en sustancia una imputación objetiva de la responsabilidad en términos de riesgo.

(119) Vid. GALGANO, *Diritto privato*, cit., p. 341.

damento de la responsabilidad contractual a la culpa. La responsabilidad se funda en el hecho objetivo (puro y simple) del incumplimiento, al menos —dirá Osti— en tanto la prestación sea posible. Tesis objetivistas y subjetivistas, una discusión que, como también sabemos, acabó por ser contaminada por la equivocidad terminológica. Porque objetividad de la responsabilidad contractual no implica (al menos en un primer momento, en la formulación de Osti) prescindir de la valoración del comportamiento del deudor en el juicio de responsabilidad. Ni subjetivismo significa (para la gran mayoría de sus seguidores) que el grado de esfuerzo del deudor para cumplir, se mida en sus propias posibilidades. El criterio de responsabilidad subjetivista (la diligencia) es objetivo (extraño al singular deudor) y riguroso (120), y ello, porque tampoco los subjetivistas pueden desconocer la exigencia fundamental de la tutela del crédito.

Polémica, pues, que se establece ante un objetivismo subjetivo y un subjetivismo objetivado.

Frente a las tesis objetivas de la primera generación, hijas de la concepción objetiva de la imposibilidad sobrevenida, cuyo precursor fue Osti, se ha producido una segunda generación con significado diverso. Se trata, como también sabemos ya, del objetivismo en la imputación, no ya en la imposibilidad sobrevenida de la prestación como elemento de la prueba liberatoria. Aquí se prescinde ya por completo de la valoración del comportamiento del deudor y se transplanta del campo extracontractual al de la responsabilidad contractual la doctrina del riesgo.

Llegados a este punto, resurgen las dudas y la necesidad de esclarecimiento.

Se trata de verificar la realidad del enfrentamiento objetivismo-subjetivismo. No ya del objetivismo postrero asentado sobre el riesgo, el criterio de responsabilidad que históricamente se presenta como alternativo de la culpa, sino del primigenio, aquél que liga la responsabilidad contractual al incumplimiento *tout court*.

Una primera sospecha sobre el limitado alcance real de la polémica nos la da la evolución del modelo de responsabilidad contractual anglosajón (objetivista) frente al continental (reputado tradicionalmente como subjetivista). Evolución en la que la doctrina más atenta (121) pone de manifiesto la irrelevancia del supuesto enfrentamiento en el campo de las aplicaciones prácticas, campo en el que por cierto se muestra la operatividad de los criterios de responsabilidad.

La aludida evolución (122) lleva, desde posiciones iniciales rigurosí-

(120) Cfr. GIORGIANNI, voz «Buon padre di famiglia», cit., pp. 597-8.

(121) Cfr. LARENZ, *Derecho de obligaciones* (trad. española de J. Santos Briz), Madrid, 1958, I, p. 282, y PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 421.

(122) Que es frecuentemente puesta de relieve por la doctrina. Así, Cfr. DE LORENZI, *op. cit.*, p. 2; CABELLA PISÚ, *Impossibilità della prestazione e valutazione di buona fede*, en «Giur. mer.», 1971, p. 415; ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta...*, cit., pp. 1.254 y ss.; BESSONE, *Obbligo di adempiere ed esigibilità della prestazione (in margine al ruolo delle valutazioni di diligenza e buona fede)*, en «Giur. it.», 1972, col. 1256 y ss.; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., pp. 218 y ss.

simas, tales que el deudor no podía ser liberado por ningún evento sobrevenido, ni siquiera por la imposibilidad a él no imputable de la prestación, hasta posiciones mucho más flexibles en que se admite la *frustration* del contrato no sólo en caso de sobrevenida imposibilidad o ilicitud de la prestación, sino también cuando el hecho sobrevenido haya hecho venir menos una *implied condition* del contrato, en casos de alteración del equilibrio económico singular del contrato o de irrealizabilidad del objetivo del mismo.

Esta evolución con arreglo al modo de operar propio del Derecho anglosajón, se produce en los criterios de decisión jurisprudenciales, y tiene sus hitos en una serie de casos concretos (*leading cases*) que se convierten así en paradigmas de la propia evolución jurisprudencial.

Así, el punto de partida viene dado por la decisión en el caso *Paradine v. Jane* (1647), donde se lee que «*when the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract*» (123).

En un momento posterior, aquel rígido principio comienza a atenuarse, y se afirma ya que la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable al deudor incide sobre la validez del contrato por el venir menos de una *implied condition* del mismo. Principio que se expresa en forma general y fundamental en el caso *Taylor v. Caldwell* (1863). La desaparición de esa «condición implícita» sobre la que el contrato se funda, por causa no imputable al deudor, hace que éste se libere de toda responsabilidad (en el caso de referencia, el incendio de los locales arrendados) (124).

Posteriormente, el Derecho anglosajón ha manifestado la tendencia a comprender en el concepto de imposibilidad sobrevenida de la prestación o a equiparar a la misma en sus efectos liberatorios, los eventos que hayan hecho la ejecución del contrato inidónea a satisfacer el propósito que las partes querían realizar, o aquellos otros que incidiendo sobre el objeto del contrato o sobre los elementos que las partes habían considerado para la ejecución del mismo producen la *frustration* del contrato.

En esta tendencia se incluyen los *coronation cases*, el más importante de los cuales es el *Krell v. Henry* (1903), que establece que se produce la exoneración de la responsabilidad toda vez que haya venido a menos un «*state of things, going to the root of the contract, and essential to its performance*», considerado por las partes como *foundation of the contract* (125).

Con mayor amplitud, Cfr. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milán, 1975, pp. 121 y ss.; TEDESCHI, *L'impossibilità della prestazione nel diritto inglese*, en «Anuario del diritto comparato e di studi legislativi», 1946, I, pp. 1 y ss.; y CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Palermo, 1968.

(123) Cit. por ROPPO, *op. y loc. ult. cit.*

(124) Cfr. ROPPO, *ibidem*, p. 1255: «... *the contract is... to be construed... as subject to an implied condition that the parties shall be excused in case, before breach, performance becomes impossible from the perishing of the thing without default of the contractor*».

(125) Vid., ROPPO, *ibidem*, pp. 1255-6.

De este modo, la evolución producida en el Derecho anglosajón apunta la tendencia, a través de la teoría de la *frustration*, a la valoración por el juez —con independencia de la presunta voluntad de las partes— de las circunstancias que actúan como presupuestos de la relación contractual. La citada tendencia evolutiva, ello no obstante, continúa a inserirse en un sistema jurídico que parece, todavía, más estricto en la valoración de los eventos que liberan al deudor que el sistema europeo-continental; y, además, aquella tendencia evolutiva no llega a desbancar una concepción del vínculo obligatorio —tan ligada, como hemos visto, a la propia idea de responsabilidad contractual— concebido más como garantía de un resultado que como deber de conducta (126).

2) *Efectividad y coherencia. Generalización y particularismo. Límite, fundamento de la responsabilidad y carga de la prueba*

El ejemplo anglosajón es suficiente para que emerja, como directriz básica de la investigación en curso, y no puede ser de otra manera a la vista de cómo se ha producido la evolución histórica en la materia, el situar la discusión bajo un prisma que permita corroborar de manera inequívoca la efectividad de la disputa doctrinal. Un prisma que se conecte a la propia base y sustancia de la polémica, a su nudo originario ya puesto de manifiesto, es decir, la idea de la tutela del crédito.

Y ese prisma corrector no es otro que la idea de la carga de la prueba. Es esta la sede idónea para vislumbrar la efectividad del enfrentamiento doctrinal bajo la perspectiva sustancial de la tutela del crédito. Es precisamente en esta sede —la del reparto legal del riesgo de la incerteza o de la falta de la prueba— donde se columbra hasta dónde llegan las facilidades de actuación coactiva del crédito (en detrimento de la liberación del deudor), y hasta dónde las dificultades de exoneración del deudor (en favor del acreedor y su derecho).

Junto a ésta, otra directriz fundamental del examen crítico propuesto es la de emprender el análisis desde una perspectiva global del ordenamiento. El problema de la responsabilidad contractual se relaciona por fuerza con una serie de problemas conexos que no pueden ser olvidados: el concepto de prestación y su contenido, la imposibilidad liberatoria y sus caracteres, la existencia de otros medios de tutela del crédito (127) y la propia idea de obligación.

(126) Cfr., ROPPO, *ibidem*, p. 1263.

Lo que explica la desconfianza, cuando no la crítica abierta, de algunos autores anglosajones hacia la teoría de la *frustration*.

(127) Necesidad de conexión entre responsabilidad y otros medios de realización del derecho de crédito, especialmente puesta de manifiesto por GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., cfr. pp. 187 y ss. y 36-7. Conexión tanto con la tutela preventiva como represiva del crédito. Conexión, por otra parte, no exenta de consecuencias prácticas. Así, siempre que al acreedor se le ofrezca la posibilidad de la ejecución forzosa en forma específica y en tanto la prestación sea posible, no existe más forma de incumplimiento que el retardo. En tal hipótesis, sólo una sobrevenida imposibilidad de la prestación imputable al deudor puede provocar un incumplimiento definitivo.

De aquí también la necesidad de la coherencia. El incumplimiento es un momento crítico de verificación en negativo de lo que positivamente se afirma en otras sedes (cumplimiento, teoría general de la obligación).

De la directriz de coherencia asumida, surge también la necesidad (en tantos casos el drama) de compatibilizar una disciplina general (expresada en una serie de artículos del Código civil: artículos 1.101, 1.104, 1.105, 1.183...) con las exigencias peculiares de las singulares relaciones obligatorias, expresadas en reglas propias, particulares de responsabilidad.

Generalidad (a base de reglas abstraídas) contra particularismo, que está en el fondo mismo de la discusión sobre la responsabilidad contractual, desde que en la era postclásica del Derecho romano se inicia una labor de generalización y abstracción que culminaría el Derecho común.

Generalización contra particularismo, normas generales contra normas particulares, que se señala por la doctrina como una de las dificultades más graves para llegar a soluciones satisfactorias (128). Es más, para Giorgianni las dificultades doctrinales creadas en Italia por la vigencia del artículo 1.218 Código civil como norma general del incumplimiento, derivarían del haber asumido como norma general la disciplina surgida en un ámbito muy concreto (el de la custodia) de relaciones obligatorias (129).

Reglas generales de responsabilidad que deben ser respetadas en la medida en que a través de ellas encuentran aplicación las directrices de política jurídica (y en buena medida de política económica) que el ordenamiento pretende consagrar. Claro es, que ese respeto hacia las reglas generales no puede ir más allá de hasta donde es mantenido por el conjunto del sistema legislativo.

De esta exigencia de coherencia (130) nace el que se deba privilegiar, en igualdad de resultados prácticos, aquellas soluciones doctrinales que respeten en mayor medida el entero sistema de la responsabilidad contractual, que encierren sin fisuras, resueltas armónicamente, las cuestiones del límite y del fundamento de la responsabilidad contractual, en conexión con el conjunto de medidas e instrumentos ofrecidos por la totalidad del ordenamiento para la tutela del crédito (resolución, buena fe...).

La exigencia de coherencia tiene como punto de partida la armonización del doble papel que desempeña la imposibilidad liberato-

(128) Cfr. TRIMARCHI, *Istituzioni...*, pp. 337-8, y Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 697.

(129) Cfr. GIORGIANNI, voz «Inadempimento (dir. priv.)», en *Enc. Dir.*, XX, Milán, 1970, p. 875 y *L'inadempimento*, cit., p. 233.

Vid., también, AULETTA, *Inadempimento imputabile...*, cit., p. 1059.

(130) Exigencia que persiste incluso a igualdad de resultados prácticos, porque, como ha escrito MAJELLO (*Custodia e deposito*, cit., p. 120, nota 36), si a veces la doctrina y jurisprudencia, aun sirviéndose de presupuestos teóricos erróneos, llegan mediante silogismos artificiosos a los mismos resultados sustanciales, no existe garantía de que esto sucederá siempre, o en la mayor parte de los casos.

ria (131), como causa, por un lado, de extinción de la obligación (artículos 1.182 y ss. C. c.) y como causa de exoneración de la responsabilidad del deudor (art. 1.105 C. c.), por otro. De tal forma que el problema del límite de la responsabilidad contractual (la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor) es inseparable del de la extinción de la obligación en virtud de la verificación de una causa extintiva de la misma.

Y, a su vez, tampoco es separable de la extinción de la obligación por aquella concreta causa extintiva, en virtud de la perfecta correlación que sabemos existe entre responsabilidad (su fundamento) y exoneración (su límite), la propia idea del fundamento de la responsabilidad contractual, pues en virtud de aquella correlación, sabemos que la responsabilidad empieza donde acaba la exoneración.

Se responde, pues, en tanto la obligación pervive y pervive insatisfecha; se deja de responder cuando la obligación se extingue por imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor.

La necesidad de coherente armonización dentro del sistema de la responsabilidad contractual, origina, a su vez, el problema de identificar el indiscutible papel que respecto a la responsabilidad juega hoy todavía la culpa. Es decir, señalar la relación existente entre culpa e incumplimiento, lo que a su vez genera los subproblemas de indagar las relaciones existentes (o que tal vez no siempre existan) entre imposibilidad y diligencia (132) y entre caso fortuito o causa no imputable al deudor y diligencia.

Es en este contexto en el que se hace precisa la verificación de la trascendencia efectiva de la afirmación, todavía hoy frecuente en la doctrina, de que no basta el hecho objetivo del incumplimiento, la insatisfacción del acreedor para originar la responsabilidad del deudor, sino que además se hace necesario un elemento subjetivo de reproabilidad, asentado generalmente sobre la culpa (133). De tal forma,

(131) Cfr. OSTI, voz «Impossibilità sopravveniente», en *Noviss. Dig. it.*, VIII, Turín, 1962, p. 287, n. 1.

(132) Problema que se plantea en todos los sistemas jurídicos. Cfr. MOSCO, voz «Impossibilità sopravvenuta della prestazione», en *Enc. Dir.*, XX, Milán, 1970, pp. 408-9.

(133) Así, Cfr. BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., p. 81: «La figura della responsabilità debitoria non esprime quindi un mero fenomeno di reintegrazione di un interesse leso a favore di un soggetto e a carico di un altro in quanto parte di un rapporto. Essa propone piuttosto un giudizio di riprovazione dell'ordinamento per la ingiustificata disapplicazione di un certo doveroso sforzo diligente: essa propone cioè un giudizio di colpa»; CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*. Padova, 1966, p. 4: «... l'opinione, cui ritengo anch'io di dover aderire, secondo la quale solo l'inadempimento colpevole è fonte dell'obbligo di risarcire»; BETTI, *op. cit.*, p. 111: «Infatti non si può parlare di un torto, di una *iniuria* che il creditore subisce, se alla base di questo torto, di queste *iniuria*, oltre el mancato soddisfacimento dell'aspettativa creditoria, non ci sia anche un comportamento imputabile al debitore»; MICCRO, *op. cit.*, p. 185: «Ma il fatto oggettivo della mancata prestazione non basta di per sé solo a giustificare una responsabilità del debitore in quanto inadempiente: occorre altresì, che questo fatto oggettivo che lede un interesse del creditore ed è contrario al diritto sia imputabile al debitore».

En España, sobre la insuficiencia del incumplimiento objetivo para generar la responsabilidad, vid. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 693. Este autor, estableciendo

que el incumplimiento relevante a los efectos del artículo 1.101 Código civil sería el incumplimiento imputable, entendido como incumplimiento culpable (*latu sensu*, es decir, doloso o culposo). Aquí la imputabilidad se entiende, pues, como el conjunto de caracteres que debe presentar la situación originada por el incumplimiento para que se produzca la responsabilidad en forma de resarcimiento; imputabilidad «objetiva» (referida al presupuesto de responsabilidad), frente a la «subjctiva» del acto ilícito (referida al sujeto agente), entendida como delimitación de los sujetos responsables o subjetivización de la norma sancionadora (134).

Lo que aquí se cuestiona no es la distinción entre el plano de la materialidad del incumplimiento (falta o inexactitud del resultado debido, insatisfacción del acreedor), y el del juicio de responsabilidad —en términos tradicionales, el plano de la imputabilidad— que presupone la existencia del primero. Pues es claro que para el establecimiento de la responsabilidad del deudor no basta que el resultado debido no se haya realizado o se haya realizado inexactamente. El problema de la responsabilidad contractual, como ya vimos, es precisamente el de una vez establecido el incumplimiento en sentido material, verificar si éste está o no justificado. Por eso, junto al plano de la materialidad del incumplimiento, está aquel del juicio de responsabilidad, que supone básicamente la consideración del límite de la responsabilidad contractual (y por ende de su fundamento), es decir, si la falta del resultado debido se ha producido dentro o más allá del límite de la responsabilidad del deudor (lo que, como ya sabemos, supone determinar *a contrario* el fundamento de la misma).

Lo que aquí se cuestiona, decimos, pues, no es la distinción de los dos aludidos planos del incumplimiento, sino que en el segundo, en el juicio de responsabilidad, la culpa tenga el papel decisorio que tradicionalmente se le atribuye como límite (ausencia de culpa) y fundamento (culpa) de la responsabilidad contractual.

Una primera sospecha sobre la dudosa virtualidad de la distinción operada a partir del criterio de la culpa entre incumplimiento imputable y no imputable o, con palabras de Giorgianni, entre incumplimiento objetivo y subjetivo, viene dada, en lo que puede considerarse como el reconocimiento implícito por los propios defensores del principio de la culpa de su retroceso en el terreno del incumplimiento, por el progre-

un paralelismo con las categorías del Derecho penal, sitúa gráficamente el incumplimiento material u objetivo en el plano de la antijuricidad.

Establecen una identificación entre incumplimiento imputable (generador de responsabilidad) y culpable, ESPÍN y ALBALADEJO. El primero —*op. cit.*, p. 187— al situar como contenido de la imputabilidad del incumplimiento el dolo y la culpa. El segundo, al decir —*op. cit.*, p. 113— que «el deudor es responsable del no cumplimiento exacto: 1.º Como regla, cuando éste ha sido causado por su culpa», comprendiendo en esta última la culpa en sentido estricto y el dolo.

(134) Cfr. DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*, Milán, 1964, pp. 155 y ss.

sivo aumento de las consecuencias del incumplimiento no culpable (objetivo) o no imputable (135).

De tal modo, se compagina la afirmación de la necesidad del presupuesto de la culpa (en sentido amplio: culpa o dolo) para el resarcimiento del daño, con la de que no todas las consecuencias del incumplimiento presuponen la culpa. Así, se reconoce la existencia de una serie de medios de tutela concedidos al acreedor en función de la simple lesión material del crédito: sujeción del deudor a ejecución forzosa; *exceptio inadimpleti contractus*; resolución del contrato; intereses legales en deudas pecuniarias; el poder del acreedor en caso de incumplimiento viciado o defectuoso, de pedir la eliminación de la inexactitud o un nuevo cumplimiento.

Mientras que serían consecuencia del incumplimiento imputable, es decir, presuponen la culpa: el resarcimiento del daño y el paso al deudor moroso del riesgo de la imposibilidad de la prestación.

Frente a quienes —aunque sea con efectos limitados— sostienen la necesidad de un incumplimiento subjetivamente cualificado (imputable-culpable) a efectos de la responsabilidad contractual, están quienes afirman la suficiencia del hecho objetivo del incumplimiento, despojado de toda cualificación subjetiva en función de la culpa. Afirmación esta última que parte de una base sencilla: la esencialidad de la idea de responsabilidad contractual al propio concepto de vínculo obligatorio, de tal modo que la existencia de éste es presupuesto lógicamente suficiente de la responsabilidad del deudor incumplidor (136). De manera que si, como ha puesto agudamente de relieve Puig Brutau (137), el daño causado por culpa es ya causa de que nazca una obligación *ex novo* de resarcimiento del daño (art. 1.902 C. c., responsabilidad civil), resulta extraño que aquél que ya está obligado necesite para responder un doble fundamento: la existencia de la obligación y la culpa, que separadamente es por sí sola fuente de la obligación de resarcir. De forma

(135) Cfr. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., pp. 29 y ss. y 312 y ss. Y allí, en p. 324: «... i rimedi posti a disposizione del creditore hanno un diverso presupposto a seconda che colpiscono la violazione del dovere consumata dal debitore, o tentino invece di realizzare l'interesse del creditore. Il risarcimento del danno costituisce appunto la tipica sanzione civile ed essa viene applicata solo nei confronti del debitore colpevole». Cfr., también, AULETTA, *Inadempimento imputabile...*, cit., pp. 1066-7; BONVICINI, *La responsabilità civile*, I, Milán, 1971, pp. 339 y ss.; y GIORGIANNI, voz «Inadempimento», cit., pp. 861 y 886 y ss.

En esta misma línea de minoración del papel de la culpa se sitúa DÍEZ-PICAZO (*op. cit.*, pp. 704-5), a través de la distinción entre los presupuestos de las distintas consecuencias del incumplimiento. De tal forma que la culpa sólo es presupuesto del resarcimiento integral (daños ulteriores), pero no del *id quod interest* ni de la resolución del contrato que prescinden de ella.

A esta misma conclusión llega TORRALBA (*La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, en A. D. C., 1971, pp. 1143 y ss., espec. p. 1155), quien sobre la base de una mayor correspondencia de la responsabilidad objetiva del deudor por lo actuado a través de sus auxiliares a las exigencias de la economía moderna, procede a una revisión de la teoría de la culpa como paso previo a una fundamentación de la responsabilidad del deudor por lo actuado a través de sus auxiliares aun en ausencia de culpa del primero.

(136) Vid. MENGONI, *Obbligazioni di risultato...*, cit., p. 379.

(137) *Op. cit.*, pp. 419 y 420-1.

que es mucho más natural que la persona que ya está obligada necesite invocar un hecho suficiente a exonerarle de responsabilidad, que no que quien pretenda realizar lo que se le debe haya de invocar un doble fundamento de responsabilidad.

Es precisamente esta perplejidad, cuya persistencia sólo es explicable en base a los equívocos producidos en el desarrollo histórico de la discusión doctrinal (138), la que nos lleva a la necesidad de desvelar esos equívocos y situar el enfrentamiento doctrinal en el plano de efectividad que permita corroborar lo que instintivamente se intuye: que detrás de la discusión doctrinal hay más equívocos terminológicos que diferencias sustanciales.

3) *El punto de partida de la crítica a la teoría de la culpa. Plan de trabajo de la crítica propuesta.*

Es en el ámbito genuino de la responsabilidad contractual, el de las reglas de exoneración-responsabilidad, donde se produce la afirmación tradicional de que la responsabilidad (contractual, pero no sólo ésta) presupone como fundamento la culpa y, coherentemente con esta afirmación, según la correlación tantas veces recordada, la exoneración (negación del fundamento de la responsabilidad) la ausencia de culpa.

Esta doctrina «tradicional», como hemos visto, no lo es tanto, en virtud de la tardía introducción de la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual (Arangio-Ruiz, Kunkel) y extracontractual (Rotondi, Venezian) en el Derecho romano. La introducción de la culpa obedeció a razones sistemáticas —tan del gusto de los bizantinos, indiferentes para los clásicos, sólo preocupados por la solución adecuada de cada caso— y morales, no en vano ha sido señalada a este propósito la influencia del cristianismo y de la filosofía helenística.

Pero no hay que olvidar que, con independencia de las razones de fondo que motivan la introducción de la culpa (en definitiva que la afirmación de la responsabilidad no se produzca en ausencia de una valoración —negativa— del comportamiento del sujeto-deudor), ésta no es sino el resultado de un parámetro objetivo de comportamiento, la diligencia, referido a un patrón «clásico» (aunque, también aquí, en el Derecho romano no tanto, en relación al tema específico de la responsabilidad contractual), el del buen padre de familia. Por eso, la

(138) La reducción al absurdo de la necesidad redundante del doble fundamento de responsabilidad, sería que una vez surgida la obligación de resarcir *ex art. 1.902 C. c.* por haber existido culpa del dañante, para exigir en un momento posterior la responsabilidad contractual de éste, si se negase a hacer efectivo el resarcimiento debido, se debería requerir de nuevo en este segundo momento la culpa del deudor-dañante, pues se aplican las reglas de la responsabilidad contractual por el incumplimiento de una obligación preexistente. (Cfr. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 434).

Como ejemplo del aludido confusionismo existente en la discusión doctrinal baste el ejemplo de que ha sido negado (Cfr. RESCIGNO, prólogo cit., p. XVII, y *Manuale...*, cit., p. 602) y afirmado (Cfr. ROPPO, *Impossibilitá...*, cit., p. 1241) con idéntica certidumbre el trasfondo político o ideológico de su contenido.

valoración del significado actual de la culpa, que es sin duda hoy un dato normativo (arts. 1.101, 1.103, 1.104 C. c.) y doctrinal firmemente adquirido, debe prescindir de aquellas motivaciones y analizar cuál es su significado y valor en el ordenamiento vigente como norma objetiva de conducta. A estos efectos no interesa tanto el carácter tardío de la culpa (pues su vigencia hoy es indiscutible), cuanto el hecho históricamente demostrable de que nunca (ni en el Derecho romano, ni en el Derecho común, ni —como se confía en demostrar— en el Derecho vigente), la ausencia de culpa ha bastado para exonerar al deudor incumplidor. Lo que, habida cuenta del paralelismo exoneración-responsabilidad puesto tantas veces de relieve, cuestiona el propio papel de la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual.

Lo que la doctrina de la culpa nunca ha admitido, y por ello es fruto más de una enunciación terminológica que de una aplicación eficaz, es que si la culpa es fundamento (sólo y todo) de la responsabilidad contractual, en estricta coherencia con ello, baste para liberar de responsabilidad al deudor incumplidor, la prueba de la ausencia de culpa suya. Bien entendido, que aquí se habla de la prueba de la ausencia de la culpa en sentido técnico, es decir, como prueba de la diligencia, pues en la medida en que bajo la expresión «ausencia de culpa» se escondan otras nociones (muy especialmente la de la imposibilidad liberatoria), la teoría de la culpa se resuelve, entonces, en un equívoco terminológico (139).

La crítica de la doctrina de la culpa puede construirse, pues, sobre las dos perspectivas esenciales íntimamente unidas del juicio de responsabilidad. En el plano de la afirmación de la responsabilidad contractual (de su fundamento) se cuestiona el papel de la culpa como único presupuesto de la misma, pues ello conduce a la exigencia redundante de un doble fundamento de responsabilidad: culpa e incumplimiento (o mejor aún, culpa y obligación que subsiste insatisfecha), siendo ambos por sí solos suficientes para generar responsabilidad separadamente (se recuerda a estos efectos el carácter esencial de la responsabilidad a la noción misma de obligación).

También se cuestiona el papel de la culpa desde la perspectiva de la exoneración de la responsabilidad. La ausencia de culpa como prueba liberatoria no puede bastar para exonerar al deudor incumplidor, porque no destruye el fundamento de la responsabilidad: la obligación que subsiste y subsiste insatisfecha. La responsabilidad contractual subsistirá en tanto la obligación no se extinga, y para extinguirla no basta la ausencia de culpa (también aquí en sentido técnico, es decir, la

(139) En realidad el carácter sólo terminológico (aparente) de la doctrina de la culpa (culpa como fundamento de la responsabilidad contractual y ausencia de culpa como prueba liberatoria) permite su subsistencia actual y explica la igualdad sustancial —bajo diversa terminología— de la esfera de responsabilidad contractual del deudor respecto de las tesis objetivas del primer objetivismo.

Pero esto, lejos de ser demérito de la crítica de la tesis de la culpa, es razón para deshacer los equívocos en que se basa y explicar coherentemente aquella identidad de resultados. La coherencia y rigor dogmático, en igualdad de resultados, es un *plus* al que como civilistas nos debemos (¿o no?).

prueba de la diligencia, pues en la medida en que se entienda otra cosa se incurre en un mero juego de palabras). Aquí reside una de las características más señaladas de la doctrina de la culpa y uno de sus flancos más vulnerables: la separación arbitraria entre el ámbito de la liberación de la responsabilidad contractual (en que al deudor basta dar la prueba de la ausencia de culpa suya) y el de la extinción de la obligación (en que aquella prueba resulta insuficiente), lo que plantea, a su vez, el explicar la irresponsabilidad del deudor frente a una obligación que subsiste y subsiste insatisfecha.

El esfuerzo de clarificación propuesto en el ámbito de la responsabilidad contractual, debe tener en cuenta los precedentes históricos y las decisiones jurisprudenciales (140), pero, sobre todo, las indicaciones de sistema que emanan del propio Código civil. De manera que la investigación debe partir del artículo 1.101 Código civil y las reglas generales de responsabilidad-exoneración; proseguir con la coordinación de las reglas generales entre sí y, con las particulares de las relaciones obligatorias específicas (141); y concluir con el resultado que emerge del análisis realizado, situando los resultados obtenidos en el plano verificador de la carga de la prueba.

Cuando parece que ya todo se ha dicho en materia de responsabilidad contractual, el esfuerzo ha de dirigirse no tanto a elaborar construcciones nuevas cuanto a la justificación de la diversidad existente, la comprensión de las necesidades que están en la base de la misma, y la verificación práctica de su consistencia real.

El análisis de las reglas legales de responsabilidad no puede desvincularse de las alteraciones en las mismas introducidas por los particulares en uso de la autonomía privada. Los límites a este poder de decisión particular —que responden, como es sabido, a la necesidad de tutela del crédito— adquieren peculiar importancia en un momento en que la práctica contractual conoce una proliferación de modelos contractuales uniformes con cláusulas exoneratorias o limitativas de la responsabilidad contractual.

(140) Unos y otras (frecuentemente los mismos o mismas), indistintamente manejados en favor de una u otra tesis.

Respecto de la jurisprudencia, la doctrina ha puesto reiteradamente de manifiesto la necesidad de buscar los verdaderos criterios de decisión por encima del empleo de fórmulas verbales repetidas a veces con significados diversos. La jurisprudencia, siendo un elemento importante de interpretación, por su propia misión de realizar la justicia en el caso concreto, se adhiere a una u otra fórmula indistintamente, de modo que la labor de construcción se sacrifica a la justicia concreta del caso. Por eso se reafirma la necesidad de atender básicamente al conjunto del sistema legislativo.

De la misma manera que se reafirma, a la vista del carácter ambiguo-relativo del problema, la necesidad de llegar a una verificación efectiva de la discusión en el campo de la carga de la prueba.

(141) De manera que al final del examen realizado sepamos si las distintas relaciones obligatorias (depósito o transporte) o las distintas circunstancias (transporte de ladrillos o de porcelana) se valoran con reglas distintas, o son las mismas reglas las que aplicadas a situaciones y circunstancias diversas producen resultados diferentes.

Apuntes sobre la evolución del Derecho civil de la República Federal de Alemania en 1981/82 (*)

(Legislación y Jurisprudencia)

Por el profesor Dr. D. HANS-LEO WEYERS

Ayudante, D.^a Gisela Kunhn-Päbst
Frankfurt

I. LEGISLACION

Si con anterioridad hubimos de informar, principalmente, acerca de las repercusiones de la importante producción legislativa de los años setenta en el ámbito del Derecho de Familia, ahora, el informe relativo a los años 1981/82 se ciñe a una ley —fracasada— sobre responsabilidad del Estado, algunas especialidades en materia de derecho de arrendamiento de viviendas y un proyecto legislativo de reforma del Derecho Internacional Privado.

1. En 26 de junio de 1981 («Bundesgesetzblatt», —Boletín Oficial del Estado—, en abreviatura BGBl, 1981 I, 553) se promulgó una ley sobre la responsabilidad del Estado («Staatshaftungsgesetz»), que entró en vigor en 1 de enero de 1982. Esta ley, no obstante, fue declarada nula («nichtig») por el Tribunal Constitucional («Bundesverfassungsgericht») en 19 de octubre de 1982 («Neue Juristische Wochenschrift» —Nuevo Semanario Jurídico—, en abreviatura NJW, 1983, 25). La razón de ello fue que la República Federal carecía de competencia legislativa para dictar semejante disposición, que competiría a los singulares Estados («Länder»). Resulta así que las antiguas normas vuelven a estar vigentes. Pero, por otra parte, es opinión general que tales antiguas normas deben ser reformadas y que, antes o después, en distinta forma, habrá de llegarse a una normativa vigente que, en sus rasgos esenciales, se asemejará a la tanto más razonable «Ley de Responsabilidad del Estado». Por ello puede ser de interés informar brevemente acerca del derecho (todavía vigente) y del proyecto de reforma.

Conforme al § 839 I BGB, el funcionario responde personalmente del daño derivado de la infracción culpable («schuldhaft»)

(*) El presente informe es continuación del anterior relativo al año 1980 (véase ADC 1981, 959...).

de los deberes por razón del cargo que le afectan frente a tercero. Si ha actuado sólo de modo negligente («fahrlässig»), tan sólo puede ser demandado cuando el perjudicado carezca de todo otro medio para reclamar indemnización (tal es la llamada «cláusula de subsidiariedad» —«Subsidiaritätsklausel»—). Esta norma del Código civil viene a quedar, no obstante, modificada por el artículo 34, primer inciso, de la Constitución. En su virtud, en lugar de la responsabilidad personal del funcionario, surge la responsabilidad del Estado, del Municipio, etc., si el funcionario, al incurrir en la infracción («Delikt»), realizase un acto de soberanía («in Ausübung hoheitlicher Gewalt») —lo que no sería el caso, por ejemplo, tratándose de actos de un funcionario de ferrocarriles federales o de actos de administración del patrimonio estatal, etc.).

Este estado de cosas ha sido criticado, sobre todo, en los aspectos siguientes. En ocasiones resulta insatisfactorio que la indemnización del daño dependa de la culpa personal del funcionario. Asimismo, el mencionado «principio de subsidiariedad» parece anticuado. Originariamente debía garantizar la libertad de determinación («Entschlussfreiheit») del funcionario concreto. Pero dado que hoy, conforme al artículo 34 I de la Ley Fundamental, no responde ya el funcionario concreto sino, en su lugar, el Estado, el principio de subsidiariedad pasa a ser un beneficio del Estado y pierde con ello su función. También presenta dificultades la distinción entre «actuación soberana» («hoheitliches Handeln») del Estado, con las consecuencias más arriba descritas, y «actuación jurídico-privada», sancionable de conformidad con las reglas generales del Derecho de Obligaciones. La Jurisprudencia, dentro de sus posibilidades, había tomado ya en consideración esta crítica, en la medida en que ha ido restringiendo el ámbito de aplicación de la «cláusula de subsidiariedad» (compárense las «Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen» —Resoluciones del Tribunal Supremo en materia civil—, 68, 217; 70, 7; 75, 134; BGH (abreviatura de «Bundesgerichtshof» o Tribunal Supremo) NJW 1981, 623 y 626).

En estos y algunos otros puntos debía la «Staatshaftungsgesetz» (Ley de Responsabilidad del Estado) mejorar la situación. Sus principales normas son las siguientes. Según el § 1 I, ante la infracción («Verletzung») de un deber jurídico-público causada por el ejercicio de un poder soberano («öffentliche Gewalt»), debe responder, en principio, el titular («Träger») de dicho poder soberano. El concreto funcionario no responde (§ 1 III). Se da entrada así a una responsabilidad estatal inmediata, primaria, sin cláusula de subsidiariedad. El perjudicado, en todo caso, podrá exigir la remoción de las consecuencias derivadas de la vulneración del deber («Pflichtverletzung»), cuando el perjuicio comporte la alteración de un estado de hecho (§ 3 I). Habrá lugar a la pretensión de una indemnización en metálico, por el contrario, sólo en dos casos; a saber, primero, cuando la vulneración del deber hubiera podido evitarse con la observancia de la exigible diligencia

(«erforderliche Sorgfalt»), incumbiendo la carga de la prueba al demandado (§ 2 I); y segundo, con independencia de la culpa, cuando la vulneración del deber suponga un atentado antijurídico («rechtswidriger Eingriff») contra un derecho fundamental, atendidos los artículos 1 al 19 de la Constitución. También se implanta la responsabilidad absoluta («absolute Haftung») para los supuestos de desatención de señalizaciones técnicas («technische Einrichtungen») (por ejemplo, semáforos de tráfico) (§ 1 II). Como hemos indicado más arriba, es probable que la reforma de nuestro Derecho de Responsabilidad Estatal, que cabe esperar en un plazo más o menos breve, recoja estas líneas, al menos en parte. En el estado de la actual situación económica, que también afecta a los singulares «Länder» de la República Federal, probablemente los Ministros de Hacienda («Finanzminister») obstaculizarán toda regulación que pueda conducir a un mayor rigor de la responsabilidad estatal y a mayores gastos, con ello, para el Estado.

2. En 1 de enero de 1983 ha entrado en vigor una disposición complementaria («Novelle») en materia de derecho de arrendamiento de viviendas (BGBl I, 1912). Las modificaciones que tal disposición comporta fueron políticamente muy debatidas y constituyeron uno de los temas objeto de la lucha electoral con ocasión de las elecciones al Parlamento Federal («Bundestag») en marzo de 1983. Las principales determinaciones de la nueva regulación confieren al arrendador de viviendas un marco de acción más amplio. Ello, según la justificación del legislador, habrá de conducir a que la rentabilidad de la construcción de viviendas y alquileres aumente, y con ello mejore la oferta en el mercado de viviendas.

Se permiten, en primer lugar, si bien en términos restringidos —de acuerdo al § 564 c) BGB— contratos de arrendamiento, propiamente tales, concertados por tiempo determinado. Hasta ahora todo contrato de arrendamiento, aún cuando se hubiese celebrado por tiempo determinado, podía verse prorrogado a exigencia del arrendatario. A partir de ahora pueden concertarse contratos arrendaticios de vivienda por tiempo determinado, a saber, por un máximo de cinco años, siempre que transcurrido tal período vaya a ser necesitada la vivienda por el propio arrendador o un pariente suyo próximo o deba ser objeto de ciertas medidas de construcción («Baumassnahmen»), que se hubiesen planeado. Cabe además ahora pactar cláusulas en el contrato de arrendamiento de vivienda por las que el alquiler pueda elevarse en cierto importe de manera automática paralelamente al transcurso de determinado tiempo (§ 10 II de la «Ley para Regulación del Aumento de Alquileres» —«Gesetz zur Regelung der Miethöhen»—). Finalmente, se han simplificado los supuestos de elevación de la renta en el inquilinato, y se han alterado algo, en favor del arrendador.

3. El Decreto Internacional Privado de la República Federal queda regulado al comienzo de la «Ley de Introducción» («Einführungsgesetz») al Código civil de 1900 (arts. 7 al 31 de la Ley de

Introducción). Pero tal regulación tiene carácter fragmentario. La Ley regula sólo una parte de la materia total y deja, por ejemplo, el Derecho Internacional Privado de Obligaciones («internationales Schuldrecht») por completo sin regulación. En la práctica, la mayor parte del Derecho Internacional Privado en la República Federal es derecho consuetudinario («Gewohnheitsrecht»). En general, rige el principio de conexión («Anknüpfung») a la nacionalidad, y particularmente en Derecho de Familia, ante la alternativa dada, como regla, prima la nacionalidad del marido. Algunas partes de la Ley tienen sólo escasa trascendencia práctica, como la regulación de alimentos («Unterhalt») del niño, puesto que hoy, en su lugar, se aplican convenios internacionales que se han integrado en el Derecho Interno de la República Federal.

Actualmente, en las Cámaras legislativas de la República Federal se tramita un proyecto de ley («Drucksache des Bundesrates» 222/83, de 20 de mayo de 1983), que anuncia modificaciones en orden a los puntos mencionados y, con esta salvedad, en lo demás, confirma el actual estado normativo.

En lugar de las normas de colisión hasta ahora unilaterales («einseitige»), regirán en el futuro normas de colisión «plurilaterales» («allseitige»). Aparecen en la ley también normas añadidas, por ejemplo, las de Derecho Internacional Privado de Obligaciones. Se suprime la anteposición del marido en punto a la conexión, que parecía estar en contradicción con el artículo 3 II de la Ley Fundamental, según diversas sentencias del Tribunal Constitucional. Ello conduce a una cierta desintegración («Auflösung») del «principio de nacionalidad» («Staatsangehörigkeitsprinzip») en aras de una conexión con el domicilio («Wohnort») o paradero («Aufenthaltort») de los afectados. Finalmente, se introduce en la Ley el contenido de algunas convenciones internacionales. Por el momento no se sabe a ciencia cierta cuándo y con qué exacto contenido el proyecto se convertirá en ley.

II. JURISPRUDENCIA

Por su mayor importancia, procede aludir, en primer lugar, a las sentencias recaídas en el ámbito del Derecho de Familia. La Jurisprudencia debía aquí resolver primordialmente las cuestiones planteadas a raíz de las reformas de los años setenta (el sistema del Derecho alemán de divorcio y la nueva regulación del derecho de cuidado de los padres —«Recht der elterlichen Sorge»—). (Véase nuestro informe anterior en ADC 1981, 959 y 963). No sorprende que haya planteado dificultades específicas —que quizá merezcan particular interés para los juristas españoles— la entronización de un Derecho Matrimonial en el que la separación o el divorcio no aparecen en ningún caso como sanción a un comportamiento conyugal, sino como, en fin, el resultado del fracaso de unas relaciones humanas. En parte como consecuencia del curso

fragmentario de la reforma de divorcio, siempre resurgen las dudas de si es adecuado o siquiera incluso posible negar, realmente, al comportamiento de los cónyuges toda trascendencia sobre el divorcio o sobre los efectos del divorcio.

Habiendo ya resuelto en 1980 el Tribunal Constitucional (véase ADC (1980, 964) que no atenta contra la Constitución de la exclusión del principio de culpabilidad en relación a las causas del divorcio, se replantea la cuestión, en una resolución de 1981 (NJW 1981, 1771), en relación a los efectos del divorcio. Y en este punto establece el Tribunal Constitucional que armoniza con la Constitución los §§ 1.361 I 1 y 1.569 BGB, que, entre cónyuges con vidas separadas o divorciados, hacen depender básicamente de la situación de necesidad («Bedürftigkeit»), sin consideración a la culpa, la pretensión de alimentos de uno (casi siempre la mujer) contra el otro. El legislador —dice el Tribunal Supremo— considera que en un proceso la mayor parte de las veces no se aclaran las verdaderas causas del divorcio de un matrimonio y que la Nueva Ley de neutralizar las durezas y rigores consiguientes a la ruptura que surgieron en el procedimiento judicial. Además, el Derecho Matrimonial hasta hoy aplicable habría comportado regularmente una situación de perjuicio para la mujer, puesto que difícilmente puede ésta reinsertarse en la vida laboral. Por lo demás, el Tribunal Constitucional hace remisión al § 1.579 I, que prevé excepciones tales como los casos de «grave iniquidad» («grobe Unbilligkeit»). Pero el Tribunal Constitucional subraya que tales excepciones no permiten, con todo, llevarnos a una reimplantación del principio de la culpa («Verschuldensprinzip»). El § 1.579 I, sólo puede invocarse en caso de darse una culpa evidente y grave y afectante de manera notoria a uno de los cónyuges.

La invocación, en la práctica de los Tribunales civiles, de la norma excepcional del § 1.579 BGB suscita no menores dudas que la norma excepcional del § 1.568 BGB, que excluye la procedencia del divorcio, incluso tras tres años de separación de los cónyuges, entre otros casos, cuando el mismo «en atención a circunstancias inusuales implica una dureza demasiado grave» («aufgrund aussergewöhnlicher Umstände eine zu schwere Härte darstellen würde»). Se comprende que una interpretación extensiva de cada una de estas reglas llevaría fácilmente a reintroducir el principio de la culpa «por la puerta de atrás» («durch die Hintertür»). El Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de septiembre de 1981 (NJW 1981, 2808), ha concluido así que una grave dureza en el sentido del § 1.568 I BGB sólo se daría cuando incidiesen circunstancias que fuesen inusuales según un enjuiciamiento objetivo. No bastaría, a este respecto, la incidente posibilidad de temer especiales reacciones psíquicas, siempre que el afectado tenga aptitud para dominar suficientemente sus reacciones. Lo que vale incluso para el caso de probarse que existiera peligro de suicidio en uno de los cónyuges.

Por otra parte, en orden al § 1.579 I BGB, en pronunciamiento

de 25 de febrero de 1981 se resolvió que se da en todo caso el supuesto de hecho de la grave iniquidad cuando, al separarse del cónyuge, se contrajese con un tercero una relación íntima estable, de duración prolongada (sobre un año). Esto vale asimismo incluso cuando el cónyuge infiel no conviva con el tercero en forma cuasimarital. La posibilidad de caer en exageraciones y la necesidad de establecer excepciones de este tipo a la regla del § 1.579, la demuestra justamente este caso. Se trataba aquí de una mujer casada que había posibilitado a su marido la iniciación de unos estudios de odontología, y el marido, separándose más tarde de ella en circunstancias como las dicha, osó todavía reclamarle el pago subsiguiente de alimentos para continuar sus estudios.

El contrastado aumento en toda Europa de los «matrimonios sin fe de registro» («Ehen ohne Trauschein»), esto es, la convivencia de modo marital («eheähnliches Zusammenleben») del hombre y de la mujer sin acto de matrimonio («Eheschliessung»), se refleja también en la jurisprudencia de los tribunales civiles de la República Federal. La peculiar problemática de estos casos radica en que, de un lado, las partes no quieren tomar en consideración o incluso rechazan las reglas del Derecho de Familia establecidas para lo que es la forma normal de convivencia estable entre el hombre y la mujer, y en que, de otra parte, sin embargo, siempre surgen problemas que sólo cabe resolver con ayuda de la ordenación jurídica. Hasta ahora se perfila un poco la siguiente postura jurisprudencial: no existen reglas unitarias para la comunidad de vida no matrimonial («nichteheliche Lebensgemeinschaft»). En todo caso, el Derecho de Sociedades sólo puede invocarse cuando más allá de la mera convivencia entre hombre y mujer se pretenden además particulares fines económicos («Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen 77, 55; NJW 1982, 2863). Por lo demás se tiende al «quietanon movere», esto es: si uno de los miembros de la pareja hubiese realizado gastos en beneficio del otro durante la vida en común, no puede pretender por ello una compensación al sobrevenir una ruptura imprevista de la convivencia (BGHNJW 1981, 1502; 1982, 1885).

En nuestro anterior informe hicimos ya referencia a las especialidades de la reforma del derecho de cuidado de los padres. Entre tanto nos hemos situado en una etapa, en la República Federal, en la que el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse sobre la constitucionalidad de algunas disposiciones singulares. En primer lugar, se declaró que el § 1.705 BGB, no afectado por la Reforma, que encomienda el hijo no matrimonial menor de edad únicamente al cuidado de la madre, no atenta contra el derecho de los padres, y por tanto también del padre no matrimonial, amparado por el artículo 6 II de la Ley Fundamental. Lo que es aquí determinante es el bienestar del hijo («Wohl des Kindes»), que es lo que mediante esta regulación concreta toma en consideración el legislador. Lo mismo vale para el § 1.711 BGB, que confiere por regla a la madre la facultad de precisar la comu-

nicación del padre no matrimonial con el hijo (sentencia de 24 de febrero de 1981, NJW 1981, 1201).

Sobre un problema particularmente trágico debía resolver el Tribunal Constitucional en su decisión de 17 de febrero de 1982 (NJW 1982, 1.379). De acuerdo a los §§ 1.666, 1.666 a) BGB, el Tribunal de Familia («Familiengericht») puede ordenar la separación de un niño de sus padres cuando no quepa de otro modo evitar una situación de peligro para el bienestar del hijo —y así cabe proceder, por tanto, aún cuando se trate de un defecto o falta de que los padres no tengan culpa—. En este caso concreto se pretendía la separación de un niño sano física y psíquicamente, de sus padres física y psíquicamente minuscapacitados, para insertarlo en una «familia afectiva» («Pflegefamilie»). El Tribunal Constitucional estima, en principio, que la regulación de los §§ 1.666, 1.666 a) BGB es conciliable con los preceptos de la Constitución relativos a la familia y al derecho de los padres (art. 6). Con todo, sólo es admisible la separación dentro del estricto respeto al «principio de proporcionalidad» («Grundsatz der Verhältnismässigkeit»). Deberá tratarse, pues, de una deficiencia grave en el comportamiento de los padres, a la que corresponda una relevante situación de peligro para el bienestar del hijo. En el caso concreto se denegó que se diesen tales presupuestos. La madre, pese a su minuscapacidad, se había ocupado del hijo, que constituía el centro de su vida. Pareció por ello posible, aunque fuese con escasos medios económicos, garantizar el bienestar del hijo de cara al futuro. En este contexto, se formula la significativa declaración de que el Estado no tiene deber de procurar, contra la voluntad de los padres, la que sea mejor formación posible para el niño.

En los últimos años se ha dado, no con poca frecuencia, que los padres, aún después de divorciados, acuerdan adoptar conjuntamente las decisiones fundamentales relativas a la crianza del hijo. Ello está en contravención con el § 1.671 V 1 BGB, que, para el caso de divorcio, manda al Tribunal atribuir el derecho de cuidado («Sorgerecht») únicamente a uno de los padres. Así las cosas, no tendrían los padres posibilidad de que sus acuerdos internos fueran externamente eficaces. Respecto a este problema, el Tribunal Constitucional, en 31 de noviembre de 1982 (NJW 1983, 101), ha resuelto que el § 1.671 V 1 debe ser tenido por nulo, al atentar contra el derecho de los padres («Elternrecht») del artículo 6 II 1 de la Ley Fundamental. Teniendo ambos cónyuges aptitud, si están de acuerdo ambos en seguir asumiendo la responsabilidad común por sus hijos más allá del divorcio, no cabe que el Estado excluya a uno de ellos de la custodia y crianza («Pflege und Erziehung»). Debiera por ello estar prevista, al menos para casos excepcionales, la posibilidad de conferir a ambos padres el derecho de cuidado.

2. En la zona de confluencia entre el Derecho de Familia y el Derecho obligatorio se sitúan los llamados «casos de esterilización» («Sterilisationsfälle»), sobre cuya problemática ya se informó en 1981 (ADC 1981, 965). La Jurisprudencia ha incidido nuevamente

sobre este tema (BGHNJW 1981, 630). Y es que en el ínterin, la problemática mencionada se ha reproducido con una trágica variante. El Tribunal Regional Superior («Oberlandesgericht») de Munich debía en 27 de febrero de 1981 (NJW 1981, 2012) resolver el siguiente caso. Una mujer embarazada había enfermado de sarampión. Su médico no se percató de esto. Según el Derecho penal vigente de la República Federal, en tales supuestos está admitido el aborto, dado el alto riesgo que existe de que nazca el niño con graves defectos psíquicos y corporales. Puesto que en aquel caso concreto no se realizó el aborto, tanto el niño como la madre demandaron indemnización de daños contra el médico, en base a la negligencia de su asesoramiento («fehlerhafte Beratung»). El Tribunal Regional de Munich denegó categóricamente toda pretensión indemnizatoria de daño. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 de enero de 1983, dio una definitiva solución al caso. Se estimó así en favor de la madre una pretensión indemnizatoria por el incremento de gastos irrogados en razón de los defectos del niño, a su nacimiento y previsiblemente en el futuro. La pretensión del hijo, en cambio, fue desestimada. La fundamentación de ambas sentencias permite concluir que nos encontramos aquí, al menos, al borde del límite de toda posible reglamentación jurídica.

3. El Derecho de la Responsabilidad del Fabricante, como en el resto del mundo, se desarrolla cada vez más. En dos sentencias de 17 de marzo de 1981 se suscita la cuestión de resolver sobre la pretensión indemnizatoria de daños formulada por ciertos agricultores de frutas de los alrededores de Hamburgo, que habían tratado sus manzanos con medios de fumigación contra la incrustación de hongos («Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen» 1980, 186 y 199). Después del tratamiento de los árboles durante un año, llegó a formarse una raza de hongos suficientemente resistente, de tal modo que la fumigación al año siguiente quedó sin resultado y los labradores sufrieron notables pérdidas en la cosecha. Estas pérdidas hubieran podido evitarse, si los labradores hubiesen utilizado alternativamente diversos medios de fumigación. Pero sobre esta circunstancia no se hacía en el prospecto de empleo del productor indicación alguna. Sin embargo, en sus laboratorios el productor había llevado a cabo por su parte algunos ensayos propios para neutralizar el efecto indeseado de la formación de resistencias, si bien —a diferencia de un investigador australiano— no había descubierto nada que le orientase a este respecto. El Tribunal Supremo concluyó, en primer lugar, que hay también daño a la propiedad privada, que deberá resarcirse, cuando resulta ineficaz para evitar perjuicio a la propiedad un producto empleado, si quien lo emplea, confiando en su eficacia, ha dejado de valerse por tal motivo de otros productos. Más incluso, se considera que el productor está obligado a mantener permanentemente en observación su producto, después de la producción y venta, para poder prevenir al público

en un caso dado. Con respecto a la carga de la prueba, se estableció que pesa sobre el perjudicado la prueba de haber quedado objetivamente incumplido el deber de advertencia («Warnpflicht») del productor. Contrariamente, corresponderá al productor la contraprueba de haber carecido, para poder formular tal advertencia, de las informaciones pertinentes y de no haber podido tampoco procurárselas.

4. El llamado «derecho de la personalidad» («Persönlichkeitsrecht») es por completo una creación de la Jurisprudencia en la República Federal. El contenido y las fronteras de este derecho no son del todo precisos. Tiene primordialmente función y utilidad, en la medida en que el § 823 I BGB sólo otorga indemnización por daños, en el ámbito del Derecho obligatorio, cuando hay lesión de muy determinados derechos y bienes jurídicos, como la vida, la salud, la propiedad. Este catálogo se formó sobre la base de los intereses sociales y económicos del último siglo. Mediante el mismo, por ejemplo, no se protege la esfera privada del hombre, especialmente contra la publicación en la prensa de detalles de su vida privada. Por medio de la construcción del derecho de la personalidad, viene ahora la Jurisprudencia a proteger esencialmente esa esfera privada del individuo. No obstante, los lindes del concepto mismo no son muy nítidos. Precisamente por ello encontramos siempre de nuevo en este campo sentencias importantes. En su sentencia de 26 de junio de 1981, el Tribunal Supremo estableció que también comporta lesión del genérico derecho de la personalidad la utilización de un nombre en anuncios publicitarios, aunque no se desacredite con ello al titular de dicho nombre. Basta que el titular emplee este nombre mismo en el tráfico comercial con fines publicitarios. Un detalle técnico: para la reclamación de una remuneración equivalente a unas «tasas de licencia» («Lizenzgebühren»), fue fundamento de la demanda, no el hecho delictual («Delikt»), sino el enriquecimiento injusto («ungerechtfertigte Bereicherung»). Esto supone sistemáticamente un acierto, sin duda, e implica para el perjudicado la ventaja de no tener que probar ni la culpa del ofensor ni el daño concreto (BGHZ 1981, 75).

5. También se adscriben al ámbito de los asuntos de prensa dos sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1981 (NJW 1981, 1089 y 1366). Aquí, un conocido escritor se había colocado, bajo nombre falso, como periodista en la redacción de un gran periódico, para desde tal puesto poder después informar en un libro acerca de sus experiencias como trabajador de dicho periódico. Escribió al cabo un libro muy crítico, y el editor del periódico exigió la tacha de numerosos pasajes en el texto de dicho libro. Debía el Tribunal Supremo hallar en este caso una comprometida solución entre la libertad de prensa y de opinión del periodista y el llamado «derecho sobre el propio establecimiento industrial» («Recht am Gewerbebetrieb»). Este derecho sobre el propio establecimiento tiene en el ámbito comercial una función seme-

jante a la que en el ámbito privado desarrolla el derecho de la personalidad. El problema era naturalmente si y en qué medida pueden ser publicadas informaciones importantes pero obtenidas ilegalmente. El Tribunal Supremo concluyó que al empleado le afecta esencialmente un deber de secreto («Verschwiegenheitspflicht») en lo concerniente a las circunstancias internas de la empresa en que trabaja. Pero, una vez que cesa en su actividad, sí debe poder publicar sobre tales extremos, si con ello pone de manifiesto graves irregularidades internas de la empresa que afecten al público y que no se corregirían mediante quejas formuladas desde dentro de la empresa. El modo y manera en que un periódico se lleva a cabo, cómo se consiguen informaciones, se preparan, se utilizan, la comunicación de noticias, opiniones y tendencias, en la labor periodística, son de especial interés para el público, sobre todo cuando se trata de una hoja de masas con la difusión y fuerza persuasoria de aquel periódico. Aunque el demandado haya obtenido sus informaciones mediante procedimiento ilegal, esto es, mediante ocultamiento de su identidad e intenciones y con quebranto de confianza, es tan alto el interés público de las informaciones transmitidas que claramente supera la postulación de tutela del demandante. Juntamente con el editor, había demandado el director de redacción, a la vista de lo informado por el escritor, aduciendo lesión de su genérico derecho de la personalidad. Aquí distinguió nítidamente el Tribunal entre noticias referentes a particularidades de la vida privada del demandante y noticias afectantes a su actividad profesional. Las primeras suponen un atentado inadmisibles contra el genérico derecho de la personalidad, dado que no existe en el público un interés merecedor de tutela para conocer también asuntos de la vida privada. Por el contrario, sí prevalece un interés de la colectividad cuando se trata de informaciones atinentes a la manera de trabajar del demandante que como director de redacción influye en la formación de la opinión pública.

(Traducción de Juan Alvarez-Sala Walther. Notario)

Crónica del Derecho suizo del año 1982

Bibliografía - Jurisprudencia - Legislación

Por BERNARD DUTOIT

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lausanne.
Director del Centro Universitario de Derecho comparado

I. BIBLIOGRAFIA

A. OBRAS GENERALES

a) *Tratados y comentarios*

1. Berner Kommentar, tomo IV/2/5/1, *Das Fahrnispfand, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 884-887 ZGB* (La prenda, Parte sistemática y Comentario a los artículos 884 a 887 del Código civil suizo), por Dieter Zobl, Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 983 págs. Tomo II/3/1, *Die Vormundschaft, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 360-378 ZGB* (La tutela, Parte sistemática y comentario a los artículos 360 a 378 del ZGB), por Bernard Schuyder y Erwin Murer, Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 673 págs.

2. Gutzwiller, Peter Max/Heinrich, Peter/Hug, Klaus/Meyer, Ferdinand: *Grundriss des schweizerischen Privat- und Steurrechts mit angrenzenden Gebieten und internationalem Recht* (Compendio del Derecho privado y el Derecho fiscal suizos, con cuestiones conexas y Derecho internacional), 2.ª edición, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 478 págs.

3. *Schweizerisches Privatrech* (Derecho privado suizo), tomo VIII/2, *Handelsrecht* (Derecho mercantil), 2.ª Parte. Christoph von Greyerz: *Die Aktiengesellschaft* (La Sociedad Anónima); Herbert Wohlmann: *Die GmbH* (La Sociedad de Responsabilidad Limitada), Bâle, 1982, Editorial Helbing et Lichtenhahn, 480 págs.

4. Zürcher Kommentar, *Die kaufmännische Buchführung, Vorbemerkungen und Kommentar, Art. 957 ZGB* (La contabilidad comercial, preámbulo y comentario al artículo 957 del Código civil suizo), por Ernst Bossard, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schultess, 230 págs.

b) *Escritos varios*

5. *Le centenaire du Code des obligations*, escritos varios editados en nombre de las Facultades suizas de Derecho, por Hans Peter, Emil Stark y Pierre Tercier, Fribourg, 1982, Editions Universitaires, 535 págs.

6. *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel* (Organización estatal y funciones estatales en cambio). Libro homenaje a Kurt Eichenberger en su sesenta aniversario, editado por Georg Müller, René A. Rhinow, Gerhard Schmid y Luzius Wildhaber, Basilea, 1982, Editorial Helbing et Lichtenhahn, 800 págs.

7. *Les étrangers en Suisse*, Recopilación de trabajos publicados por la Facultad de Derecho con ocasión de la asamblea de la Sociedad suiza de juristas, celebrada en Lausana del 1. al 3 de octubre de 1982, Lausana, 1982 366 págs.

8. Hinderling, Hans: *Ausgewählte Schriften mit Nachträgen auf den heutigen Stand gebracht* (Selección de escritos, con apéndices referidos al estado actual), Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 358 págs.

9. *Hommage à Raymond Jeanprêtre*, Recopilación de trabajos ofrecidos por la Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas de la Universidad de Neuchâtel, editada por Ides et Calendes, 1982, 181 págs.

10. *Freiheit und Verantwortung im Recht* (Libertad y responsabilidad en el Derecho). Libro homenaje a Arthur Meier-Hayoz en su sesenta aniversario, editado por Peter Forstmoser y Walter R. Schluemp, Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 567 págs.

11. *Ordo et libertas*. Libro homenaje a Gerhard Winterberger en su sesenta aniversario, editado por A. Jetzer, A. Meier-Hayoz, H. Sieber, K. Wild, Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 554 págs.

B. DERECHO DE LA PERSONA

12. Pedrazzini, Mario M.: *Grundriss des Personenrechts* (Compendio de Derecho de la persona), libro de texto, Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 220 páginas.

C. DERECHO DE FAMILIA

13. Brauchli, Andreas: *Das Kindeswohl als Maxime des Rechts* (El bienestar del hijo como máxima del Derecho), Zürcher Diss, Zürcher Studien zum Privatrecht, tomo 24, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 214 págs.

14. Fülleman, Dieter: *Verschulden und Zerrütung in rechtsvergleichender Sicht* (Culpabilidad y desavenencia desde la perspectiva del Derecho comparado), Berner Diss, Abhandlungen zum schweizerischen Recht H. 476, Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 194 págs.

15. Loehr, Hardo G.: *Das Unterhaltsrecht geschiedener Ehegatten in Deutschland und in der Schweiz* (El derecho de alimentos de los cónyuges divorciados en Alemania y en Suiza), Basler Diss; Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 122 págs.

16. Noir-Masnata, Catherine: *Les effets patrimoniaux du concubinage et leur influence sur le devoir d'entretien entre époux séparés*, colección Comparativa, tomo 21, Ginebra, 1982, Librería Droz, 158 págs.

17. Schätzle, Reinhold: *Das Kind im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung seiner Stellung als selbständige handelnde Partei* (El niño en el proceso civil, con especial consideración a su posición como parte actuante independiente), Zürich, 1982, 170 págs.

D. DERECHO DE SUCESIONES

18. Breitschmid, Peter: *Formvorschriften im Testamentrecht de lege data-rechtsvergleichend- de lege ferenda, dargestellt insbesondere am Beispiel*

des eigenhändigen Testaments (Disposiciones sobre la forma del testamento de lege data, en el Derecho comparado de lege ferenda, expuestas con especial relación al supuesto del testamento ológrafo), Zürcher Diss; Zürcher Studien zum Privatrecht, tomo 23, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 623 págs.

19. Egger, Andrea: *Le transfert de la propriété dans les successions internationales - Etude comparée de droit interne et de droit international*, Ginebra, 1982, editorial Georg, 126 págs.

20. Glaus, Hannes: *Irrtumsanfechtungs und Auslegung beim Testament. Eine Analyse des schweizerischen Rechts unter Mithberücksichtigung der deutschen und französischen Rechtsordnung* (Impugnación por error e interpretación del testamento. Un análisis del Derecho suizo con consideración conjunta de los Ordenamientos jurídicos alemán y francés), Zürcher Diss. Zürcher Studien zum Privatrecht, tomo 22, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 239 págs.

21. Neukomm W. y Czettler, A.: *Das bäuerliche Erbrecht des schweizerischen ZGB* (La herencia rural del Código civil suizo), 5.ª edición, Brugg, 1982, realizada por el Secrétariat suisse des paysans, 339 págs.

22. Raemy, Reinold: *Das Pflichtteilsrecht und die Erbenqualität* (El derecho a la cuota legítimaria y la cualidad de heredero), Fribourg, 1982, 146 páginas.

23. Schmuki, Peter H.: *Die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest* (El fideicomiso de residuo). Zürcher Diss. Zürcher Studien zum Privatrecht, tomo 19, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 133 págs.

24. Uffer-Tobler, Beatrice: *Die erbrechtliche Auflage* (El modo en el Derecho sucesorio). Zürcher Diss. Abhandlugen zum schweizerischen Recht. H. 477, Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 200 págs.

E. DERECHOS REALES

25. Bonorand, Daniel: *Ausgewählte Fragen zum Gesamtpfandrecht an Grundstücken* (Selección de cuestiones relativas a la hipoteca solidaria sobre fincas), Basilea, 1982, Ediciones Helbing et Lichtenhahn, 84 págs.

26. de Haller, Jean-Claude: *L'hypothèque légale de l'entrepreneur. Des solutions nouvelles à des vieux problèmes?* Ponencias y comunicaciones de la Sociedad suiza de juristas, H. 2, 1982, Basilea, Ediciones Helbing et Lichtenhahn, 123 págs.

27. Scumacher, Rainer: *Das Bauhandwerkerpfandrecht. Systematischer Darstellung der Praxis* (La hipoteca sobre construcción artesanal. Exposición sistemática de la práctica), 2.ª edición, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 336 págs.

28. Zobl, Dieter: *Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege data und de lege ferenda* (La hipoteca sobre construcción artesanal de lege data y de lege ferenda), Ponencias y comunicaciones de la Sociedad suiza de juristas, H. 1, 1982, Basilea, Ediciones Helbing et Lichtenhahn, 188 págs.

F. DERECHO DE OBLIGACIONES

aktuellen Diskussion (Las condiciones generales de la contratación en la *aktuellen en Diskussion* (Las condiciones generales de la contratación en la

doctrina y en la práctica. Aportaciones a la discusión actual). Publicaciones sobre Derecho de protección del consumidor, tomo 5, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 189 págs.

30. Bugnon, Hubert: *L'action récursoire en matière de concours de responsabilité civile*, Fribourg, 1982, 162 págs.

31. Casanova, Hugo: *Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten, insb. nach Art. 41 ff. OR* (La responsabilidad de las partes por su conducta en el proceso, especialmente según los artículos 41 y siguientes de la O. R.), Fribourg, 1982, 178 págs.

32. Deschenaux, Henri y Tercier, Pierre: *La responsabilité civile*, 2.^a ed., Berna, Editions Stämpfli, 1982, 333 págs.

33. Früh, Sibylle: *Die rechtliche Bedeutung des Garantiescheins beim Kauf von Konsumgütern* (El significado jurídico del certificado de garantía en la compra de bienes de consumo). Publicaciones sobre Derecho de protección del consumidor, tomo 10, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 143 págs.

34. Gauch, Pierre; Schlupe, W. R. y Tercier, Pierre: *La partie générale du droit des obligations (sans la responsabilité civile)*, 2.^a ed.; tomo I, 227 páginas; tomo II, 283 págs.; Zurich, Editions polygraphiques Schulthess, 1982.

35. Höchli, Andreas: *Der Untermietvertrag* (El contrato de subarriendo). Zürcher Diss. Publicaciones sobre Derecho de protección del consumidor, tomo 6, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 93 págs.

36. Keller, Max y Schöbi, Christian: *Das schweizerische Schuldrecht* (El Derecho de obligaciones suizo), tomo I, Lecciones generales sobre Derecho de contratos, Basilea, 1982, Ediciones Helbing et Lichtenhahn, 311 págs.

37. Keller, Max y Schaufelberger, Peter: *Das schweizerische Schuldrecht* (El Derecho de obligaciones suizo), tomo III, Enriquecimiento injusto, Basilea, 1982, Ediciones Helbing et Lichtenhahn, 128 págs.

38. Schroeder, Karl: *Probleme der zivilrechtlichen Haftung des freipraktizierenden Zahnarztes* (Problemas de responsabilidad civil del dentista que ejerce privadamente), Züchner Diss. Publicaciones de Derecho de protección del consumidor, tomo 7, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 190 págs.

39. Stark, Emil W.: *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (Derecho de la responsabilidad extracontractual), Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 250 págs.

40. Toggweiler, Karl-Matthias: *Der Hausverbandsvertrag. Untersuchungen zur Tariffähigkeit des Werkvereins* (El contrato de agrupación de empresas. Estudios sobre la capacidad de las uniones de empresas para concluir convenios colectivos), Zürich, 1982, 152 págs.

41. Vogt, Nedim Peter: *Die Zustimmung des Dritten zum Rechtsgeschäft. Einwilligung, Ermächtigung, Genehmigung und Vollmacht im schweizerischen Privatrecht* (El consentimiento del tercero al negocio jurídico. Asentimiento, autorización, permiso y apoderamiento en el Derecho privado suizo), Zürcher Diss. Zürcher Studien zum Privatrecht, tomo 26, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 129 págs.

42. Sauter, Daniel: *Ausgewählte Probleme des Sukzessivlieferungsvertrages. Begriff, sachlicher Geltungsbereich, Vertragsabwicklungsstörung, Vertragsbeendigung* (Selección de problemas sobre el contrato de suministro. Concepto, ámbito objetivo, alteraciones en el desarrollo del contrato, terminación del contrato). Zürcher Diss. Publicaciones de Derecho de protección del consumidor, tomo 8, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 208 págs.

G. DERECHO MERCANTIL

43. Jäggi, Peter: *Théorie générale des papiers-valeurs, Traité de droit privé suisse*, vol. VIII, tomo II/2, Fribourg, 1982, 105 págs.

44. Liniger, Hans Ulrich: *Die Liquidation der Genossenschaft. Gleichzeitig ein Beitrag zur Genossenschaftstheorie* (La liquidación de las Sociedades cooperativas. Una aportación a la teoría de las Sociedades cooperativas) Zürcher Diss. Zürcher Studien zum Privatrecht, tomo 27, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 416 págs.

45. Von Greyer, Christoph: *Die Aktiengesellschaft* (La Sociedad Anónima) Herbert, Wohlmann: *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (La Sociedad de Responsabilidad Limitada). Derecho privado suizo, tomo VIII/2, Berna, 1982, 456 págs.

46. Wettenschwiler, Suzanne: *Die stille Liquidation der Aktiengesellschaft* (La liquidación secreta de la Sociedad Anónima), Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 91 págs.

H. DERECHO BANCARIO

47. Aubert, Maurice; Kernen, Jean-Philippe y Schönle, Herbert: *Le secret bancaire suisse. Etendue et limites en droit privé, administratif, fiscal, judiciaire, dans le cadre des conventions internationales et selon la jurisprudence des tribunaux des Etats-Unis*, 2.^a ed., Berna, Ediciones Stämpfli, 503 páginas.

48. Bodmer, Daniel; Kleiner, Beat y Lutz, Beno: *Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz* (Comentario a la Ley suiza sobre la banca), Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 140 págs. (en fichas móviles).

49. Brüesch, Andrea: *Einlegerschutz bei Bankeinlagen* (La protección del depositante en los depósitos bancarios). Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 230 págs.

50. Hammer, Thomas: *Der trassiert-eigene Bankchek. Analyse der besonderen Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Verwendung des trassiert-eigenen Bankchecks als Zahlungsmittel* (El talón bancario girado al propio cargo. Análisis de sus peculiares problemas en relación con su utilización como medio de pago). Zürcher Diss. Escritos suizos sobre Derecho mercantil y económico, tomo 66, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 129 págs.

51. Roesle, Max C.: *Der Schrankfachvertrag der Banken* (Los contratos bancarios sobre cajas de seguridad). Escritos sobre Banca, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 237 págs.

52. Schmid, Christian: *Die unter Mitwirkung der Schweizerischen Bankiervereinigung erfolgten Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen*. (Los acuerdos logrados con la colaboración de la Asociación de banqueros sui-

zos. Instrucciones y recomendaciones). Escritos sobre Banca, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 85 págs.

53. Walder-Bohner, Hans Ulrich: *Fragen der Arrestbewilligungspraxis insbesondere im Zusammenhang mit der Verarrestierung von Vermögenswerten bei Banken* (Cuestiones sobre práctica de embargos preventivos, especialmente en relación con el embargo de valores bancarios). Escritos sobre Banca, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 53 págs.

J. PROPIEDAD INTELECTUAL

54. Christ, Thomas Cornelius: *Das Urheberrecht der Filmschaffenden* (El derecho de autor de los creadores de películas). Basler Diss. Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A.: Derecho privado, tomo 5, Basilea, 1982, Ediciones Helbing y Lichtenhahn, 118 págs.

55. Christen, Felix: *Die Werkintegrität im schweizerischen Urheberrecht* (La integridad de la obra en el derecho suizo de autor). Berna, Ediciones Stämpfli, 1982, 202 págs.

K. DERECHO ECONOMICO

56. Jost, Andreas: *Zum Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht* (Sobre la protección jurídica en el Derecho administrativo económico). Ponencias y comunicaciones de la Sociedad suiza de juristas, 1982, Cuaderno 4, 1982, 131 págs., Basilea, Ediciones Helbing et Lichtenhahn.

57. Manfrini, P. L.: *Le contentieux en droit administratif économique*. Ponencias y comunicaciones de la Sociedad suiza de juristas, 1982, Cuaderno 3, 1982, 141 págs., Basilea, Ediciones Helbing et Lichtenhahn.

L. DERECHO FISCAL

58. Känzig, Ernst: *Die eidgenössische Wehrsteuer* (El impuesto confederal por la defensa nacional), 2.^a ed., 1.^a Parte: arts. 1 a 44 WStB, Basilea, 1982, Verlag für Recht und Gessellschaft, 884 págs.

59. Masshard, Heinz: *Kommentar zur direkten Bundessteuer 1983-1984* (Comentario a los impuestos federales directos de los años 1983 y 1984). Apéndice al Wehrsteuerkommentar 1980, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 180 págs.

60. Mossu, Claude: *Mesures contre la fraude fiscale. Commentaire de la loi du 9 juin 1977* (modifications de l'IPD/AIN), Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 355 págs.

M. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

61. *Annuaire suisse de droit international 1981*, publicado por la Sociedad suiza de Derecho internacional, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 530 págs.

62. Dutoit, Bernard; Knoepfler, François; Lalive, Pierre y Mercier, Pierre: *Répertoire de droit international privé suisse. Présentation systématique du droit commun et conventionnel, de la jurisprudence et des sources doctri-*

nales principales; tomo I: *Le contrat international et l'arbitrage international*, Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 407 págs.

63. Jaccottet, Catherine: *Les obligations alimentaires envers les enfants dans les Conventions de la Haye*. Europäische Hochschulschriften, Reihe 2/296, Berna, 1982, 279 págs.

64. Keller, Max y Schlaepfer, Arnold: *Convergences et divergences entre le droit international privé et le droit matériel privé*. Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 42 págs.

65. Meyer, Doris Maria: *Der Regress im international en Privatrecht* (El recurso en Derecho internacional privado), Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 42 págs.

66. Vischer Frank y von Planta, Andreas: *Internationales Privatrecht* (Derecho internacional privado). 2.ª ed., Basilea, 1982, Ediciones Helbing et Lichtenhahn, 245 págs.

N. DERECHO LABORAL Y SOCIAL

67. Frei, Bernard: *Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers nach OR, Art. 328, Abs. 1 unter besonderer Berücksichtigung des Personaldatenschutzes* (La protección de la personalidad del trabajador según el artículo 328, apartado 1 de la O. R., con especial consideración a la protección de los datos personales), Berner Diss. Zürich, 1982, Juris, 185 págs.

68. Furter, Robert: *Kollektives Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht. Über Sinn und Grenzen der Tarifautonomie unter wirtschaftsrechtlichen Gesichtspunkten* (Derecho del trabajo colectivo y Derecho económico. Sobre el significado y los límites de la autonomía para concluir convenios colectivos desde perspectivas jurídico-económicas). Zürcher Diss. Escritos sobre Derecho laboral suizo, vol. 6, Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 128 págs.

69. Grob-Andermacher, Béatrice: *Die Rechtslage des Arbeitnehmers bei Zahlungsunfähigkeit und Konkurs des Arbeitgebers* (La situación jurídica del trabajador en los casos de insolvencia y suspensión de pagos del patrón), Zürich, 1982, 127 págs.

70. Hutterli, Claus: *Der leitende Angestellte im Arbeitsrecht* (El directivo de empresa en el Derecho laboral). Zürcher Diss. Escritos sobre Derecho laboral suizo, vol. 17, Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 117 págs.

71. *Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts* (Anuario de Derecho laboral suizo). Panorama del año 1981. Editado por Manfred Rehbindler, Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 423 págs.

72. Kneubühler, Helen U.: *Die Schweiz als Mitglied der internationalen Arbeitsorganisation. Ihre unbefriedigende Ratifikationspolitik als Ergebnis strukturell erneuerungshemmender innerstaatlicher Entscheidungsprozesse* (Suiza como miembro de la Organización Internacional del Trabajo. Su insuficiente política de ratificación, como resultado de los procedimientos internos de toma de decisiones que impiden la renovación estructural). Zürcher Diss. Escritos sobre Derecho laboral suizo, vol. 19, Berna, 1982. Ediciones Stämpfli, 169 págs.

73. Maurer, Alfred: *Schweizerisches Sozialversicherungsrecht* (Derecho suizo de la Seguridad Social), tomo II: Parte especial, Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 698 págs.

74. Stoessel, Gerhard: *Das Regressrecht der AHV/IV gegen den Haftpflichtigen* (El derecho de regreso del AHV/IV contra el obligado a responder). Zürcher Diss. Zürcher Studien zum Privatrecht, tomo 21, Zürich, 1982, Editions polygraphiques Sculthess, 192 págs.

75. Thurnherr, Stephan: *Die eheähnliche Gemeinschaft im Arbeitsrecht* (La comunidad more uxorio en el Derecho laboral). Zürcher Diss. Escritos sobre Derecho laboral suizo, vol. 15, Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 102 págs.

O. DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

76. Aubert, Jean-François: *Traité de droit constitutionnel suisse*, suplemento 1967-1982. Neuchâtel, 1982, Ides et Calendes.

77. Brunner, Ursula: *Rechtsetzung durch Private. Private Organisationen als Verordnungsgeber* (Creación de normas jurídicas por particulares. Las Organizaciones privadas como productoras de normas). Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, tomo 33, Zürich, 1982, 188 págs.

78. Cottier, Bertil: *La publicité des documents administratifs-Etude de droit suédois et suisse*, Colección Comparativa, tomo 23, Ginebra, 1982, Librería Droz, 261 págs.

79. Fux, Roland: *Die Rechtsgrundlagen der Programmaufsicht des Bundes über Rundfunk* (Las bases jurídicas de la supervisión de los programas de radio por la Confederación). Zürcher Diss. Escritos sobre Derecho de los medios de comunicación, vol. 7, Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 194 págs.

80. Hangartner, Ivo: *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts* (Fundamentos de Derecho político suizo), tomo 2: Derechos fundamentales. Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 310 págs.

81. Hummler, Konrad: *Automatisierte Rechtsanwendung und Rechtsdokumentation. Zur Eignung von Rechtssystemen für die Anwendung mittels elektronischer Datenverarbeitung* (Aplicación automatizada del Derecho y documentación jurídica. Hacia la unificación de los sistemas jurídicos para su aplicación a través del proceso electrónico de datos). Zürcher Diss. Computadora y Derecho, tomo 12. Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 156 págs.

82. Knapp, Blaise: *Précis de droit administratif*, 2.^a ed. completada. Basilea, 1982, Ediciones Helbing und Lichtenhahn, 524 págs.

83. Lazzarini, Guido: *Öffentlich-rechtliche Anstalten des Bundes im Vergleich* (Las instituciones jurídico-públicas de la Confederación comparadas). Zürcher Diss. Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, tomo 34. Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 485 págs.

84. Malinverni, Giorgio: *La liberté de réunion*. Memorias publicadas por la Facultad de Derecho de Ginebra, núm. 68. Ginebra, 1982, Georg, 216 págs.

85. Mangisch, Marcel: *Die Gastwirtschaftsgesetzgebung der Kantone im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit* (La legislación cantonal de hostelería en relación con la libertad de comercio e industria). Freiburger Diss. Estudios de Derecho suizo, vol. 475, Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 214 páginas.

86. Moser, Walter: *Kriterien zur Beurteilung der finanziellen Lage öffentlicher Gemeinwesen* (Criterios para juzgar la situación financiera de las comunidades públicas). Publicaciones de economía financiera y Derecho financiero, tomo 32, Berna, 1982, 546 págs.

87. Müller, Jörg Paul: *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie* (Elementos de teoría suiza de los derechos fundamentales). Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 201 págs.
88. Nobel, Peter: *Leitfaden zum Presserecht* (Manual de Derecho de prensa). Zürich, 1982, 230 págs.
89. *Problèmes juridiques de l'énergie*. Enseñanza de tercer ciclo de Derecho, 1981. Universidades de Berna, Friburgo, Ginebra, Lausana y Neuchâtel. Friburgo, 1982, Ediciones universitarias Friburgo, 441 págs.
90. Rohner, Christoph: *Über die Kognition des Bundesgerichtes bei der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte* (Sobre la intervención del Tribunal Federal en el recurso de Derecho estatal por lesión de derechos constitucionales). Berner Diss. Estudios de Derecho suizo, vol. 474, Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 191 págs.
91. Saladin, Peter: *Gundrechte im Wandel. Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer in sich ändernden Umwelt* (Derechos fundamentales en cambio). La Jurisprudencia del Tribunal Federal suizo sobre los derechos fundamentales en un entorno en cambio, 3.ª ed., Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 629 págs.
92. Santschy, Antoine: *Le droit parlementaire en Suisse et en Allemagne*. Neuchâtel, 1982, 236 págs.
93. Steimann, Gerold: *Unbestimmtheit verwaltungsrechtlicher Normen aus der Sicht von Vollzug und Rechtssetzung* (La indeterminación de las normas administrativas desde la perspectiva de la ejecución y la producción legislativa), Berner Diss. Estudios de Derecho suizo, vol. 473. Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 329 págs.

P. DERECHO PENAL

94. Kind, H.; Lichtensteiger, W. y Weiss, I.: *Drogenprobleme aus psychiatrischer, pharmakologischer und juristischer Sicht* (Problemática de las drogas desde las perspectivas psiquiátrica, farmacológica y jurídica), con el artículo de G. Jenny: *Der Begriff der Gesundheitsgefahr in Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG: eine Kritik der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts* (El concepto de «peligro para la salud» en el artículo 19, número 2, letra a de la BetmG: crítica a la reciente jurisprudencia del Tribunal Federal). Suplemento de la Revista de Derecho suizo, Basilea, 1982, Ediciones Helbing und Lichtenhahn, 117 págs.
95. Panchaud, André; Ochsenein, Denys, y van Ruymbeke, Vesale: *Code pénal suisse anoté*, nueva edición, Lausanne, 1982, editorial Payot, 408 págs.
96. Noll, Peter; Imperatori, Martino, y Utz, Ansjörg: *Übungen im Strafrecht* (Ejercicios de Derecho penal), 2.ª ed., Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 142 págs.
97. Schubart, Martin: *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht* (Comentarios al Derecho penal suizo). Código penal suizo. Parte especial, tomo I: Delitos contra el cuerpo y la vida, arts. 111 a 136. Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 275 págs.
98. Schutz, Hans: *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts* (Introducción a la Parte General del Derecho penal). Tomo I: Presupuestos generales de las sanciones penales. Tomo II: Las sanciones penales. Derecho

penal de los jóvenes. 4.ª ed. revisada y completada, Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 455 págs.

99. Stratenwerth, Günter: *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Derecho penal suizo. Parte general). Tomo I: El delito. Berna, 1982, Ediciones Stämpfli, 455 págs.

Q. PROCEDIMIENTO CIVIL Y EJECUCION FORZOSA

100. Büchli, Alfred: *Grundzüge des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts* (Fundamentos del Derecho suizo sobre cobro de deudas), tomo I: Fundamentos y doctrina general, 2.ª ed., Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 214 págs.

101. Obrecht, Willy: *Die Stellung des Rechtsamwaltes bei der Wahrheitsfindung im Prozess* (La situación del abogado en la investigación de la verdad durante el proceso), Zürich, 1982, 177 págs.

102. Sträuli y Messmer: *Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung. Gesetz über den Zivilprozess vom 13 juni 1976* (Comentario a la Ordenanza procesal civil de Zürich. Ley sobre el proceso civil de 13 de junio de 1976). Tribunales arbitrales y laudos arbitrales, de Félix Wiget. 2.ª ed., Zürich, 1982, Editions polygraphiques Schulthess, 672 págs.

II. JURISPRUDENCIA

(en materia de Derecho privado) (*)

A.—Derecho de la persona

1. *Cambio de nombre de un adoptado israelita adulto. Recuperación del nombre Lévy, justificada por intereses de orden moral y espiritual. Art. 30, párr. 1.º y 267, párr. 1.º del CCS.*

En su adopción, a la edad de treinta y dos años, Ralph León Lévy, adquirió el nombre de Perrenoud, en virtud del artículo 267, párrafo 1.º del CCS. Conforme al artículo 30, párrafo 1.º del CSS, el adoptado pidió autorización al Consejo de Estado del Cantón de Ginebra para cambiar el nombre y recuperar el de Lévy. Interpuesto recurso de reforma tras haber sido denegada la petición por el Consejo de Estado, el Tribunal federal dio la razón al recurrente.

En efecto, como subraya el Alto Tribunal, «nada impide que los motivos invocados estén en estrecha relación con la confesión del recurrente, su pertenencia a una comunidad religiosa y su apego a su fe: según la jurisprudencia anterior a la introducción

(*) Abreviaturas:

ATF = Recopilación oficial de sentencias del Tribunal federal suizo.

CCS = Código civil suizo.

CO = Código federal de las obligaciones.

del recurso de reforma contra la denegación del cambio de nombre, pero cuyos principios siguen siendo válidos (ATF 105, II, 243, cons. I, 2), la autorización para el cambio de nombre puede estar justificada por intereses de orden moral, espiritual o afectivo (ATF 98 I a 452, cons. 2). Lo decisivo es por tanto saber si los motivos invocados son suficientemente importantes para justificar la autorización para el cambio de nombre» (ATF 108, II, 4). Y esto es lo que ha reconocido el Tribunal federal, al firmar que el nombre Lévy está de tal modo vinculado a la tradición judía, que «para el que se llama Lévy y está unido a sus raíces espirituales, la adquisición, como consecuencia de una adopción, de otro nombre sin significado ninguno en ese sentido, como el de Pèrenoud, implica un atentado profundo contra su identidad personal» (ATF 108, II, 5). 2.^a Sala civil, 18 de marzo de 1982, ATF 108, II, 1 y siguientes.

2. Derecho de asociación. Distinción entre reglas de juego y deberes de los miembros. Requisitos de aplicación del artículo 75 CCS.

Durante un partido de fútbol Sion-Zürich —ganado por Sion 3 a 2, el 26 de abril de 1980— un jugador de este último club fue gravemente herido por una botella lanzada por un espectador. Dos días más tarde, el Club de Fútbol Zürich pidió que el Comité de la Liga nacional de la Asociación suiza de fútbol declarara perdido el partido por 3 a 0, en perjuicio de Sion, por aplicación del artículo 73, número 3, letra 1, en relación con el artículo 14 del Reglamento de la citada Asociación. Por decisión de 14 de mayo de 1980, el Comité de la Liga —competente en última instancia según el art. 30, apartado 2 del Reglamento— desestimó el recurso del Club de Fútbol Zürich, pero condenó al Club de Fútbol Sion a una amonestación y una multa de 6.000 francos.

El 6 de junio de 1980, el Club de Fútbol Zürich interpuso acción ante el presidente del Tribunal de Berna, contra la Liga nacional, y aquél resolvió a su favor estimando que la decisión del Comité de la Liga nacional había violado los estatutos y los reglamentos, y remitió el expediente al citado Comité, para que recaera nueva decisión conforme a esos reglamentos.

El Tribunal de apelación de Berna dio curso, el 19 de mayo de 1981, a la apelación interpuesta por la Liga Nacional, sin controlar si estaba ajustada a Derecho, y el Club de Fútbol Zürich recurrió ante el Tribunal federal para que éste constatará la competencia de aquel Tribunal para conocer el asunto, y confirmara el fallo obtenido en primera instancia.

El Tribunal federal precisó, en primer lugar, que los litigios relativos a la validez de las decisiones de una asociación no tienen naturaleza pecuniaria, y pueden por ello ser siempre objeto de un recurso de reforma. Habiendo reconocido además la existencia

de un interés jurídico del Club de Fútbol Zürich en el ejercicio de su acción, el Tribunal federal puso de relieve que, según el artículo 75 CCS, «todo socio está autorizado por la ley para impugnar, en el plazo de un mes a contar desde el día en que tuvo conocimiento, las decisiones a las que no se haya adherido, y que violen las disposiciones legales o reglamentarias». A este respecto, el Tribunal federal hace la importante distinción siguiente: la decisión que lesiona los derechos del socio (*Mitgliedschaftsrechte*) puede ser revisada por el Juez, incluso si no ha sido adoptada por el órgano supremo de la asociación y lo ha sido por un órgano inferior competente; sin embargo, tratándose de una decisión del Comité, que no afecte a los derechos de los socios, escapa al control judicial.

Toda la cuestión reside pues en determinar si la decisión del Comité de la Liga Nacional afecta o no a los derechos de socio del Club de Fútbol Zürich. En otras palabras: ¿dónde termina el juego y dónde empieza el Derecho?

A este respecto, el Tribunal federal pone de relieve que en materia de juego y deporte existe un espacio de *vacío de derecho* («*non-droit*»), en el cual toda incorrección sobre el terreno de juego que carezca de sanción no puede ser asimilada a una desigualdad de trato entre los miembros de la asociación (ATF 103, I, a, 410 y siguientes y 97, I, 488 y siguientes). Pero el Alto Tribunal subraya también que ciertos comportamientos culpables durante el juego o fuera de éste son sancionados de modo particular —con independencia del resultado del partido— en forma de represión, multa, prohibición de jugar, etc. Además, estas sanciones pueden afectar tanto al autor como al club miembro de una asociación en su cualidad de socio. Se trata aquí de sanciones que, ciertamente están ligadas a las reglas del juego, pero que se mantienen separadas; por este hecho pueden ser sometidas al control judicial.

Por otra parte, la obligación de los Clubs de Fútbol afiliados a la Liga Nacional, de vigilar por el mantenimiento del orden sobre el terreno en lo relativo a los espectadores, ¿constituye una simple regla del juego o es más bien una obligación derivada de la cualidad de miembro de la asociación, que incumbe a los clubs en cuanto socios, cualquiera que sea el desarrollo del juego? El Tribunal federal reconoce que nos encontramos aquí en un caso límite al que se le puede atribuir una u otra calificación. A priori no está excluido que pueda someterse a conocimiento de un Tribunal la cuestión de si este deber de mantenimiento del orden ha sido incumplido. En este caso concreto, el hecho de que el Comité de la Liga se haya negado a dictar una sanción de juego, declarando perdido el partido por el Sion, no implica una violación del principio de igualdad de trato de los miembros de la asociación. Por ello el recurso del Club de Fútbol Zürich fue desestimado. 2.^a Sala Civil, 21 de junio de 1982, ATF, 108, II, págs. 15 y siguientes.

B.—Derecho de familia

3. *Oposición a la acción de divorcio en virtud del artículo 142, párrafo 2.º del CCS; abuso de derecho.*

En esta sentencia, el Tribunal federal confirma su jurisprudencia según la cual, a pesar de lo dispuesto en el artículo 137, párr. 1 del CCS, el adulterio no constituye una causa absoluta de divorcio. En efecto, si el demandado prueba que el adulterio que se le imputa no ha tenido como efecto la destrucción irremediable del vínculo conyugal, la acción de divorcio fundada en el artículo 137 del CCS debe ser desestimada.

En caso de adulterio de uno de los cónyuges, que no constituya causa de divorcio, el artículo 142, párrafo 2 del CCS permite a aquél oponerse al divorcio solicitado por el otro cónyuge, considerado como principal responsable de la desunión. Se trata aquí de una aplicación del principio «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*». Pero este derecho de oposición al divorcio, está limitado por la prohibición general del abuso manifiesto de derecho (art. 2, párr. 2.º del CCS).

En este caso concreto, la recurrente, que se opone al divorcio, había mantenido sucesivamente tres relaciones adulterinas, que no constituían ciertamente causa de divorcio, pero que reflejaban manifiestamente su desafecto hacia el demandado. En estas circunstancias, expresa el Tribunal federal, «sería chocante que el esposo que ha cometido un adulterio, que aunque no sea causa de divorcio ha sido duradero, y que está definitivamente desunido de su cónyuge, pudiera obligarle, por la vía del artículo 142 del CCS, a permanecer vinculado por una unión conyugal vacía de todo sentido tanto para uno como para otro, a fin de conservar únicamente las ventajas materiales que le asegura el matrimonio» (ATF, 108, 2, 29). Nos encontramos en presencia de un caso de abuso manifiesto de derecho. En estas circunstancias, el Tribunal niega a la recurrente el derecho a oponerse al divorcio pedido por su cónyuge 2.ª Sala civil, 11 de febrero de 1982, ATF, 108, II, págs. 25 y siguientes.

4. *De nuevo sobre los efectos jurídicos del concubinato.*

Una vez más, el Tribunal federal ha tenido que ocuparse de una de las cuestiones más actuales (véase ATF, 107, II, 289; 107, II, 297; 106, II, 3; 106, III, 16; 105, II, 241 y 247; 104, II, 155); sobre este problema pueden consultarse, en Derecho comparado, C. Noir-Masnata: *Les effets patrimoniaux du concubinage et leur influence sur le devoir d'entretien entre époux séparés*, colección «Comparativa», Ginebra, 1982, y A. Maier-Hayoz: *Die eheähnliche Gemeinschaft als einfache Gesellschaft* (La comunidad more uxorio, como

simple sociedad), Escritos Varios T. Vischer, 1983, Editions polygraphiques Schulthess, págs. 577 y siguientes.

En este caso concreto, se trataba de determinar la forma de regular la liquidación de los bienes después de la disolución del concubinato. Después de admitir que tal liquidación debía ser sometida a reglas jurídicas, el Tribunal federal precisa que es a la luz de las circunstancias concurrentes en este supuesto como hay que determinar si son aplicables las reglas sobre la sociedad, y en qué medida, a una relación concubinaria. Y así ha de hacerse cuando, como en el presente caso, las partes han alquilado conjuntamente un apartamento, han tenido un hogar común cuyos gastos eran asumidos por ambas partes, y el demandante participaba además en los gastos de alquiler, instalación y otros. Por otra parte, el poder general otorgado por el demandante a la otra parte a fin de cobrar su sueldo, debe encuadrarse, no en el ámbito del mandato, sino en el de la sociedad. 1.^a Sala civil. 8 de junio de 1982, ATF 108, II, 204.

5. *¿Atribución de la patria potestad a una madre homosexual?*

El Tribunal federal confirma en primer lugar su jurisprudencia según la cual, por aplicación del artículo 156 del CCS, la atribución de los hijos a la madre, sobre todo cuando son de corta edad, no debe ser alterada más que por motivos muy serios (cf. ATF 85, II, 231 y 79, II, 241).

En este caso, el Tribunal federal, aun admitiendo que el hecho de que la madre sea homosexual «no constituye una razón imperiosa para no atribuirle la patria potestad» (ATF 108, II, 371), reconoce que en el presente supuesto el comportamiento de la madre es de tal naturaleza que los hijos están sometidos a una situación insana para ellos en el borde mismo de su adolescencia. Igualmente se afirma que el Tribunal cantonal no se ha extralimitado en su facultad de apreciación, según el artículo 156, párrafo 1 del CCS, al atribuir la patria potestad al padre. 2.^a Sala civil, 23 de septiembre de 1982, 108, II, 369.

C.—Derecho sucesorio

6. *Nulidad de la promesa de celebrar un pacto sucesorio.*

Incluso admitiendo el Derecho suizo el pacto sucesorio —que limita la facultad de una persona de disponer de sus bienes—, no cabe que el *de cuius* pueda negociar sobre su propia capacidad de disponer y se obligue de manera indirecta a suscribir en el futuro un pacto sucesorio. La sola promesa de concluir tal pacto lesiona la capacidad de disponer, que constituye una parte de la capacidad civil. Esa promesa es inconciliable con la protección de la personalidad que garantiza el artículo 27 del CCS. De ello se

deriva que la nulidad de tal compromiso ha de ser apreciada de oficio. 2.^a Sala civil, 2 de diciembre de 1982, ATF 108, II, 405.

D.—Derechos reales

7. *¿Puede admitirse una «servidumbre de derivación de agua»?*

La obligación, asumida por un municipio, propietario de un manantial, de transmitir agua en un determinado punto de un conducto de extracción, no puede ser objeto de una servidumbre (cf. ya ATF 93, II, 290). En efecto, la obligación primaria y principal del municipio consiste en el abastecimiento y transporte de agua hasta el conducto de derivación, es decir, en un «facere». El hecho de tolerar el empalme de la conducción no es más que la consecuencia de la obligación de abastecer de una determinada cantidad de agua al beneficiario. En esencia, el solo hecho de «tolerar» resulta accesorio con relación a la obligación de «hacer», y no a la inversa. Así pues, la obligación de extraer agua y canalizarla en una conducción o a un depósito constituye una prestación positiva que no es susceptible de ser configurada como servidumbre. La situación del beneficiario que tiene derecho de tomar una determinada cantidad de agua extrayéndola de una conducción principal o de un depósito alimentado por agua extraída y transportada por un tercero, incluso con el consentimiento de este último, resulta radicalmente distinta de aquella en que el beneficiario tiene derecho de tomar agua de un manantial o derivarla de otra conducción en virtud de una servidumbre concedida por el propietario del fundo en el que brota el manantial. Un derecho de derivación de agua no puede, pues, ser constituido como carga real inmobiliaria, según los artículos 782 y siguientes del CCS, y, en tanto no haya revestido esa forma, tal derecho tendrá una naturaleza puramente obligacional y personal. 2.^a Sala civil, 1 de abril de 1982, 108, II, 39.

8. *¿Licitud de la constitución de un derecho de prenda en garantía de un número indeterminado de créditos futuros?*

Es cierto que, según el artículo 824, párrafo 1.^o del CCS, todo crédito actual, futuro o simplemente eventual, puede ser garantizado con hipoteca; además, se desprende el artículo 825, párrafo 1.^o del CCS, que la hipoteca puede garantizar un crédito de cuantía indeterminada o variable. Sin embargo, en este caso concreto, la hipoteca constituida en favor de la Sociedad de Banca Suiza debía servir «para garantizar todos los derechos, de cualquier naturaleza, que la Sociedad de Banca Suiza de Davos ostenta o pueda ostentar en el futuro contra B.» Ahora bien, tal cláusula supera largamente la simple garantía de un préstamo de contenido variable, pues engloba todos los derechos posibles e imaginables, incluso futu-

ros, de la Sociedad de Banca Suiza contra su cliente. Esa cláusula es considerada en la doctrina como atentatoria al derecho de la personalidad, en el sentido del artículo 27 del CCS. El Tribunal federal mismo ha tenido en cuenta ya estos reparos de la doctrina respecto de la constitución de una prenda mobiliaria en forma de cédula de renta (ATF 51, II, 273). El Alto Tribunal no ha admitido la cláusula según la cual la prenda debía garantizar también «las obligaciones que puedan surgir», mas que a condición de que sean englobados sólo las obligaciones que los contratantes hubieran podido o debido razonablemente pensar, en el momento del otorgamiento de la cédula, que podían ser constituidas en el futuro. Este no es el caso —por ejemplo— de un crédito cambiario que el acreedor pignoraticio haya adquirido de un tercero (ATF 51, II, 282).

La misma interpretación restrictiva se impone en el presente caso. Ahora bien, el acto ilícito del deudor en quiebra, que simula un crédito por daños y perjuicios en favor del demandante, no tiene nada que ver con la relación de crédito que han constituido el deudor y la Sociedad de Banca Suiza en relación con la construcción de un inmueble en Davos. Es cierto que no se excluye que puedan surgir, incluso en el marco de una relación de cuenta corriente, créditos derivados de actos ilícitos, que serían englobados en un contrato de prenda. Pero en este caso concreto, el comportamiento delictivo en cuestión concierne en primer lugar a otro cliente del banco, de tal modo que éste no puede dirigir la reclamación de daños y perjuicios contra el deudor en quiebra más que de forma indirecta. Además este crédito queda fuera del círculo de las relaciones de negocios, actuales o previsibles, que podían quedar incluidas en la prenda en el momento de su constitución.

Por otro lado, las reclamaciones de daños y perjuicios surgidas del comportamiento delictivo del deudor en quiebra han nacido antes de la cesión al demandante del crédito garantizado con hipoteca. De ahí que el demandante cesionario trate de extender la hipoteca al otro crédito (a saber, el derivado de los daños y perjuicios), que ya le correspondía en el momento de la cesión. Pero, para hacer eso, es necesario en todo caso un nuevo contrato de garantía inmobiliaria otorgado en forma auténtica. 2.^a Sala civil, 10 de marzo de 1982, ATF 108, II, 47.

E.—Derecho de obligaciones

9. Responsabilidad del cirujano.

Realizando una operación sin haber obtenido de su paciente el consentimiento plenamente consciente que habría podido y debido pedir, el cirujano compromete su responsabilidad. En efecto: «la exigencia de un consentimiento consciente se deduce directa-

mente del derecho del paciente a la libertad personal y a la integridad corporal; está unida a la existencia de un riesgo inherente a todo acto médico, riesgo que no puede ser asumido más que por aquel que se expone a él. Por tanto, el médico que realiza una operación sin informar a su paciente ni obtener su conformidad, comete un acto contrario a Derecho y ha de responder del daño causado, pues su conducta implica una violación de sus obligaciones como mandatario o un atentado a derechos absolutos y, por tanto, un delito civil. La ilicitud de tal comportamiento afecta al conjunto de la intervención y repercute por tanto en cada uno de los actos que la integran, incluso si han sido ejecutados correctamente desde el punto de vista médico. El médico está pues obligado a reparar todo el daño derivado del fracaso total o parcial de la operación, incluso si no ha violado ninguna de las reglas del arte... El riesgo del acto médico, normalmente soportado por el paciente, pasa al facultativo que interviene sin obtener el consentimiento consciente que debió solicitar...» (ATF 108, II, 62).

Pero, ¿incumbe al paciente la prueba de que no habría consentido operación si hubiera conocido su naturaleza exacta y los riesgos que comportaba? El Tribunal federal responde a esta pregunta negativamente: «El paciente puede limitarse a demostrar que verosímilmente no se hubiera visto dañado en su integridad corporal si su médico se hubiera abstenido de realizar la intervención considerada, que la operación le ha hecho perder posibilidades de conservar la salud». No hay que probar la hipotética actitud que hubiera adoptado en circunstancias que no se han producido. El que actúa violando las reglas del arte está obligado a una prueba más estricta, pues debe demostrar que el propio error de diagnóstico o de tratamiento, y no sólo el acto médico en su conjunto, es la condición sine qua non de su perjuicio. Esta distinta exigencia deriva del fundamento mismo de la responsabilidad en uno y otro caso. Pues si la ausencia de consentimiento da lugar a la ilicitud de toda la operación, la violación de las reglas del arte sólo hace contrario al Derecho el acto de diagnóstico o de terapéutica equivocado».

No obstante, el Tribunal federal deja en pie la cuestión de precisar si, al igual que ocurre en el Derecho alemán (cf. BGH, 22 de enero de 1980, NJW 1980, pág. 1334), el médico puede liberarse de su responsabilidad probando que su paciente habría consentido la operación incluso si hubiera conocido su naturaleza exacta y los riesgos que comportaba. 1.^a Sala civil, 12 de enero de 1982, ATF 108, II, 59.

10. *¿Puede dirigirse un subcontratista contra un Municipio como consecuencia de los trabajos efectuados en un edificio escolar sito en terreno municipal, en caso de insolvencia del contratista general?*

Confirmando su jurisprudencia (ATF 103, II, 238), el Tribunal federal declara de nuevo que, cuando los trabajos de construcción han sido efectuados en un terreno municipal, sobre el que no puede constituirse una hipoteca legal de artesanos y contratistas (arts. 839 y siguientes del CCS), pues el terreno pertenece al patrimonio administrativo, no existe responsabilidad subsidiaria alguna de la corporación pública respecto del empresario que ha trabajado como subcontratista y cuyo crédito o remuneración no ha podido ser satisfecho por causa de la insolvencia del contratista general.

El Tribunal federal precisa de nuevo que no hay en este punto una laguna legal que deba ser llenada por la jurisprudencia. La responsabilidad subsidiaria del Estado por tales créditos no satisfechos por el contratista general debería estar fundada en el Derecho público de la Confederación o del Cantón, según sea uno u otro el propietario del terreno. Ahora bien, el Derecho público de la Confederación no establece base alguna para tal responsabilidad. Esta no armonizaría tampoco con el sistema de Derecho civil suizo, que no conoce en principio como casos de responsabilidad extracontractual más que los actos ilícitos y el enriquecimiento injusto. En este caso concreto, el Derecho público del Cantón de Argovie no contiene tampoco norma alguna que permita fundar la responsabilidad del Cantón o de los municipios.

En cuanto a la posibilidad de fundar el derecho del subcontratista en el artículo 41, párrafo 1.º del CO, responsabilidad por actos ilícitos), tampoco podría ser sostenida en este caso, pues el comportamiento del dueño de la obra no puede ser calificado de ilícito. En efecto: este último no ha incumplido ninguna obligación legal ni ningún derecho absoluto del subcontratista demandante, como la propiedad o el derecho de la personalidad, no preocupándose más, al tiempo de la conclusión y de la ejecución del contrato de obra, de que los créditos del subcontratista demandante fuesen efectivamente pagados por el contratista general. Una particular obligación de protección a cargo del dueño de la obra y en beneficio del subcontratista no puede tampoco deducirse, para este caso concreto, del artículo 2 del CCS.

Por último, queda también excluida la aplicación del artículo 41, párrafo 2 del CO, que dispone que «el que cause intencionadamente un daño a otro por hechos contrarios a las costumbres está igualmente obligado a repararlo», por el simple motivo de que el demandante no ha aducido una intención dolosa del demandado. 2.ª Sala civil, 8 de junio de 1982, ATF 108, II, 305.

F.—Derecho de marcas

11. *La lengua inglesa, ¿en socorro del Derecho de marcas? A propósito de la marca «Less» para designar una crema antirreumática.*

La marca «Less» para designar una crema antirreumática, no constituye, para el comprador medio suizo, una denominación de fantasía susceptible de estar protegida, sino que posee, por el contrario, un carácter descriptivo que impide la monopolización de la palabra «Less» en beneficio de un titular único (art. 3, párr. 2.º y art. 14, 2 LMF; ATF 103, II, 342). Debido a sus conocimientos de inglés —que el Tribunal presume relativamente alto (cf. ya el rechazo de las palabras «foam», «disotable», «top set», «ever fresh», y «clip» como marcas, por razón de su carácter descriptivo: ATF 104, I b, 66; 99, I b, 24; 97, I, 82; 91, I, 358; 80, II, 176)— una gran parte del público suizo asociará inmediatamente la denominación «Less» aplicada a una crema antirreumática con la idea de «menos dolores». Este es un reclamo escondido, de manera que las consideraciones hechas por el Tribunal federal (ATF 103, II, 342) a propósito de la marca «more» valen también para este caso, incluso si la asociación resulta menos evidente en el presente supuesto que en el de la marca «more». En una jurisprudencia constante (ATF 103, II, 343), el Tribunal federal ha declarado que las expresiones o palabras extranjeras podrían dar también un carácter descriptivo a la marca.

El Tribunal federal precisa además que una denominación tiene carácter descriptivo incluso si éste sólo afecta a una parte de los productos designados por la marca. 1.ª Sala civil, 26 de agosto de 1982, ATF 108, II, 216.

G.—Derecho de la competencia desleal

12. *La «quaestio aurea» del Derecho de la competencia desleal: ¿cuándo existe una «relación de competencia»? Y por otro lado, ¿cuándo una imitación servil cae bajo el peso del Derecho de la competencia desleal?*

En este asunto, que enfrenta la Sociedad Anónima Juguetes Lego (Lego Spielwaren AG) a la fábrica de chocolate Suchard-Tobler AG, el Tribunal federal se pregunta en primer lugar —dejando sin embargo la cuestión sin decidir— si existe ya una «relación de concurrencia» cuando al producto de una empresa (en este caso los cubos Lego) se le hace la competencia no a través de una mercancía semejante, sino a través de su embalaje, que alberga en realidad una mercancía distinta (en este caso, bombones).

En efecto, la fábrica Tobler-Suchard vende bombones en em-

balajes «Ipsos», que imitan los cubos Lego y pueden ser usados después como juguetes, junto con estos últimos. El Tribunal federal da a entender que la respuesta a esta cuestión depende principalmente de determinar en qué medida las personas interesadas en la compra de bombones se ven influenciadas por este empaque, y pueden incluirse por ello en el círculo de clientes potenciales del demandante.

A decir verdad, esta cuestión puede estar en vías de ser superada por la reforma de la Ley sobre competencia desleal (LCD). En efecto, en su mensaje de 18 de mayo de 1983 (FF 1983, II, 1.093), el Consejo federal precisa la noción de «comportamiento», que figurará en lo sucesivo en la cláusula general del artículo 2.º y que «debe entenderse en el sentido de influencia sobre las relaciones de competencia, permitirá incluir también las maniobras de terceros que afecten a la competencia, aunque no entren directamente en el juego de la competencia, ni del lado de los competidores ni del lado de los clientes» (Mensaje citado, 1.094). Por ello —y siempre según el Consejo federal— «la vieja disputa sobre la necesidad de una relación de competencia para la aplicación de la LCD quedará sin objeto» (ibid, 1.093).

En este caso, el Tribunal federal deja sin decidir la cuestión de si existe una relación de competencia, al considerar que la acción del demandante no puede en ningún caso ser admitida, pues no existe riesgo de confusión, en el sentido del artículo 1.º, párrafo 2, letra d) de la LCD. En efecto: este riesgo depende de la impresión de conjunto producida sobre el público (cf. ATF 103, II, 213 y sentencias citadas). Ahora bien, el Tribunal federal considera que incluso un examen superficial revela al adquirente la diferencia que existe entre los embalajes «Ipsos», que contienen bombones, y los cubos Lego. Tampoco podrá admitirse en este caso algún riesgo de confusión.

Queda todavía por precisar si el comportamiento de la demandada cae dentro del ámbito de la cláusula general del artículo 1.º, párrafo 1.º de la LCD. A este respecto, el Tribunal federal, de acuerdo con su jurisprudencia constante (ATF 105, II, 301; 104, II, 333; 95, II, 468), no considera la simple imitación servil de una mercancía ajena como contraria al Derecho de la competencia, siempre que el producto imitado no esté más —o no esté en absoluto— protegido por una ley especial sobre propiedad industrial (patentes, marcas, modelos), y la presentación exterior de la mercancía carezca de fuerza distintiva que permita diferenciar su procedencia de la de los productos semejantes fabricados por otros competidores.

De este modo, un competidor puede incluso adaptar su producto a una mercancía extranjera, de tal modo que este producto pueda ser utilizado —como en el caso que nos ocupa— juntamente con esa mercancía o en lugar de ella, sin que importe el hecho de que, actuando así, el competidor se beneficie del esfuerzo,

el trabajo y la propaganda de otros. Basta con que el competidor evite todo riesgo de confusión sobre el origen de la mercancía.

Sólo se admiten excepciones a esta regla cuando el comportamiento del demandado va acompañado de circunstancias constitutivas, por sí mismas, de competencia desleal, como por ejemplo, la violación de un contrato (ATF 77, II, 263), o incluso —según reciente jurisprudencia del Tribunal federal— la imitación sistemática y refinada tendente «a explotar de forma parasitaria el buen nombre del producto de la competencia» (ATF 104, II, 334; 105, II, 302; 108, II, 75).

Ahora bien, el Tribunal federal, de forma verdaderamente discutible, no ha considerado que en el presente caso el demandado se haya comportado de manera parasitaria: «lo que la demandante pone de manifiesto a este respecto no justifica tal invocación de la cláusula general. Ciertamente resulta que los cubos «Ipsos» han sido adaptados a los cubos Lego con vistas a utilizar la notoriedad de estos últimos y crear así un atractivo suplementario. Pero esto no basta por sí mismo, a la luz de los principios arriba enunciados, para admitir una violación de la buena fe en el sentido del artículo 1.º, párrafo 1 de la LCD, pues la demandada ha prevenido al mismo tiempo el riesgo de confusión» (ATF 108, II, 333). Pero entonces, ¿qué es el parasitismo? 1.ª Sala civil, 13 de julio de 1982, ATF 108, II, 327.

H.—Derecho internacional privado

13. *A propósito de las condiciones del divorcio de cónyuges extranjeros en Suiza [art. 7 h) de la LRDC].*

En esta importante sentencia, el Tribunal federal vuelve sobre las condiciones de aplicación del artículo 7 h), párrafo 1 de la LRDC (sobre esta cuestión, cf. recientemente F. Knoepfler, «El artículo 7 h) de la LRDC, ¿se interpreta conforme a la ratio legis?», en *Escritos Varios Vischer*, Basilea, 1983, págs. 189 y siguientes).

Según el párrafo 1 de esta disposición, «un cónyuge extranjero que vive en Suiza tiene derecho a interponer su acción de divorcio ante el juez de su domicilio, si demuestra que las leyes o la jurisprudencia de su país de origen admiten la causa de divorcio invocada y reconocen la jurisdicción suiza». En cuanto al párrafo 3.º del artículo 7 h), prevé que «cuando se cumplen esas condiciones, el divorcio de cónyuges extranjeros será además declarado según la ley suiza».

En esta sentencia, el Tribunal federal, modificando su jurisprudencia, considera en primer lugar que si, en principio, no prevé la aplicación del Derecho extranjero [art. 43, párr. 1, letra c) y 65 de la OJ], su facultad de cognición debe extenderse al Derecho extranjero, de conformidad con el artículo 7 h) de la LRDC. En efecto: por razón de la particular estructura de esta disposición,

para poder determinar si el Derecho suizo es o no aplicable al divorcio, en virtud del artículo 7 h), párrafo 3 de la LRDC, el juez debe comprobar en primer lugar como cuestión previa, si se cumplen las condiciones establecidas por el artículo 7 h), párrafo 1.º de la LRDC, y, al tiempo, si el Derecho extranjero ha sido aplicado correctamente.

Superado este punto, el Tribunal federal se pregunta si las dos condiciones del artículo 7 h), párrafo 1 de la LRDC, a saber, la admisión de la causa de divorcio invocada por la ley o la jurisprudencia del país de origen del demandante, de un lado, y el reconocimiento de la sentencia suiza de divorcio por el indicado país, de otro, deben verdaderamente cumplirse.

Ahora bien, tratándose en este caso de un divorcio de cónyuges que son ambos italianos y domiciliados en Suiza, separados desde el año 1975 y sin ninguna esperanza de volver a llevar una vida en común, el Tribunal federal considera que «se puede afirmar —al menos con la probabilidad exigida por la sentencia reproducida en los ATF 93, II, 364— que la sentencia de divorcio pronunciada en Suiza en tales circunstancias será declarada ejecutiva en Italia» (ATF 108, II, 175-176).

Sobre la base de esta afirmación, el Tribunal federal va más allá, y declara que «esta condición basta, incluso si, ateniéndonos al primer sentido del artículo 7 h), párrafo 1.º de la LRDC, la demandante no hubiese demostrado que la causa de divorcio que invoca está realmente reconocida por la legislación italiana» (ibid. pág. 176). El Tribunal federal funda esta interpretación amplia del artículo 7 h), párrafo 1.º de la LRDC en la consideración de que «...la ratio legis del artículo 7 h), párrafo 1.º de la LRDC, en la medida en que exige la determinación de una causa de divorcio según el Derecho nacional, y no declarar un divorcio que no sea reconocido en el país de origen del litigante. Desde el instante en que se demuestre ese reconocimiento, y a pesar de la falta de una causa de divorcio según el Derecho nacional, la ratio legis está cumplida» (ibid., pág. 176).

Así pues, el artículo 7 h), párrafo 1.º de la LRDC debe ser entendido, en lo sucesivo, como no imponiendo más que una condición (a saber, el reconocimiento de la sentencia suiza de divorcio en el país de origen del demandante) para la admisión de la interposición de una acción de divorcio por un extranjero domiciliado en Suiza. 2.ª Sala civil, 31 de marzo de 1982, ATF 108, II, 177.

14. *Derecho aplicable al estatuto personal de la persona moral.*

El Tribunal federal ha tenido ocasión de precisar, una vez más, el Derecho aplicable al estatuto personal de la persona moral, a propósito de una fundación familiar creada según el Derecho de Lichtenstein por una persona residente en Ginebra.

A este respecto, y refiriéndose a su jurisprudencia anterior

[cf. especialmente 102, I, a), 410 y 108, II, 122], el Tribunal federal afirma que el estatuto personal de la persona moral depende del Derecho del Estado de la sede estatutaria y de la incorporación. La sentencia precisa además que «los casos sometidos al Tribunal federal no han presentado disociación entre el Estado de la sede estatutaria y el de la incorporación, por lo que la jurisprudencia no ha podido decir a cuál de los dos criterios había de darse preferencia. Por la misma razón, puede también prescindirse de decidir la cuestión aquí» (ATF 108, II, 402). Será necesario por tanto esperar a un hipotético supuesto que presente tal disociación para saber si el Tribunal federal se adhiere a la teoría de la sede social o estatutaria (que atiende al Derecho del lugar donde la Sociedad ha fijado estatutariamente su sede) o a la teoría llamada de la incorporación (que atiende al Derecho del lugar donde se han cumplido las formalidades de constitución). Pero quizá la ausencia hasta el momento de asuntos que reflejen una disociación entre el lugar de la sede social y el lugar de la constitución de la Sociedad, facilite la prueba indirecta de que estas dos teorías conducen en la práctica al mismo resultado, contrariamente a la tercera teoría, que es la de la sede real.

No obstante, «la jurisprudencia del Tribunal federal suaviza lo que las teorías de la incorporación y de la sede social pudieran tener de demasiado absoluto, ligando el estatuto personal de la persona moral al lugar de la sede real de la administración, si la sede estatutaria es ficticia» (ibid., pág. 402). Y el Tribunal federal precisa que «la sede es ficticia cuando no tiene relación con la realidad de las cosas y ha sido elegida únicamente para escapar de las leyes del país donde la persona moral ejerce, efectivamente, su actividad y tiene el centro de su administración... Es necesario, pues, de un lado, disociación entre la sede estatutaria y la sede real, y de otro, fraude a la ley..., la consecuencia de tal situación es la aplicación del Derecho de la sede efectiva para determinar el estatuto personal de la persona moral» (ibid., página 402).

Confirmando esta jurisprudencia, el Tribunal federal considera que, en este caso, por cumplirse las dos condiciones de aplicación de la sede efectiva, es el Derecho suizo el que debe aplicarse. Así, la fundación familiar demandante es ilícita, pues su fin sobrepasa los objetivos estrictos exhaustivamente enumerados en el artículo 335 del CCS. Por este hecho, debe ser declarada nula y desprovista de personalidad jurídica (art. 52, párr. 3 del CCS). Su recurso sólo puede por tanto ser desestimado. 1.^a Sala civil, 7 de julio de 1982, ATF 108, II, 398.

III. LEGISLACION Y PROYECTOS IMPORTANTES

(Con exclusión de las convenciones internacionales) (*)

Es llamativo comprobar que las leyes aprobadas por el Parlamento en el año 1982 han sido escasas, en comparación con el número de sentencias y ordenanzas internas y de las convenciones y acuerdos internacionales de todo género en las relaciones interestatales. Nos detendremos pues, en primer lugar, en las leyes aprobadas en 1982 (A), antes de mencionar un cierto número de proyectos importantes en curso (B).

A.—Leyes aprobadas en 1982

1. *Previsión profesional.*

Sobre la base del nuevo artículo 34, 4 de la Constitución, aprobado por el pueblo el 3 de diciembre de 1972, y que determina las funciones de la Confederación en materia de previsión para la vejez a la luz de la doctrina de los tres pilares, una ley federal sobre la previsión profesional, vejez, supervivencia e invalidez (LPP), de 25 de junio de 1982, acaba de ver la luz. El Consejo federal presenta esta ley al Parlamento bajo la forma de un mensaje de 19 de diciembre de 1975 (FF 1976, I, 117). El texto de la ley se ha publicado en la FF de 1982, II, 405 y en el ROLF de 1983. En cuanto a su Ordenanza de ejecución, de 29 de junio de 1983, apareció en el ROLF en 1983, I, 827. La entrada en vigor de la ley se ha fijado para el 1 de enero de 1985, con excepción de los artículos 54, 55, 61, 63, 64 y 97 (que entraron en vigor el 1 de enero de 1983), de los artículos 48 y 93 (que entrarán en vigor el 1 de enero de 1984), el artículo 60 (que entrará en vigor el 1 de julio de 1984) y los artículos 81, párr. 2.º y 3.º, 82 y 83 (que entrarán en vigor el 1 de enero de 1987).

Esta ley consagra una previsión denominada «segundo pilar» (previsión profesional), por relación al primero, que está constituido por la previsión del Estado (seguro federal, vejez y supervivencia, ley de 20 de diciembre de 1946, R.S. 831.10) y el tercero, representado por la previsión individual (ahorro, seguro privado).

La finalidad de la ley, según su artículo 1.º, es la de permitir «a las personas de edad, a los supervivientes y a los inválidos, el mantener de modo apropiado su nivel de vida anterior».

(*) Abreviaturas:

ROLF = Recopilación oficial de las leyes federales.

FF = Boletín Oficial de la Confederación («Feuille fédérale»).

RS = Recopilación sistemática del Derecho federal.

2. Seguro de desempleo.

El problema del paro preocupa también en Suiza. Por ello el 13 de junio de 1976 fue aprobado un nuevo artículo constitucional encargando al legislador la elaboración de una nueva ley sobre seguro de desempleo, concebida en primer lugar como un medio de acción encaminado a prevenir el paro, y sin limitarse a consagrar un sistema de cobertura del asegurado contra las consecuencias económicas del paro una vez que ha aparecido.

Presentado al Parlamento a través de un Mensaje del Consejo federal de 2 de julio de 1980 (FF 1980, II, 485), esta ley fue aprobada rápidamente el 25 de junio de 1982, por razón de la urgencia de la cuestión. Fue publicada en la FF de 1982, II, 442 y en el ROLF de 1982, II, 2184. Su Ordenanza de ejecución, de 31 de agosto de 1983 apareció en el ROLF de 1983, II, 1205. La entrada en vigor de la ley ha sido fijada para el 1 de enero de 1984 (ROLF de 1983, II, 1204).

Gracias a esta ley deberá quedar garantizada «a las personas aseguradas una compensación conveniente por la falta de ingresos debida al desempleo, la reducción del horario de trabajo, las condiciones adversas y la insolvencia del empleador» (art. 1, párr. 1). Además esta ley «aspira a prevenir el desempleo inminente y a combatir el desempleo existente» (art. 1, párr. 2).

3. Aprovisionamiento económico del país.

En el contexto económico actual, Suiza, aleccionada por la experiencia de la última guerra, atribuye una particular importancia a su aprovisionamiento económico.

Por ello, y sobre la base de un Mensaje enviado por el Consejo federal al Parlamento el 9 de septiembre de 1981 (FF 1981, III, 377), una ley de 8 de octubre de 1982 acaba de ser aprobada (FF 1982, III, 116 y ROLF 1983, I, 931). Su finalidad es la de «regular las medidas de precaución a tomar en razón de la defensa económica, así como las medidas tendentes a asegurar el aprovisionamiento al país de bienes y servicios de importancia vital en los momentos de graves penurias que la economía no está en condiciones de remediar con sus propios medios» (art. 1). Esta ley ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 1983, con excepción del artículo 22, párrafo 2 (ROLF 1983, I, 949).

4. Medidas económicas exteriores.

Tomando el relevo de una sentencia federal de 28 de junio de 1972 sobre el mismo objeto, la ley federal sobre medidas económicas exteriores de 25 de junio de 1982 (ROLF 1982, II, 1923) tiende a dotar a la Confederación de las competencias adecuadas para reac-

cionar frente a medidas proteccionistas adoptadas por otros Estados. Pero se trata de «un instrumento complementario, que no puede ser utilizado más que en la medida en que uno de nuestros socios comerciales caiga en el proteccionismo» (FF 1982, I, 68).

En virtud de esta ley, entrada en vigor el 1 de junio de 1983, «si las medidas tomadas en el extranjero o si las condiciones extraordinarias imperantes en el extranjero tienen sobre el tráfico de mercancías, de servicios o de pagos de Suiza con el extranjero, efectos tales que los intereses económicos suizos esenciales se ven afectados, el Consejo federal puede, durante el tiempo que las circunstancias lo exijan,

a) vigilar la importación, la exportación y el tránsito de mercancías, así como el tráfico de servicios, someterlos al régimen de autorización, limitarlos o impedirlos;

b) reglamentar el tráfico de pagos con ciertos países y, si es necesario, ordenar la percepción de tributos para compensar las perturbaciones producidas en el ámbito de los precios o de la moneda que afecten al tráfico de las mercancías, los servicios o los pagos» (art. 1.º).

B.—Proyectos importantes en curso

Entre los proyectos importantes en curso durante el año 1982, señalaremos los siguientes Mensajes enviados por el Consejo federal al Parlamento:

1) Mensaje relativo a una ley federal sobre arrendamiento de fincas rústicas (LBFA), de 11 de noviembre de 1981 (FF 1982, I, 269);

2) Mensaje relativo a la adhesión de Suiza a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de 21 de diciembre de 1981 (FF 1982, I, 505);

3) Mensaje relativo a una ley federal sobre Derecho internacional privado (ley de DIP), de 10 de noviembre de 1982 (FF 1983, I, 255);

4) Mensaje relativo a la revisión del Derecho de la nacionalidad en la Constitución federal, de 7 de abril de 1982 (FF 1982, II, 137);

5) Mensaje relativo a la revisión del CCS (protección de la personalidad: art. 28 del CC y art. 49 del CO), de 5 de mayo de 1982 (FF 1982, II, 661).

Traducción a cargo de
Antonio Pau Pedrón,
Registrador de la Propiedad

Crónica del Derecho civil japonés: Año 1982

Por TOYOHIRO NUMURA

I. INTRODUCCION

Al comenzar las crónicas del derecho japonés es preciso destacar sumariamente las características del derecho japonés (1). Los juristas extranjeros no están al corriente del derecho japonés. Aunque el Japón mantiene hoy en día relaciones económicas relativamente importantes con los países extranjeros, su derecho despierta escasamente el interés de los juristas extranjeros. Sin embargo, a mi juicio, el derecho japonés es uno de los mejores objetos de estudio comparativo, pues hace cerca de cien años el Japón reemplazó un sistema jurídico sensiblemente influenciado por la cultura china por el de los países europeos continentales. Además, después de la segunda guerra mundial, el Japón experimentó una influencia muy poderosa del derecho americano: se puede citar, por ejemplo, la Constitución, el derecho del trabajo, el procedimiento penal, etc. En cuanto al código civil japonés, se basa en el francés y el alemán.

II. DOCTRINA

1) En Japón existen numerosas facultades de derecho, que publican sus revistas jurídicas. También existen varias revistas jurídicas que no son universitarias. Así pues, cada año un gran número de artículos aparecen en estas revistas. Esta abundancia de estudios jurídicos dificulta comprender exactamente la situación actual de la doctrina. A pesar de ello es posible destacar diversas tendencias (2).

2) El estudio del derecho extranjero ocupa una buena parte de los artículos, pues se considera esta forma de estudio útil para

(1) Para conocer más minuciosamente el derecho japonés, Joshiyuk NODA, *Introduction du droit japonais*, 1966, Daloz (en francés).

(2) «Horitsujiho» (Informaciones periódicas sobre el derecho) publica todos los años una visión general de la doctrina en todos los dominios en su número de diciembre. Nuestra crónica debe mucho a esta revista. «Japon Fondation», también, trabaja periódicamente en la publicación de un libro de bibliografía sobre las ciencias sociales (en inglés) donde se encuentra un resumen bibliográfico de derecho privado.

comprender mejor el derecho japonés, que tiene su origen en el de países extranjeros. Los juristas escriben no solamente sobre los derechos anglo-americano, alemán, francés, sino también sobre el de otros países. Pero se puede constatar que el estudio del derecho de los países orientales no está tan desarrollado como el de los países occidentales. Esta inclinación por Europa y por los Estados Unidos puede explicarse por la formación particular del sistema jurídico del Japón de la que he hablado antes.

3) Tenemos muchos artículos en cada uno de los sectores del derecho civil. En consecuencia nos limitaremos a destacar los estudios más importantes (3).

a) Desde hace algunos años, no solamente los juristas sino también los no juristas critican duramente a la ley de 1962 referente a la propiedad de inmueble construido y dividido en apartamentos, enumerando sus defectos. Influida por esta discusión, la Cámara de consejeros de la Sección del Ministerio de Justicia ha publicado un proyecto para su reforma. Seguidamente el núm. 43 del «Shihô» (la Revista de la Asociación Japonesa del Derecho Privado) contiene las ponencias y la discusión del coloquio relativo a este problema, que ha tenido lugar el año precedente. La Asociación del Derecho Inmobiliario ha organizado también un simposium, cuyas conclusiones serán próximamente publicadas. En el derecho japonés el edificio construido es objeto siempre de propiedad separada del suelo. Esta estructura especial plantea la gran dificultad de la relación entre el derecho de propiedad del apartamento dividido y el del suelo (4).

b) Hace años que los juristas han comenzado a llevar a cabo el estudio de las garantías creadas por la práctica y admitidas por la jurisprudencia, a pesar de la ausencia de disposiciones legales. Los juristas las analizan e intentan dar las reglamentaciones convenientes. Este año la Asociación Japonesa del Derecho Privado ha organizado un coloquio concerniente a los problemas contemporáneos del derecho de garantías. Entre los informes importantes, la encuesta sociológica de las garantías en la práctica es sin duda interesante. Estos informes y la discusión serán publicados en un futuro próximo.

c) «Horitsujihô» (Informaciones periódicas sobre el derecho) dedica su número especial a las investigaciones colectivas sobre la legislación civil. Estos estudios se extienden a campos muy amplios: la relación entre la interpretación y la legislación, la relación entre la sociología jurídica y la legislación, la contribución del derecho comparado a la legislación, la necesidad de la política legislativa, la jurisprudencia y la legislación, la legislación en el extranjero, etc.

(3) Me parece inútil dar bibliografía, porque los juristas extranjeros comprenden muy excepcionalmente la lengua japonesa.

(4) La situación ha sido mejorada por la ley de 21 de mayo de 1983. Nosotros trataremos su contenido en la próxima crónica.

d) En marzo de 1980 la Comisión de Protección de los Consumidores, que depende del Consejo de la Política Social (5) ha formado una subcomisión para discutir los efectos perjudiciales de los contratos-tipo propuestos a los consumidores. Desde entonces la subcomisión examinó con rigor siete contratos estandarizados y finalmente hizo un informe sobre esta cuestión. Según este informe, ella recomienda no solamente suprimir o revisar las cláusulas abusivas en atención al interés de los consumidores, sino también insertar las cláusulas convenientes para protegerlos. Este informe, redactado de esta manera, es muy importante y muy útil desde el punto de vista doctrinal, pues, hasta este momento, sólo existen escasas investigaciones relativas al contrato de adhesión en la práctica, aunque los estudios teóricos y comparativos sean abundantes (6).

e) En el derecho de familia el estudio ha tendido a prestar atención a las disciplinas vecinas: la sociología, la historia, la psicología, etc. Además los artículos referentes a las legislaciones recientes del extranjero son numerosos.

III. LEGISLACION

1) La ley es la fuente más importante del derecho en nuestro sistema como en otros sistemas romano-germánicos. Pero la legislación del Japón no es tan abundante como en los países occidentales (7). Es difícil precisar las razones de esta pobreza de la legislación. En efecto, la mentalidad del japonés, que no ama el derecho, puede ser probablemente una razón importante. También puede depender de la flexibilidad de la interpretación de la disposición legal. Muy a menudo el jurista interpreta libremente una disposición sin vincularse a la letra, de manera que el no jurista no puede pensar en su letra. Esta flexibilidad en la interpretación dispensa de la reforma legislativa por la adaptación de la ley a la situación real.

2) Para el año 1982 no había leyes civiles que mereciesen ser citadas. No obstante, es conveniente referirse a la ley que modifica algunos artículos de la ley sobre la agencia de viajes (8). Esta modificación cumple la finalidad de mejorar el contrato celebrado entre la agencia y el viajero. De acuerdo con esta nueva ley se ha

(5) Este Consejo tiene la misión de dar informes al Primer Ministro y a los otros Ministros en relación con la política social y la protección de los consumidores. Sus miembros son nombrados por el Primer Ministro.

(6) Esta subcomisión ha comenzado de nuevo a estudiar otros contratos-tipo en julio de 1982. Su informe será probablemente publicado al finalizar el año 1983.

(7) Por ejemplo, durante la 98 sesión del Parlamento (de 28 de diciembre de 1982 al 26 de mayo de 1983) solamente 57 leyes han sido promulgadas con excepción de la autorización de 13 tratados.

(8) El informe provisional de la Comisión de Protección de los Consumidores citado antes es un motivo de esta reforma.

establecido un nuevo contrato-tipo de viaje (9). En consecuencia, de aquí en adelante el interés del viajero en grupo estará bien protegido.

IV. JURISPRUDENCIA

En el Japón existe un gran número de repertorios de sentencias, oficiales o privados. A consecuencia de las numerosas sentencias que se publican cada año. Como se ha mencionado antes, en el Japón no se legisla con frecuencia, si bien la interpretación judicial juega un papel muy importante en la evolución del derecho.

Al igual que sucede con la doctrina es difícil destacar la tendencia general de la jurisprudencia. Nos limitaremos a citar algunas sentencias importantes (10).

a) La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1982, en Repertorio de las decisiones del Tribunal Supremo, vol. 36, núm. 3, p. 349.

Cuando un bien mueble, que constituye el objeto de una hipoteca de establecimiento industrial con el terreno y los inmuebles de la fábrica (11), es vendido y entregado al adquirente, el acreedor hipotecario puede reclamarle que lo restituya a la fábrica, a no ser que el adquirente haya adquirido automáticamente la propiedad de este bien mueble por aplicación del artículo 192 del Código civil.

b) La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1982, en Repertorio de las decisiones del Tribunal Supremo, vol. 36, núm. 1, p. 92.

Cuando el deudor transfiere la propiedad de un inmueble a su acreedor como garantía (12), puede recuperar el inmueble pagando su deuda antes de que el acreedor disponga del mismo para conseguir la suma del crédito, pero la ejecución devendría in-

(9) En nuestro derecho el contrato-tipo de viaje debe ser autorizado por el Ministro de transportes.

(10) «Horitsujiho» (Informaciones periódicas sobre el derecho) ofrece la visión general de la jurisprudencia del año precedente en su número primero. «Jurisuto» (Jurista) y «Hanrei-Times» («Times» para la jurisprudencia) dedican un número especial al comentario de las sentencias importantes. Nuestra crónica debe mucho a estas revistas.

(11) En el derecho japonés la hipoteca se limita, en principio, a los derechos inmobiliarios. Pero la ley especial permite hipotecar todos los bienes, muebles e inmuebles, en su conjunto, que pertenecen al establecimiento industrial.

(12) En el derecho japonés, como en el derecho de los países europeos, no existen otras garantías reales que las que son enumeradas limitativamente por la ley. Y no pueden las partes crear otras nuevas. Este principio está afectado por algunas atenuaciones jurisprudenciales. En el ámbito de los negocios se ha inventado una garantía que ha sido ulteriormente admitida y desarrollada por la jurisprudencia. Esta garantía concede al acreedor los derechos de persecución y preferencia bajo la forma de una transferencia de propiedad. En el fondo no deja de ser una garantía, pues el deudor puede recobrar unilateralmente la cosa enajenada extinguiendo su deuda.

mediatamente exigible por la extinción del término. En consecuencia, el derecho del deudor al recobro no se extingue por la prescripción según el artículo 167, párrafo 2.º del Código civil, porque se basa en la acción de reivindicación del propietario o en la acción contractual de restitución.

c) La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1982, En Repertorio de las decisiones del Tribunal Supremo, vol. 36, núm. 10, p. 2130.

Cuando el arrendatario del crédito-arrendamiento (*crédit-bail*) restituye la cosa arrendada a la sociedad financiera antes de expiración del período fijado, está obligado a pagar todos los alquileres restantes. En contrapartida, para restablecer el equilibrio económico la sociedad financiera debe devolverle el beneficio que ha obtenido por la recuperación de la cosa arrendada, ya sea pagando la suma del beneficio, ya sea compensando una parte de los alquileres con el montante de este beneficio.

d) La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 1982, en Repertorio de las decisiones del Tribunal Supremo, vol. 36, núm. 3, p. 432.

En el derecho japonés la acción de investigación de la paternidad sólo puede ser interpuesta durante los tres años siguientes al fallecimiento del padre (art. 187 del Código civil). Por ello si este plazo de tres años transcurre sin que el fallecimiento del padre sea conocido por su hijo natural, éste no puede ya interponer la acción de reconocimiento forzoso. Para evitar este rigor para con el hijo natural, se muestra favorable a que el plazo sólo corra a partir de su conocimiento del fallecimiento del padre.

Traducción a cargo de ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Información Legislativa (*)

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

I. DERECHO CIVIL

1. *Parte General*

1. ARAGON. Regulación de la iniciativa legislativa ante las Cortes de Aragón.

Ley de las Cortes aragonesas, 4/1983, de 28 de septiembre («B. O. E.» del 29 de octubre).

La presente Ley se configura por su preámbulo como desarrollo del artículo 15.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, a cuyo tenor: «La iniciativa legislativa corresponde a los miembros de las Cortes de Aragón y a la Diputación General, en los términos que establezca una Ley de Cortes. Por Ley de Cortes de Aragón se regulará la iniciativa legislativa popular». Sin embargo, esta conexión estatutaria resulta, por una parte, excesiva y, por otra, insuficiente.

En efecto, el texto legal no regula la iniciativa popular, que se anuncia será regulada por una Ley específica, pero sí llega hasta materias distintas de la iniciativa legislativa ante las Cortes de Aragón.

La Ley regula los Proyectos y proposiciones de Ley que se formulen ante las Cortes, con especial referencia a su retirada, a la Ley de Presupuestos y a la reforma estatutaria. Pero además se abordan tres materias distintas:

1.º La competencia de las Cortes de Aragón para solicitar del Gobierno de la Nación la adopción de un proyecto de Ley o de un tratado internacional o de una transferencia de competencias a su favor; para remitir al Congreso proposiciones de Ley; para aprobar su Reglamento y para aprobar Leyes de Bases.

2.º La delegación legislativa en favor de la Diputación General.

3.º La promulgación, publicación y entrada en vigor de las leyes aragonesas.

(*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el segundo semestre de 1983.

La regulación de estas materias supone que el contenido de la Ley se desconecta de la norma estatutaria indicada en su Preámbulo, pero, obviamente, esto no afecta a la legitimidad de la disposición, aunque sea criticable la técnica utilizada.

Debe indicarse que el régimen dado a estas materias no constituye ninguna innovación, ni siquiera en Aragón, pues ya su Estatuto de Autonomía contiene la normación de las mismas, Así, la función de iniciativa de las Cortes aragonesas a nivel estatal se dispuso por el artículo 87.2 de la Constitución, al que se remite el 16 c) del Estatuto; la delegación legislativa se prevé por el artículo 15.2 del Estatuto y la presente Ley no hace más que transcribir los artículos correspondientes de la Constitución; y, finalmente, el precepto sobre la eficacia de las leyes aragonesas se hace más que refundir el artículo 20.1 del Estatuto con el 2.1 del Código civil.

Precisamente podría dudarse de la constitucionalidad de la regulación por la Comunidad Autónoma de esta última cuestión, la eficacia de las leyes autonómicas, pues, según el artículo 149.1, núm. 8, del texto fundamental, el Estado tiene competencia exclusiva para dictar las reglas sobre eficacia de las normas jurídicas.

2. CODIGO CIVIL. Reforma de sus preceptos en materia de tutela.
Ley 13/1983, de 24 de octubre.

A) Exposición.

Reciben nueva redacción los Títulos IX (De la incapacitación) y X (de la tutela, la curatela, y de la guarda de los menores o incapacitados) del Código civil, cuyo contenido puede sistematizarse de la siguiente forma:

I. Incapacitación (arts. 199 a 214).

1. Causas de incapacitación: son las enfermedades o deficiencias persistentes, físicas o psíquicas que impidan a la persona gobernarse por sí misma (art. 200). Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando se prevea que la causa concurrente persistirá.

2. Declaración de incapacitación: Sólo podrá hacerse por sentencia judicial, dictada en proceso sujeto a las siguientes reglas:

a) Legitimación: Corresponde al cónyuge o descendientes y, en su defecto, ascendientes o hermanos del presunto incapaz. A falta de solicitud por persona legitimada el Ministerio Fiscal deberá promover la declaración.

La incapacitación de los menores sólo podrá ser instada por quienes ejerzan la patria potestad.

El Ministerio Fiscal intervendrá siempre en estos procesos. El presunto incapaz podrá comparecer con su propia defensa y representación.

b) Procedimiento: El Juez podrá adoptar, en todo momento, las medidas necesarias para la protección del presunto incapaz o su patrimonio.

El Juez podrá decretar las pruebas que estime adecuadas, y oír a los parientes, al presunto incapaz y el dictamen de un facultativo.

3. Efectos de la sentencia de incapacitación: La sentencia determinará la extensión y límites de la incapacitación y el régimen de tutela o guarda aplicable. Se anotará o inscribirá en el Registro Civil, sin perjuicio de aplicarse la legislación hipotecaria y del Registro Mercantil.

Existen dos reglas especiales al respecto:

a) **Modificación de la incapacitación:** Sobvenidas nuevas circunstancias podrá instarse nueva declaración que deje sin efecto o modifique la anterior. Estarán legitimados para ello las personas indicadas en el apartado anterior, los tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal y el propio incapacitado.

b) **Internamiento del presunto incapaz:** Requerirá autorización judicial una vez examinada la persona y oído el dictamen facultativo. Cada seis meses, como mínimo, el Juez recabará información sobre la prosecución del internamiento.

II. Régimen de las instituciones protectoras (arts. 215 a 306).

1. Disposiciones generales: Afectan a las tres instituciones, tutela, curatela y defensa judicial.

a) **Caracterización:** las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercen en beneficio del tutelado, estando bajo la salvaguarda judicial y se harán públicas a través del Registro Civil.

b) **Indemnidad de la función:** Quien sufra daños o perjuicios en el ejercicio de una función tutelar tendrá derecho a su resarcimiento con cargo a los bienes del tutelado.

c) **Prohibiciones:** Quienes ejerzan funciones tutelares no podrán recibir liberalidades del pupilo o sus causahabientes, mientras no se apruebe su gestión; autocontratar si existe conflicto de intereses, ni adquirir a título oneroso bienes del tutelado o transmitírsele por su parte.

2. La tutela.

a) **Sujetos a tutela:** Lo estarán los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad, los incapacitados cuando así lo establezca la sentencia y los sujetos a patria potestad prorrogada, cuando ésta cese.

b) **Regulación de la tutela:** Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor y ordenar la protección de la persona y bienes de sus hijos menores o incapacitados.

También quien disponga de bienes gratuitamente a favor de un menor o incapacitado podrá regular la administración de aquéllos.

c) **Constitución de la tutela:** El Ministerio Fiscal y el Juez proveerán a ella tan pronto conozcan la existencia de persona que deba quedar sujeta a tutela. Los parientes, guardadores y directores de establecimientos tienen obligación de promover la constitución de la tutela, siendo, en otro caso, responsables solidarios de los perjuicios que se causen.

El Juez constituirá la tutela previa audiencia de quien considere y del tutelado si tiene suficiente juicio o es mayor de doce años.

El Juez vigilará el ejercicio de la tutela y establecerá las medidas de control que estime oportunas en beneficio del tutelado.

d) Delación de la tutela: Se regulan los siguientes aspectos:

1) Orden de llamamiento: Para el nombramiento de tutor se preferirá al cónyuge que conviva con el tutelado, o los padres, o quienes éstos designen en testamento y al descendiente, ascendiente o hermano que señale el Juez. A falta de los anteriores nombrará el Juez a quien considere idóneo.

El Juez podrá, motivadamente, alterar el orden de preferencia indicado.

2) Unidad de tutor: Como regla general sólo existirá un tutor, salvo cuando se separen los cargos de tutor en la persona y tutor en los bienes, cuando la tutela corresponda a los padres o a los tíos y cuando los padres del tutelado hayan designado a las personas para que actúen conjuntamente.

En estos casos los tutores deberán obrar conjuntamente, como regla general, pero será válido lo que haga la mayoría.

3) Casos especiales: La tutela de varios hermanos se procurará que recaiga en una misma persona. El director de establecimiento asistencial podrá ser tutor de los menores acogidos.

En los casos de cese de algún tutor o incompatibilidad de intereses, podrán actuar el otro o los restantes tutores.

e) Personas que pueden ser tutores: En relación con ellas, la Ley regula los siguientes aspectos:

1) Capacidad: En general basta tener el pleno ejercicio de los derechos civiles, pudiendo ser tutor las personas jurídicas sin ánimo de lucro destinadas a la protección de menores o incapacitados.

2) Causas de inhabilidad: La Ley las enumera en tres artículos, sin que se advierta un criterio sistematizador claro. Tales son:

1. Encontrarse privado o suspendido judicialmente del ejercicio de la patria potestad o guarda y educación.

2. Haber sido removido de otra tutela.

3. Condenado a pena privativa de libertad, durante la condena.

4. Condenado por delitos que hagan suponer no desempeñaran bien el cargo.

5. La imposibilidad absoluta de hecho.

6. Enemistad manifiesta con el pupilo.

7. Personas de mala conducta o sin medios de vida.

8. Tener conflictos de intereses o litigios con el tutelado.

9. Quebrados y concursados no rehabilitados.

10. Excluidos expresamente por el padre o madre, salvo resolución judicial en contrario, arts. 243, 244 y 245).

3) Remoción de la tutela: Se decretará por el Juez cuando el tutor incurra en causa de inhabilidad, incumpla sus deberes o se muestre notoriamente inepto para su ejercicio.

El Juez podrá suspender al tutor, nombrando defensor judicial y procederá luego al nombramiento de nuevo tutor.

4) Excusas de la tutela: Son causas de excusa las que hagan excesivamente gravoso el ejercicio del cargo.

Las causas de excusa deberán ser alegadas dentro del plazo legal o cuando concurran, si son sobrevenidas.

El tutor deberá continuar desempeñando el cargo mientras se decida sobre la excusa y, si es testamentario, perderá lo que, por esta consideración, le hubiese dejado el testador.

f) Formalización de la tutela: el Juez dará posesión del cargo al tutor, que estará obligado a hacer inventario de los bienes del tutelado y a constituir la fianza que se le exija.

g) Contenido de la función tutelar: Al tutor corresponde:

1. Representar al tutelado, salvo para los actos que pueda realizar por sí solo.

2. Exigirle respeto y obediencia.

3. Velar por su manutención, educación, rehabilitación y situación general.

4. Administrar su patrimonio con la diligencia de un buen padre de familia.

5. Ser retribuido en la cuantía que permitan los bienes del tutelado y sea fijada por el Juez.

Para la realización de ciertos actos, relevantes para la vida o patrimonio del tutelado, el tutor necesita autorización judicial; por ejemplo: para internar al tutelado, en un establecimiento de salud; enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos, valores mobiliarios, o realizar actos susceptibles de inscripción; renunciar derechos, transigir, realizar particiones; aceptar herencias sin beneficio de inventario; repudiar; hacer gastos extraordinarios; arrendar bienes con prórroga forzosa; dar y tomar dinero a préstamo; disponer de bienes a título gratuito.

El Juez oírá previamente al Ministerio Fiscal o al tutelado si es mayor de doce años.

h) Extinción de la tutela:

1) Causas de extinción: Terminará la tutela por fallecimiento del tutelado, cuando el menor alcance la mayoría de edad, sea adoptado o alcance el beneficio de la mayor edad, cuando el titular de la patria potestad suspendida la recupere o cuando sentencia judicial levante la incapacidad.

2) Prórroga de la tutela: El tutor continuará en su cargo cuando el menor que alcance la mayoría de edad haya sido incapacitado.

3) Operaciones finales: El tutor deberá rendir cuenta general en el plazo de tres meses y ante el Juez.

La acción para exigir esta rendición prescribirá a los cinco años, contados desde la terminación del plazo indicado (se modifica en este sentido el régimen del artículo 1.972 del Código civil).

El saldo resultante devengará el interés legal.

3. La curatela.

a) Sujetos a curatela: Lo estarán los emancipados que no puedan ser asistidos por su padres, quienes obtuvieren el beneficio de la mayor edad y los pródigos, en todo caso. También los incapacitados que sean colocados bajo esta forma de protección.

b) Alcance de la curatela: Deben distinguirse los siguientes casos:

1) Curatela de menores y pródigos. El curador sólo intervendrá en los actos que no puedan realizar por sí solos los protegidos.

2) Curatela de incapacitados. El curador prestará asistencia en los actos que determine la sentencia o en aquellos para los que el tutor precisa autorización judicial.

c) Régimen de la curatela: Se aplican, como regla general, las normas relativas a los tutores. Los actos realizados sin la preceptiva asistencia del curador serán anulables.

d) Regulación especial de la prodigalidad: La nueva Ley repite las normas del Código sobre la materia, pero ampliando el círculo de los legitimados para pedir la declaración de prodigalidad. Podrán hacerlo el cónyuge, descendientes o ascendientes que perciban o puedan reclamar alimentos al presunto pródigo y sus representantes legales, además del Ministerio Fiscal.

4. El defensor judicial.

a) Casos en que procede su nombramiento: Se nombrará defensor judicial a los menores o incapacitados que tengan conflicto de intereses en algún asunto con sus representantes legales o cuando, por cualquier causa, el tutor o curador no desempeñe sus funciones.

b) Defensa interina por el Ministerio Fiscal: Se realizará mientras no recaiga la resolución judicial que concluya el procedimiento proveyendo de tutor. Podrá también designarse un administrador de los bienes.

c) Régimen del defensor: Será nombrado quien el Juez considere más idóneo en procedimiento de jurisdicción voluntaria. El Juez determinará también las atribuciones del defensor y recibirá sus cuentas.

5. La guarda de hecho.

Sin perjuicio de la constitución de la tutela, si procede, el Juez podrá requerir al guardador que informe de la situación del protegido e imponer medidas de control y vigilancia.

Los actos realizados por el guardador en interés y con utilidad del protegido no podrán ser impugnados.

El guardador tendrá derecho a ser indemnizado de los daños que sufra en ejercicio de su función.

6. Reglas complementarias.

Para la aplicación del nuevo régimen legal, la Ley contiene varias regulaciones complementarias, como son:

a) Procesales: Para la incapacitación y la declaración de prodigalidad se aplicarán las normas del juicio declarativo de menor cuantía.

Los restantes procedimientos en esta materia se ajustarán a las disposiciones sobre jurisdicción voluntaria.

b) Transitorias: Contemplan la incidencia sobre situaciones constituidas, tutelas en general y tuteladas de pródigos, que se ajustarán a las normas de la nueva Ley en lo sucesivo, y sobre la intervención civil que, mientras subsista, determinará que la tutela de los condenados a ella se someta a la nueva Ley.

c) Concordancia normativa: El Gobierno remitirá al Congreso un proyecto de Ley para realizarla, en cuanto resulte afectado por la presente.

7. Reformas de otros artículos del Código civil.

Se suprime el párrafo 2.º del artículo 32; el 171, sobre prórroga de la patria potestad, se retoca ligeramente y el 176, sobre situación del hijo adoptivo, se hace renacer con la redacción que le dio la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

B) Observaciones:

1. La presente Ley, como viene siendo frecuente, últimamente, carece de Exposición de Motivos, con lo que se priva al intérprete de una importante ayuda, especialmente útil en los primeros tiempos de aplicación del nuevo régimen normativo. Este proceder parlamentario puede encontrar cierta justificación cuando el texto aprobado como Ley difiere del Proyecto elaborado por el Gobierno, ya que entonces, al no servir el Preámbulo de dicho Proyecto, las Cámaras deberían realizar una Exposición de Motivos totalmente nueva, labor técnica que puede considerarse poco accesible a los parlamentarios. Sin embargo, prescindir de tal Exposición carece de fundamento cuando, como ocurre con esta Ley, el Proyecto del Gobierno tenía un Preámbulo de buena factura y sus criterios no han sido alterados en la tramitación parlamentaria.

Por lo expuesto, se ha considerado útil transcribir a continuación el texto completo del Preámbulo del Proyecto de Ley, publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales». Congreso de los Diputados, núm. 4.I, de 27 de enero de 1983:

«El sistema tutelar instaurado por el Código civil y regulado extensamente en los Títulos IX y X de su Libro I, se ha revelado, tras casi cien años de vigencia, ineficaz e insuficiente. Su pieza básica y fundamental —el Consejo de familia— apenas ha funcionado en la práctica, como es notorio, con el consiguiente grave perjuicio para las personas sometidas a la tutela, que sufrieron en su mayoría los negativos efectos de la negligencia o inhibición de los parientes. Por otro lado, el principio llamado de «unidad de guarda legal», adoptado por el legislador de 1889 con unificación de las instituciones tutelares y supresión de la curatela vino a otorgar un mismo tratamiento, dotándolos de una misma normativa, a supuestos muy distintos de guarda, que merecen un tratamiento diferencial.

Alejado así de la realidad, y por ende inoperante en la práctica, nuestro sistema se fue distanciando al propio tiempo de las legislaciones modernas. Si varios ordenamientos, en efecto, habían coincidido esencialmente con el nuestro en el enfoque de la regulación de la tutela, como inspirados en el Código de Napoleón, muchos de ellos revisaron ya a lo largo de este siglo sus normas tutelares, orientando las ahora promulgadas hacia un sistema de autoridad que acentúa la intervención del Estado para garantizar el mejor cumplimiento de la función tutelar en beneficio de los tutelados.

El Proyecto de Ley que hoy se presenta, acomodándose a la realidad y a las mejores tendencias del Derecho comparado, construye un nuevo sistema sobre principios opuestos a los del anterior. Dos son fundamentalmente los

nuevos: el principio de la pluralidad de guarda legal, que junto a la tutela, introduce la curatela (recuperando una institución de larga tradición jurídica) y la figura del defensor judicial; y el principio de la tutela de autoridad, que suprime el Consejo de familia y dota al Juez de amplias facultades, situándolo como pieza fundamental decisoria.

La normativa que traduce tales principios es la contenida en el texto del nuevo Título IX del Libro I del Código civil, que contempla la incapacitación, y en el nuevo Título X del mismo Libro, que regula la tutela y guarda de los menores e incapacitados.

Por lo que se refiere a la incapacitación, cabe poner de relieve que sólo puede declararse por sentencia judicial y con una serie de garantías. Con visión moderna se acogen como causas, además de la enfermedad y las deficiencias mentales, las deficiencias orgánicas y funcionales persistentes y el alcoholismo y la toxicomanía graves y habituales. La sentencia declara la extensión de la incapacitación y qué régimen de guarda se ha de aplicar, pudiéndose, si cambian las circunstancias, modificarse por nueva sentencia, el alcance de la incapacitación o dejarla sin efecto.

Respecto de la tutela propiamente dicha, son novedades de alto interés: que los incapacitados, según su situación, pueden ser sometidos a tutela o sólo a curatela, determinándolo la sentencia; que puede haber un tutor para la persona y otro para los bienes; que pueden ser tutores las personas jurídicas; que cabe un ejercicio de la tutela por dos personas, en armonía con las nuevas normas reguladoras de la patria potestad; que se tiene en cuenta las situaciones de los menores e incapacitados acogidos a establecimientos públicos, y, sobre todo, que se atribuyen amplísimas facultades al Juez, en todo lo relativo a la constitución, vigilancia y extinción de la tutela y para autorizar al tutor con ocasión de los actos más importantes.

Junto a la tutela, y regulada en el mismo Título que ella, reaparece la vieja y útil institución de la curatela, que el legislador de 1889 suprimiera, sujetándose ahora a ella, además de los emancipados sin padres o con padres que no puedan prestarles asistencia, los habilitados de edad, los pródigos y las personas a quienes la sentencia de incapacitación, o en su caso, la resolución judicial que la modifique, coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento. Especial relieve ofrece el caso de los pródigos, para quienes al ser llevados al ámbito de la curatela, desaparece una incapacitación que, además de ser escasamente producida, en la práctica, parece desfasada en la realidad actual e incompatible con las ideas sociales de nuestro tiempo. La curatela da lugar, por lo demás, a una intervención del curador limitada para los menores y pródigos, a los actos que no puedan realizar por sí solos, y para los incapacitados, a los actos que la sentencia determine.

Novedades importantes de la ley son también la introducción de la figura del defensor judicial, que existe ya en el ámbito de la patria potestad y asumirá con eficacia la representación y amparo, en el ámbito de la tutela, de los intereses de los menores e incapacitados en ciertos supuestos que la ley determina; y la regulación de la guarda de hecho a través de unas normas breves, pero útiles, que podrán dar solución a las principales cuestiones que aquella situación plantea.

Problemas delicados, si no numerosos, son los que en el plano del Derecho transitorio podrían surgir por la puesta en vigor de la nueva regulación en relación con situaciones tutelares existentes. Para afrontarlos, la ley incluye tres disposiciones transitorias: una, para asegurar que las tutelas actualmente constituidas puedan adaptarse al nuevo sistema; otra, para contemplar el caso de los interdictos, en tanto subsiste en nuestro Derecho la pena de interdicción civil, y una tercera, para los declarados pródigos.

Cuestión digna también de consideración era la de los cauces procesales utilizables en la materia mientras no señale otros distintos la Ley de Enjuiciamiento Civil; tal cuestión es afrontada por la Disposición adicional incorporada al texto.

Siendo evidente, por último, que algunos artículos vigentes del Código civil y de otros cuerpos legales no tendrán, desde el momento que rijan las nuevas normas tutelares, concordancia con ellas, la Disposición final que cierra la ley ordena al Gobierno remitir al Congreso, en un plazo de seis meses, un proyecto de ley de reforma de cuantos preceptos positivos deban adaptarse al nuevo sistema para lograr la necesaria armonía de todos los textos legales».

2. Finalmente cabe hacer tres indicaciones sobre el nuevo régimen legal: Primero, debemos continuar lamentando la introducción en el Código civil de «artículos bis» (ahora los 237 y 299 bis), aunque se dejen también artículos en blanco, sin contenido (arts. 305, 307 y 313), lo cual evidencia una poco cuidadosa elaboración del texto legal definitivo.

Segundo, que la prodigalidad sigue manteniéndose como causa determinante de una restricción de la capacidad de obrar de las personas; a pesar de su evidente anacronismo. No cabe duda de que las consecuencias sociales de la despenalización del juego en nuestro país han debido pesar en su perduración.

Tercero, que es digna de toda loa la resurrección del artículo 176 del Código civil, corrigiéndose el yerro en que se incurrió con la Ley 30/1981 (véase nuestro comentario en la reseña a tal Ley; en este Anuario XXXIV-III, disposición núm. 3 de la Información legislativa). Obviamente, deberá estimarse que dicho artículo, en su redacción actual, se ha mantenido vigente ininterrumpidamente.

2. Derecho de obligaciones

3. INUNDACIONES. Medidas urgentes para reparar los daños en el País Vasco, Cantabria, Asturias, Burgos y Navarra.

Real Decreto-Ley 5/1983, de 1 de septiembre («B. O. E.» del 2).

A) Exposición.

La presente disposición adopta una serie de medidas reparadoras de distinta naturaleza.

1) Declaración de zona catastrófica: Se extiende esta declaración a los municipios de las provincias afectadas por las recientes inundaciones, que serán determinados por el Ministro del Interior.

2) Inhabilidad de días: En los municipios referidos se declaran inhábiles

los días 25 de agosto al 3 de septiembre, a toda clase de efectos, civiles, notariales, mercantiles, administrativos y judiciales. Tales días se descontarán en el cómputo de los plazos correspondientes y las actuaciones que no pudieron practicarse en ellos, se llevarán a cabo en los ocho días hábiles posteriores.

3) **Moratoria de pago:** Se concede moratoria para los créditos que vengzan en el período comprendido entre el 26 de agosto y el 27 de noviembre de 1983. Es preciso para ello que los créditos sean hipotecarios o pignorativos y que los bienes gravados se encontrasen en los municipios repetidos, habiendo sido dañados, o que los deudores posean fincas o explotaciones en el territorio afectado y hayan sufrido daños de consideración.

El protesto de letras y efectos impagados podrá realizarse en los ocho días siguientes al fin de la moratoria. Queda siempre a salvo del derecho de los interesados a pactar las condiciones que deseen.

3) **Otras medidas administrativas:** Se conceden exenciones tributarias, franquicias arancelarias y subvenciones para reparar o reponer los bienes dañados.

En el ámbito laboral se facilita la tramitación de los expedientes de regulación de empleo y se disponen beneficios para el pago de la Seguridad Social.

Los contratos administrativos que deban formalizarse para reparar los daños se califican de emergencia y se autorizan créditos extraordinarios y operaciones del Instituto de Crédito Oficial.

Las medidas financieras indicadas tendrán su incidencia en los cupos que corresponden abonar por el País Vasco y Navarra al Estado, con arreglo a sus Concierptos económicos. Se prevé igualmente que las Comunidades Autónomas ejerzan sus competencias conforme a sus normas estatutarias, sin que se vean afectadas por lo dispuesto en el presente Real Decreto-Ley.

B) Observaciones.

El presente Real Decreto-Ley contiene normas excepcionales para atender a necesidades imprevistas, en forma similar a otros adoptados en 1982, con ocasión de las inundaciones producidas en Levante y Cataluña (Reales Decretos-Leyes de 23 de octubre y 12 de noviembre).

Los territorios afectados han sido determinados, como disponía el Real Decreto-Ley, por la Orden del Ministerio del Interior de 5 de septiembre («B. O. E.» del 6).

4. **RESPONSABILIDAD CIVIL.** Actualización de las indemnizaciones por daños previstas en la Ley de Navegación Aérea.

Real Decreto 2.333/1983, de 4 de agosto («B. O. E.» del 8 de septiembre).

Los límites de responsabilidad establecidos en los artículos 117 a 119 de la Ley de Navegación Aérea, de 21 de julio de 1960, no habían sido modificadas desde la fecha de su promulgación, a pesar de la evolución económica, del régimen establecido para vuelos internacionales y de la autorización de que disponía el Gobierno para actualizarlos, por lo que se encontraban totalmente desfasados.

El presente Real Decreto, aunque está mal redactado (sobre todo su artículo 3.º), realiza una importante elevación de los límites citados. Por ejemplo, para los daños personales las cifras pasan a ser: en caso de muerte, 3.500.000 ptas. antes 200.000); por incapacidad parcial permanente, hasta 2.000.000 (antes 100.000), y por incapacidad parcial temporal, hasta 1.000.000 de ptas. (antes 50.000).

5. RELACIONES CONTRACTUALES ESPECIALES. Desarrollo reglamentario de la Ley de contratación de productos agrarios.

Real Decreto 2.707/1983, de 7 de septiembre («B. O. E.» del 25 de octubre).

A) Exposición.

El presente Reglamento desarrolla la Ley 19/1982, de 26 de mayo, que reguló esta materia (véase su reseña en este Anuario XXXV-III, disposición número 6 de la Información legislativa). Como corresponde al rango de esta disposición sólo llega a desarrollar las cuestiones procedimentales abordadas por el texto legal. Los puntos más destacados de la regulación se indican a continuación, aunque, debe señalarse, que el Reglamento viene a ser un texto completo sobre la materia, pues reproduce también los preceptos de la Ley.

1. Relaciones contractuales; régimen de sus modalidades. Según la Ley, las relaciones entre las empresas agrarias y los adquirentes de sus productos podían adoptar alguna de tres modalidades:

a) Acuerdos interprofesionales. El Reglamento regula la homologación de los mismos, detallando cuáles deben ser las partes que lo suscriban y las disposiciones relativas al producto a que afectan. También se determinan los datos que deben contener los convenios de campaña y los contratos-tipo necesarios para la aplicación de los Acuerdos.

b) Acuerdos colectivos: Su procedimiento de homologación se regulará por las Comunidades Autónomas o por el Ministerio de Agricultura, determinando el Reglamento las condiciones que deben reunir para ser homologables. Los acuerdos deberán incluir una cláusula que permita la incorporación posterior de otras Empresas que deban suscribirlo.

c) Contratos de compraventa: Estos contratos se ajustarán a la legislación mercantil, pero las Empresas sólo podrán acogerse a las ayudas legales si se ajustan a los contratos-tipo homologados. El Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación podrá editar un modelo oficial de contrato ajustado al tipo homologado.

Cuando se homologue posteriormente un Acuerdo colectivo sobre el producto, las dos terceras partes de las empresas que contrataron con una sola adquirente podrán imponer la sumisión de sus relaciones al Acuerdo.

2. Régimen de ayudas: Son todas de carácter público y principalmente económico-financiero.

El Reglamento determina el procedimiento para el acceso a las ayudas, concediendo especial importancia a los «créditos de campaña».

3. Infracciones y sanciones: Aparte de las responsabilidades de distinta naturaleza que sean exigibles, el Reglamento se refiere a la responsabilidad

administrativa consecuencia de la infracción del régimen legal de contratación de productos agrarios.

Las infracciones se clasifican en leves, graves y muy graves, sancionables por el Ministerio de Agricultura. Podrán imponerse multa de hasta cinco millones de pesetas, además de la privación o devolución, en su caso, de las ayudas percibidas.

B) Observaciones.

Como ya se indicó en la reseña de la Ley ahora desarrollada, la aplicación de las instituciones y figuras reguladas se hace depender de la voluntad de las partes interesadas, de modo que se trata de una actividad administrativa típica de fomento. Sólo la extensión de un Acuerdo colectivo sobre los contratos de compraventa particulares celebrados antes de su homologación puede suscitar alguna dificultad, que debe entenderse salvada al disponerse que ello ocurre «sin perjuicio de los derechos adquiridos por las empresas agrarias en virtud de los mismos» (contratos).

6. INUNDACIONES. Medidas urgentes para reparar los daños causados en Barcelona, Cádiz, Huelva, Sevilla y Valencia.

Real Decreto-Ley 7/1983, de 23 de noviembre («B. O. E.» del 29).

A) Exposición:

Se adoptan una serie de medidas para regular la actuación de la Administración Pública y contribución al restablecimiento de la normalidad en las zonas que han sufrido inundaciones recientemente.

Con carácter general se establece:

1.º La declaración de zona catastrófica del territorio de los municipios afectados.

2.º La aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 5/1983, de 1 de septiembre (reseñado anteriormente, disposición núm. 3), con las siguientes adaptaciones:

a) Serán inhábiles el día primero de inundación y los nueve días siguientes.

b) La moratoria para las obligaciones de pago abarcará el período comprendido entre el 4 de noviembre pasado y el 5 de febrero de 1984, inclusive.

c) El aplazamiento o fraccionamiento de deudas tributarias afectará a éstas cuando su plazo de ingreso esté comprendido entre 10 de noviembre y 10 de diciembre, debiendo solicitarse antes de 1 de enero de 1984.

b) Observaciones:

La repetición de inundaciones en los últimos años y la promulgación de Reales Decretos-Leyes prácticamente idénticos para regular las medidas tendentes a paliar los daños producidos pone de manifiesto la necesidad de elaborar una ordenación general para los casos de catástrofes naturales. Sólo de esta forma se lograría evitar desigualdades de trato carentes de jus-

tificación y establecer criterios objetivos para la calificación y graduación de los siniestros.

Mientras no exista tal regulación general, el presente Real Decreto-Ley marca un camino adecuado, pues, al ser simplemente de remisión al anterior Real Decreto-Ley 5/1983, muestra ya que éste contiene la normación precisa para estos casos.

3. *Derechos reales*

7. DERECHO DE PROPIEDAD. Limitaciones por su proximidad con carreteras no estatales en Galicia.

Ley del Parlamento gallego 6/1983, de 22 de junio («B. O. E.» del 8 de septiembre).

A) Exposición:

1 Aplicación de la Ley: La presente Ley se aplicará a las carreteras cuyo itinerario discorra por Galicia, salvo las incorporadas a la red del Estado. Para ello se clasifican dichas carreteras en tres redes, primaria, secundaria y terciaria.

La delimitación de la zona de dominio público que realiza esta Ley no afecta a las titularidades actuales del terreno, pero implica la declaración de utilidad pública (se entiende que a efectos expropiatorios).

2) Zonas territoriales afectadas por las carreteras: Se distinguen las siguientes: a) Zona de circulación, constituida por la calzada y los arcenes.

b) Zonas de dominio público, que comprende la misma carretera y sus elementos y una franja a cada lado de dos metros de anchura, medidos desde la arista exterior de la explanación.

c) Zona de servidumbre, a ambos lados de la zona anterior y con una anchura de cuatro metros.

d) Zona interior a la línea de edificación, fijándose ésta a 15,50 m., 13,50 m. o 10 m. del eje de trazado de la calzada, según la red a que pertenezca la carretera.

Se entiende por edificación toda obra permanente, salvo los cierres diáfanos.

B) Observaciones.

Esta Ley supone una reducción importante en la anchura de las zonas afectadas por las carreteras, respecto del régimen contenido en la Ley de Carreteras, de 19 diciembre 1974 (véanse sus artículos 33 a 37). La introducción de una regulación especial para una parte del territorio nacional se funda en la peculiaridad del poblamiento en el territorio gallego.

La competencia para dictar esta normativa la Comunidad Autónoma se pretende basar en el artículo 27 p2 del Estatuto gallego, en relación con los artículos 27, núm. 8, del mismo y 148 p1, núm. 5, de la Constitución. Resulta, sin embargo, discutible si esta Ley más bien, incide directamente en el estatuto jurídico de la propiedad y, por ello, tiene naturaleza jurídico-

privada y no meramente administrativa. Conforme a este criterio la Ley sería inconstitucional, pues no parece posible entender que forme parte del Derecho foral gallego, cuya conservación, modificación y desarrollo es la única competencia que ostenta la Comunidad Autónoma en materia de Derecho civil.

8. BIENES EXTRAVIADOS. Regulación de la restitución de los bienes extraviados en el País Vasco por causa de los efectos de las lluvias torrenciales.

Decreto del Gobierno Vasco 231/1983, de 31 de octubre («B.O.E.» del País Vasco de 7 de noviembre).

A) Exposición:

1. Ambito de aplicación de la disposición: El régimen de este Decreto se aplicará a los objetos extraviados con ocasión de las lluvias torrenciales producidas en el mes de agosto pasado y recuperados, por los servicios de la Administración, siempre que se trate de materiales que puedan alterar el medio ambiente, ocasionar daños o implicar riesgo para las personas o bienes.

2. Objeto de la regulación: Era determinar el procedimiento para lograr la restitución de los bienes a sus propietarios o disponer su venta en pública subasta.

3. Procedimiento: Los trámites a cumplir serán los siguientes:

a) Publicación del hallazgo en la prensa, dos domingos consecutivos.
b) Transcurrido el plazo legal sin que el dueño se haya presentado, el Departamento de Economía y Hacienda ordenará la venta de los bienes en pública subasta y se depositará el precio obtenido.

c) Pasados dos años se adjudicará el bien o su valor a la Administración autonómica.

4. Régimen económico: El propietario, si se presentase a tiempo, deberá abonar los gastos de conservación, así como la décima parte del valor del bien, cuando éste sea hasta de 2.000 pesetas o la vigésima parte en cuanto al exceso sobre dicha suma.

B) Observaciones:

Basta contemplar esta disposición para advertir que reproduce casi literalmente los artículos 615 y 616 del Código civil, sobre hallazgo de cosas muebles. Incluso el propio Decreto se remite al «plazo legal» para que se presenten los dueños, el cual no puede ser otro que el de ocho días, señalado en el primero de los artículos citados.

Sólo dos modificaciones pretenden introducirse en el régimen del Código: la competencia de la Administración autonómica, que viene a suplantar, en general, a la de los Alcaldes, y la aplicación generalizada del régimen previsto para cosas de conservación difícil o costosa. Ambos extremos reciben una regulación probablemente más adecuada que la del Código, sobre todo respecto del caso concreto planteado en el País Vasco, pero es dudosa la legitimidad de la disposición.

Debe tenerse en cuenta, por una parte, que resultan afectados artículos del Código civil, dotados de rango legal, y no pueden ser modificados por una simple norma reglamentaria.

Además, la Comunidad Autónoma del País Vasco carece de competencia para dictar normas sobre materias del Derecho civil no perteneciente al régimen foral de Vizcaya y Alava y en éste no hay especialidad alguna sobre extravío, recuperación y ocupación de cosas.

Así pues, la presente disposición parece vulnerar, no sólo el sistema constitucional de distribución de competencia, sino también el principio de jerarquía normativa.

9. SERVIDUMBRES LEGALES. Instalación de antenas para estaciones radioeléctricas de aficionados.

Ley 19/1983, de 16 de noviembre («B. O. E.» del 26).

A) Exposición:

1. Descripción de la servidumbre: Quienes estén legitimados para usar todo o parte de un inmueble y posean la autorización administrativa para el montaje de una instalación radioeléctrica de aficionados podrán instalar por su cuenta y en el exterior del inmueble, antenas para la emisión y recepción.

2. Régimen de la servidumbre:

a) Consecuencias económicas: Los gastos e indemnizaciones derivados de la instalación, conservación y desmontaje de las antenas serán a cargo de los titulares de las licencias.

b) Desplazamiento de las antenas: Para la aplicación del artículo 545, párrafo 2.º del Código civil (modificación de servidumbres excesivamente gravosas) bastará, en su caso, el acuerdo, por mayoría simple, de la Comunidad de Propietarios.

c) Realización de obras en el inmueble: Podrán realizarse, cuando sean necesarias, aunque haya que retirar las antenas, y sin derecho a indemnización, pero deberán quedar las instalaciones en condiciones similares a las anteriores.

d) Seguro obligatorio: El titular de la licencia deberá asegurar, en cuantía suficiente, las responsabilidades en que pueda incurrir por la instalación y conservación de las antenas.

e) Desarrollo reglamentario: Reglamentariamente se regularán los aspectos técnicos relacionados con esta servidumbre.

3. Extinción de la servidumbre: se producirá cuando se cancele la licencia, la autorización de montaje o el seguro concertado.

B) Observaciones:

La presente Ley introduce en el ordenamiento español una nueva figura de servidumbre legal, a añadir, entre otras, a las reguladas por los artículos 549 y sig. del Código civil.

La Exposición de Motivos de la disposición expresa con claridad cuál es la situación que pretende regularse y cuáles son las razones que mueven a

dictar la norma. Se indica en ella que las estaciones radioléctricas de aficionados cumplen, además, de fines privados, servicios de utilidad pública, como se ha llegado a reconocer de modo oficial. Siguiendo con esa idea, se superan los conflictos que ahora pueden plantearse, pues: «como elementos indispensables para el funcionamiento de las estaciones... sus titulares precisan instalar en el exterior de los inmuebles en que ejercen esta actividad las antenas y sus componentes complementarios, para lo que necesitan la oportuna autorización de los propietarios, quienes, de este modo, vienen a condicionar la efectividad del derecho que concede la licencia de aficionado, válidamente expedida por la Administración».

La Ley contempla directamente, pues, el supuesto de enfrentamiento entre el titular de la licencia y la Comunidad de Propietarios de un inmueble en régimen de Propiedad Horizontal, haciendo prevalecer los intereses del primero por razones de utilidad pública. Obviamente el texto legal es aplicable también a otras situaciones: propietario único del inmueble, comunidad en régimen distinto, urbanizaciones...

Los términos de la Exposición de Motivos podrían entenderse como caracterizadores de la Ley como imperativa, sin embargo no parecen existir razones suficientes para no permitir los pactos sobre el ejercicio del derecho reconocido.

4. *Derecho de familia*

10. CODIGO CIVIL. Reforma de sus preceptos en materia de tutela.
Ley 13/1983, de 24 de octubre.

La reseña completa de esta Ley se ha hecho anteriormente, al clasificarla en relación con la Parte General del Derecho Civil (v. disposición núm. 2).

II. DERECHO REGISTRAL

11. REGISTROS DE LA PROPIEDAD. Se regulan algunos aspectos de su régimen administrativo.

Real Decreto 1935/1983, de 25 de mayo (B. O. E.» de 14 de julio).

A) Exposición:

1. Presentación de documentos en el Registro:

a) Libro-registro de entrada. Se llevará en todos los Registros de la Propiedad y Mercantiles, haciéndose constar en él cuantos escritos se reciban en las oficinas. Diariamente se practicará una diligencia de cierre autorizada bajo la firma del Registrador.

Este libro carecerá de efectos sustantivos y será único para cada Oficina de Registro.

b) Asientos en el libro diario correspondiente. Tomada razón en el registro de entrada, el Registrador practicará el asiento en el libro diario de presentación en la Oficina liquidadora, Registro de la Propiedad, Mercantil, etc..., según proceda.

Si el documento ingresa primero en la Oficina liquidadora, lo cual es ordinario, al término del procedimiento liquidatorio, se sentará en el diario del Registro, salvo petición expresa del presentante.

c) Recibo del documento. Se entregará de inmediato al interesado y en él constarán los datos del mismo en el libro-registro de entrada.

2. Información al público: Se establece la obligación de los Registradores de dedicar un mínimo diario de horas de oficina a la atención de las visitas del público. Las horas de visita deberán darse a conocer al público y comunicarse su fijación a la Dirección General de los Registros.

B) Observaciones:

El presente Real Decreto se limita a regular aspectos de régimen organizativo de los Registros. Sólo plantea alguna dificultad la exigencia de petición expresa del interesado para que no se registren los documentos presentados en la Oficina liquidadora. Con esta regla se limita el principio de voluntariedad de la inscripción, que es propio del sistema registral español.

12. REGISTRO CIVIL. Ratificación del convenio núm. 16 de la Comisión Internacional del Estado Civil.

Instrumento de 30 de enero 1980 («B. O. E.» de 22 de agosto 1983).

El Convenio citado fue hecho en Viena el 8 de septiembre de 1978 y tiene por objeto regular la expedición de certificaciones plurilingües de las Actas del Registro Civil.

Las certificaciones a que se refiere el Convenio son las actas de nacimiento, matrimonio o defunción, que deberán expedirse, cuando se solicite, de conformidad con los modelos anejos al Convenio. Se dan instrucciones para complementar los datos de las certificaciones y determinar los datos de los impresos a utilizar.

13. REGISTRO CIVIL. Instrucciones para la utilización de las certificaciones plurilingües.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de octubre de 1983 («B. O. E.» del 17).

Se abordan en esta Resolución los problemas que ocasiona, para el Registro Civil español, la entrada en vigor del Convenio núm. 16 de la Comisión Internacional del Estado Civil.

Los temas tratados son:

1) Limitación de las personas legitimadas para solicitar una certificación que permita descubrir una filiación no matrimonial o adoptiva, a las indicadas por los artículos 21 y 22 del Reglamento del Registro Civil.

2) Obligación de los encargados de los Registros de informar de la existencia de estas certificaciones.

3) Instrucciones sobre el empleo de los símbolos en las certificaciones y sobre la utilización de las casillas del modelo.

14. ZONAS E INSTALACIONES DE INTERES PARA LA DEFENSA NACIONAL. Se dictan medidas para la formación del Censo de Propiedad Extranjera.

Orden de 21 de octubre de 1983 («B. O. E.» del 3 de noviembre).

A) Exposición.

1. Aplicación del régimen que se establece: La presente Orden entrará en vigor a los seis meses de su publicación.

2. Obligaciones de los Registradores de la Propiedad:

a) Remisión de Fichas: Los Registradores, en cuyos Distritos existan territorios o zonas de acceso restringido a la propiedad de extranjeros deberán remitir mensualmente a las Capitanías Generales fichas expresivas de las transmisiones de dominio o derechos reales sobre terrenos computables en la superficie máxima que se permita a las propiedades extranjeras.

Esta obligación se extiende a los casos de transmisión de propiedades o derechos que vuelvan a recaer en españoles.

b) Excepción: Se exceptúan las transmisiones de derechos reales sobre inmuebles que no impliquen un cambio del dominio, sin perjuicio de la aplicación del régimen anterior en caso de ejecución, si procediera.

c) Territorios afectados por el régimen que establece esta Orden: Son los de los términos municipales que, por Capitanías Generales y Distritos Hipotecarios, se ordenan en el Anexo II.

d) Tramitación y contenido de las fichas: Se remitirán por los Registradores en la primera quincena del mes siguiente al que practique la correspondiente inscripción.

3. Medidas para la formación inicial del Censo:

a) Los Registradores remitirán en el plazo de un año las fichas correspondientes a los asientos vigentes que reflejan actos incluibles en el Censo.

b) Las Capitanías Generales elaborarán planos en los que conste la delimitación de las zonas de acceso restringido a la propiedad de extranjeros para cada término municipal afectado.

c) A efectos de la aplicación de la normativa sobre esta materia se entiende que las expresiones «núcleo urbano», «zona urbanizada» y «zona de ensanche» corresponden al concepto urbanístico de «suelo urbano».

B) Observaciones.

Esta Orden desarrolla la previsión contenida en el artículo 43 del Reglamento de Zonas e Instalaciones de interés para la Defensa Nacional, aprobado por Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero.

De su contenido conviene llamar la atención sobre dos extremos:

1) La formación del Censo con las propiedades actualmente en manos de extranjeros puede resultar, en ocasiones, difícil, dada la poca precisión con que, normalmente se encuentran descritas las fincas en el Registro de la Propiedad.

2) La utilización del concepto urbanístico de «suelo urbano» a efectos de la aplicación del artículo 35 del Reglamento parece excesivamente restringida y, dada su falta de cobertura en norma de rango superior, no puede atribírsele más eficacia que la meramente administrativa interna.

Más acorde con la regulación legislativa y tradicional de la materia hu-

biera sido referir los términos de «zona de ensanche» y «zona urbanizada» al suelo urbanizable programado, del artículo 79 de la Ley del Suelo.

15. REGISTROS DE LA PROPIEDAD. Escalafonamiento de los Registradores de la Propiedad.

Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de diciembre de 1983 («B. O. E.» del 24).

Se establece que, a efectos del escalafón, se tomará como fecha determinante de la antigüedad aquella en que la Dirección General resuelva el concurso convocado. Tal fecha se hará constar en el «B. O. E.» al publicarse el resultado del concurso.

También se fija la fecha aplicable a estos efectos para el concurso convocado el día 21 de diciembre de 1983.

Esta Instrucción encuentra su causa en la atribución de competencia a las Comunidades Autónomas para realizar el nombramiento de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, contenida en diversos Estatutos de Autonomía. En efecto, la pluralidad de actos de nombramiento y la posible dilación en su realización, hacen que la aplicación estricta del artículo 276 de la Ley Hipotecaria conduzca a resultados inicuos.

Los criterios recogidos en la Instrucción y detalladamente argumentados en su Preámbulo son plenamente válidos y es claro su entronque con principios constitucionales. Esta circunstancia fundamenta de modo suficiente la Instrucción, aunque debe estimarse necesario modificar urgentemente la Ley Hipotecaria, para educarla al nuevo régimen competencial.

Finalmente, debe advertirse que la parte dispositiva del texto sólo se refiere a los concursos, no a las oposiciones de ingreso, aunque deben entenderse sujetas al mismo régimen, tal como se indica en el Preámbulo.

III. DERECHO MERCANTIL

16. PAIS VASCO. Ordenación de la actividad comercial.

Ley del Parlamento Vasco 8/1983, de 19 de mayo («B. O. del País Vasco» de 31 de mayo).

A) Exposición.

1. Alcance de la Ley: Se regula en sus aspectos administrativos la actividad comercial desarrollada en el ámbito territorial del País Vasco, entendiéndose por aquélla la mediación entre producción y consumo efectuada con ánimo de lucro para ofrecer a los consumidores y usuarios toda clase de bienes y servicios. Se excluyen los servicios bancarios, de seguros, transportes, profesiones liberales y hostelería...

Se declara la aplicación del principio de libertad de empresa, sin perjuicio de la posible exigencia de condiciones o titulación especiales.

Esta Ley entro en vigor al mes de su publicación en el «B. O. del País Vasco».

2. Ventas especiales: Son las que presentan características singulares y se regulan separadamente por la Ley.

a) Ventas con rebaja: En ellas el comerciante reduce los márgenes como consecuencia del cambio de estación o temporada; deberá señalarse el precio anterior.

Su publicidad tendrá una duración máxima de un mes en cada temporada. Ciertos artículos se excluyen de esta modalidad de venta.

b) Ventas de saldos: Se refiere a productos en desuso o deteriorados, lo cual debe advertirse a los compradores.

c) Ventas en liquidación: Sólo admisible en casos de cese de negocio, transformación de la empresa o siniestro. Su realización deberá ser comunicada a la Administración autonómica.

d) Venta ambulante: Es la realizada fuera de locales comerciales, en puestos o instalaciones desmontables. Además del cumplimiento de la legislación tributaria, de seguridad social y extranjería, se precisa la autorización del Ayuntamiento correspondiente. Este tipo de venta sólo podrá hacerse dos días por semana, salvo autorización municipal.

En los municipios de más de 25.000 habitantes se delimitará un perímetro exceptuado de esta venta, que comprenderá el centro del casco urbano. También se regula la venta en mercadillos o ferias.

e) Ventas a domicilio: En ellas el comerciante toma la iniciativa de venta y los tratos se desarrollan en el domicilio del comprador. Los vendedores deberán inscribirse en un Registro especial y cumplir los requisitos que se establecen.

3. Productos y precios: Los productos deberán cumplir los requisitos del Estatuto del Consumidor para el País Vasco (reseñado en este Anuario XXXVI-II, disposición núm. 9 de la Información legislativa).

Por su parte, los precios, que se fijarán libremente, deberán ser expuestos al público.

4. Publicidad: Se determinan sus condiciones y elementos fundamentales. El Gobierno velará por su veracidad.

5. Acción administrativa: El Gobierno ejercerá sus funciones para la vigilancia de los mercados, para garantizar la distribución de los productos sujetos a control y para la formación técnica y profesional de los comerciantes.

Los Ayuntamientos concederán las licencias de apertura de establecimientos; sujetándose a requisitos especiales los establecimientos de gran superficie de venta al por menor.

Los Ayuntamientos fijarán también los horarios comerciales.

El Gobierno promoverá la reforma de las estructuras comerciales.

Se ordena al Gobierno el ejercicio de la iniciativa legislativa estatal para lograr la regulación de ciertas ventas especiales.

6. Régimen sancionador: Las infracciones a esta Ley determinarán la incurso en responsabilidad administrativa y serán sancionadas con multa, cese temporal de la actividad o cierre del establecimiento.

B) Observaciones.

Esta Ley ofrece evidentes analogías con la Ley del Parlamento catalán de 18 febrero 1983 (reseñada en este Anuario, XXXVI-II, disposición núm. 10 de la Información legislativa) y las dudas sobre su ajuste al sistema de competencias diseñado por la Constitución son también semejantes. Concretamente el aspecto discutible es si la regulación que establece incide en el Derecho mercantil o en las bases de las obligaciones contractuales (art. 149 pl, núms. 6 y 8, de la Constitución) que están reservados exclusivamente al Estado.

En este sentido la Ley vasca parece reducir su alcance a los aspectos administrativos de forma más clara que la Ley catalana, lo cual ha debido ser determinante de que no se haya impugnado ante el Tribunal Constitucional.

17. ENTIDADES ASEGURADORAS. Régimen de la liquidación intervenida. Orden de 30 julio 1983 («B. O. E.» del 17 de agosto).

Se regula el desarrollo de la liquidación de Entidades aseguradoras intervenidas por la Administración; especialmente el nombramiento de liquidadores, que puede llegar a hacerse por las Corporaciones profesionales de Actuarios, a instancia de la Dirección General de Seguros, y las funciones de los mismos.

Cuando aparezca que el activo de la Entidad es inferior al pasivo conocido, se prevé la celebración de una reunión de acreedores para acordar, por unanimidad y sin perjuicio de terceros, las bases de la liquidación. Estas salvedades expresan claramente que no se pretende excluir la aplicación del régimen legal general.

Obviamente, si el acuerdo no se produce queda expedito a los acreedores el cauce procesal ordinario.

Esta Orden complementa la anterior de 2 de septiembre de 1982, sobre intervención administrativa de las Entidades aseguradoras (reseñada en este Anuario, XXXV-IV, disposición núm. 17 de la Información legislativa).

18. INSTITUTO NACIONAL DE INDUSTRIA. Régimen de su participación en Empresas.

Real Decreto 2.521/1983, de 3 de agosto («B. O. E.» del 24 de septiembre).

El presente Decreto contiene tres normas distintas:

— Permite el cumplimiento del requisito consistente en que el INI sea titular de un porcentaje del capital social de Empresas mediante su participación indirecta, a través de otras Empresas en las que sea mayoritario.

— Reitera la exigencia de aprobación del Consejo de Ministros para la transmisión de acciones por el INI a Empresas en las que tenga participación mayoritaria; y

— Excluye a las transmisiones de acciones entre el INI y las Empresas en que participe mayoritariamente del régimen de oferta pública de adquisición de valores regulado por el Real Decreto 1.848/1980, de 5 de septiembre.

Razones de organización, mayor agilidad y racionalidad son las alegadas para fundar la disposición.

19. **SEGUROS.** Límites cuantitativos de las indemnizaciones a cargo del Seguro Obligatorio del Automóvil.

Real Decreto 2.690/1983, de 13 de octubre («B. O. E.» del 22).

Se modifica el artículo 23 del Reglamento del Seguro Obligatorio del Automóvil para incorporar los límites de indemnización actualizados por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 10 de noviembre de 1982 (reseñada en este Anuario XXXVI-I y disposición núm. 19 de la Información legislativa).

Los mismos límites se aplican al Seguro Obligatorio del Cazador.

Las tarifas de ambos Seguros son objeto también de actualización mediante sendas Ordenes de 14 de octubre.

20. **INDUSTRIAS.** Se regula la Reconversión y Reindustrialización.

Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre.

A) Exposición.

La presente disposición viene a sustituir a la vigente Ley de Reconversión Industrial, 21/1982, de 9 de junio (véase en este Anuario, XXXV-III, disposición núm. 25, y XXXIV-III, disposición núm. 30, de las respectivas Informaciones legislativas) y tiene también una vigencia transitoria, hasta el 31 de diciembre de 1986, sin perjuicio de la persistencia de las medidas que se adopten en su aplicación.

Básicamente ambas normas son coincidentes en cuanto a su finalidad y a las medidas (tributarias, financieras, laborales y otras) previstas para llevar a cabo la reconversión industrial; por ello, en esta reseña sólo se detallan los aspectos del Real Decreto-Ley que constituyen novedad.

1.º Descripción general: El Gobierno, previa la elaboración de un proyecto de plan de reconversión, declarará, mediante Real Decreto, a un sector industrial o, excepcionalmente a un grupo de empresas, en reconversión, cuando se encuentre en una crisis de especial gravedad y su recuperación se considere de interés general.

El mismo Real Decreto señalará las medidas a adoptar y los beneficios aplicables.

Las empresas afectadas podrán acogerse a la reconversión elaborando un programa de sometimiento a las condiciones establecidas. El incumplimiento de las obligaciones asumidas dará lugar a la pérdida de los beneficios, la restitución de los percibidos, multa y la exigencia de responsabilidad a los administradores por daños causados al Estado.

2. Aspectos particulares: La nueva disposición introduce algunos mecanismos nuevos que tienden a facilitar el desarrollo de la reconversión y se insertan en el Derecho Mercantil.

a) Ejecución del plan de reconversión: El Real Decreto podrá imponer, a las empresas que se acojan al plan, la obligación de formar parte de una sociedad de reconversión o de una agrupación de empresas.

Alternativamente se podrá establecer una Gerencia, como órgano técnico, con personalidad jurídica pública que podrá contratar en régimen de Derecho privado (artículo 7).

b) Las sociedades de reconversión: Serán sociedades, así llamadas expresamente, cuyo objeto social se limite a cumplir los fines que señale el plan de reconversión. Sólo podrán ser socios las empresas acogidas a la reconversión, el Estado estará representado en todos los órganos sociales y sus Estatutos deberán aprobarse por el Ministerio de Industria y Energía.

Estas entidades gozarán de beneficios fiscales y subvenciones.

c) Medidas aplicables a las empresas sujetas a reconversión: Tienen especial interés las siguientes:

— En caso de ampliaciones de capital, las nuevas acciones podrán tener valor nominal inferior al de las antiguas, pero gozarán de iguales derechos a las de mayor nominal (art. 10).

— Podrán gozar de préstamos participativos, en los cuales el prestamista participa en los beneficios líquidos de la empresa, aparte del interés pactado. En ellos el prestatario no podrá anticipar la amortización, se considerarán fondos propios del mismo, a efectos de fijar su solvencia y los créditos de los prestamistas ocuparán un orden prelativo posterior a los comunes, todos en igual rango.

— Sus acciones cotizables oficialmente en Bolsa tendrán las ventajas de la cotización calificada.

— En caso de fusión, sólo podrán separarse los accionistas disidentes y en el plazo de un mes. Sus acciones serán reembolsadas o subastadas por la sociedad. Los acreedores sociales no podrán oponerse a la fusión, aunque responderá frente a sus créditos la nueva sociedad.

— Se excluyen de la Ley de prácticas restrictivas de la competencia (art. 1 Ley 110/83, de 20 julio) las prácticas necesarias para la reconversión, conforme declaren los Ministerios de Economía e Industria.

d) Otras disposiciones de índole industrial: El Real Decreto-Ley regula también las Zonas de Urgente Reindustrialización, como medida de fomento de la industria utilizable por el Gobierno, que tiene conocidos antecedentes en el Derecho español (Polos y Polígonos industriales, Areas de preferente localización, etc.). Esta declaración se aplicará a las áreas del territorio nacional especialmente afectadas por la crisis de un sector en reconversión y dará lugar a la concesión de beneficios.

Finalmente, se transforma el Organismo autónomo Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial en Entidad de Derecho público actuante en régimen de Derecho privado. Como aclara la disposición transitoria primera, las empresas ya sujetas a reconversión en la fecha de entrada en vigor de la nueva regulación continuarán rigiéndose por su plan vigente.

B) Observaciones.

La exposición realizada evidencia que el Real Decreto-Ley utiliza una serie de instituciones y figuras jurídicas de forma totalmente instrumental, alterando notablemente sus características esenciales.

Las desviaciones respecto al régimen común son especialmente destaca-

bles en relación con las sociedades, pues, tal como se configuran por la disposición, llegan a ser irreconocibles. Reglas típicas sobre composición de los órganos sociales, adopción de acuerdos, régimen contable, acciones, y fusiones, quedan modificadas en su aplicación a las sociedades en reconversión y a las sujetas a reconversión, que resultan sometidas a un Estatuto particular.

Algo parecido ocurre con la personalidad jurídica, cada vez utilizada de forma más artificial por las disposiciones administrativas.

Por último, debe indicarse la tipificación legal de los «créditos participativos», definidos en el artículo 11 como modalidad de préstamo y cuyas notas generales, no el régimen particular, son trasladables a otros sectores.

21. INTERMEDIARIOS FINANCIEROS. Regulación de los coeficientes de Caja.

Ley 26/1983, de 26 de diciembre («B. O. E.» del 27).

A efectos de esta Ley, se consideran intermediarios financieros las Entidades dedicadas a tomar dinero de terceros para prestarlo o colocarlo en inversiones financieras (sin comprender la suscripción de acciones o adquisición de participaciones sociales). Se incluyen, pues, los Bancos, Cajas de Ahorro, Cooperativas de Crédito, Sociedades de Crédito Hipotecario, Entidades de Financiación, Sociedades Mediadoras del Mercado de Dinero y demás similares.

El Ministerio de Economía y Hacienda podrá imponer a estas entidades coeficientes de caja, que deberán materializarse en los activos que se determinen, hasta un límite del 20 por 100 de los saldos de las operaciones o de su incremento en un tiempo determinado.

Corresponderá al Banco de España determinar los niveles de los coeficientes y los métodos para su cómputo.

El mismo «B. O. E.» publica tres Ordenes del Ministerio de Economía y Hacienda sobre esta materia; dos anteriores a la Ley, de 20 de diciembre, aplicables a la Banca privada y a las Cajas de Ahorro, sobre coeficientes de inversión; la otra, de 26 de diciembre se dicta ya en aplicación de la Ley, determinando su ámbito de aplicación y el régimen del coeficiente de Caja.

Precisamente esta última Orden suscita grandes dudas en cuanto a su validez. En efecto, la Ley reseñada carece de una disposición especial que regule su entrada en vigor, luego ésta debería producirse con arreglo al artículo 2.1 del Código civil, es decir, a los veinte días de su publicación en el «B. O. E.». Por consiguiente, el día 26 de diciembre, fecha de la Orden, la Ley que constituye su fundamento no estaba en vigor, ni siquiera había sido publicada. Pero, es más, la Orden citada dispone su vigencia desde el mismo día de su publicación, mientras la Ley no entra en vigor hasta veinte días después. Todo ello determina que la referida Orden deba entenderse carente de la cobertura legal necesaria, por lo menos en tanto no entre en vigor la Ley 26/1983.

Advertido este defecto técnico, y para corregirlo, se dictó la Orden de 4 de enero de 1984 («B. O. E.» del 7), que difiere la entrada en vigor de la

anteriormente dictada, hasta que alcance vigencia la Ley en que se fundamenta.

IV. DERECHO PROCESAL

22. PROCESOS LABORALES. Cuantía mínima para acceder al recurso de suplicación ante el Tribunal Central de Trabajo.

Real Decreto 1.896/1983, de 15 de junio (B. O. E.» del 11 de julio).

Se fija en 200.000 pesetas la cuantía establecida en el artículo 153 de la Ley de Procedimiento Laboral (Real Decreto legislativo 1.568/1980, de 13 de junio) como mínima para acceder al recurso de suplicación.

Llama la atención, en esta disposición, la redacción de la disposición transitoria en forma negativa, ya que parece más adecuado y claro expresar positivamente que el nuevo límite cuantitativo se aplicará sólo a los procesos en que la resolución de instancia se dicte una vez en vigor el presente Real Decreto.

V. OTRAS DISPOSICIONES

23. PRESUPUESTOS DEL ESTADO. Aprobación de los Presupuestos Generales del Estado para 1983.

Ley 9/1983, de 13 de julio («B. O. E.» del 14).

Se aprueban los Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio económico de 1983. Como viene siendo habitual la Ley presupuestaria introduce algunas modificaciones en el régimen de algunos tributos, con efectos en el ejercicio del Presupuesto.

En la presente Ley se contiene una nueva escala de gravamen para el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el régimen para la corrección monetaria de incrementos o disminuciones patrimoniales, los tipos de gravamen del Impuesto sobre Sociedades y otras normas para la exacción de este Impuesto, así como para la del Impuesto de Lujo e Impuesto especial sobre el Petróleo.

Ofrece especial interés el artículo 36, sobre obligaciones de información tributaria, más completo que el artículo 27 de la Ley 5/1983, de 29 de junio (reseñada en este Anuario, XXXVI-III, disposición núm. 18 de la Información legislativa).

En el citado artículo se reitera la obligación de los fedatarios que intervengan en la emisión, suscripción y transmisión de títulos-valores de comunicarlo a la Administración cuando les sea requerido. La misma obligación se impone a los intermediarios financieros y a las personas que promuevan la inversión en metales, sellos o monedas, respecto de la emisión de los documentos representativos de las adquisiciones. También se repite la facultad de la Administración para requerir datos referentes a operaciones sobre títulos-valores y para examinar los libros, registros o protocolo de fedatarios e intermediarios con fines de investigación tributaria. Los datos obtenidos quedarán reservados y sólo serán utilizables a efectos tributarios o de denuncia de delitos públicos.

24. DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agro-alimenticia.

Real Decreto 1.945/1983, de 22 de junio («B. O. E.» del 15 de julio).

El presente Real Decreto es una refundición y actualización de las disposiciones sobre infracciones a la disciplina de mercado y a las normas de sanidad alimentaria. Buena prueba de ello, aparte de los términos de la Exposición de Motivos, es la disposición final 2.ª, que enumera las normas derogadas.

Como corresponde a su naturaleza, este Decreto sólo afecta al régimen administrativo de la defensa del consumidor y de la producción agro-alimentaria, con exclusión de los aspectos de otro orden, mercantil, civil o penal, que puedan revestir las conductas tipificadas.

Las infracciones se clasifican en las siguientes categorías:

1.ª Infracciones sanitarias.

2.ª Infracciones en materia de protección al consumidor, distinguiéndose las debidas a alteración, adulterio o fraude en bienes y servicios susceptibles de consumo, las relativas a trasacciones comerciales, condiciones técnicas de venta y precios, y las que afectan a la normalización y condiciones de venta o suministro.

3.ª Infracciones en materia de defensa de la calidad de la producción agroalimentaria, que, a su vez se subdivide en antirreglamentarias, por clandestinidad y por fraude.

4.ª Otras infracciones.

Las infracciones se califican como leves, graves y muy graves, sancionándose con multa, que puede llegar hasta el décuplo del valor de los productos o servicios, e, incluso, con el cierre temporal de la Empresa.

El plazo de prescripción de estas infracciones se fija en cinco años.

Tienen interés dos preceptos especiales sobre la responsabilidad de los infractores.

— El primero se refiere a la imputabilidad de infracciones a personas jurídicas, disponiéndose la posibilidad de ser considerados responsables quienes integren sus órganos rectores o de dirección y los técnicos responsables.

— El segundo problema la compatibilidad de este régimen administrativo con las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan exigirse a los infractores.

25. DERECHO DE REUNION. Régimen general.

Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio («B. O. E.» del 18).

A) Exposición.

1. Ambito de aplicación de la Ley: La Ley regula el ejercicio del derecho de reunión pacífica y sin armas, y tiene carácter general y supletorio de cualquier otra regulación específica de la materia.

Se entiende por reunión la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas con finalidad determinada.

No se someterán al régimen de esta Ley las reuniones de personas físicas en sus domicilios, las familiares y amistosas, las celebradas por personas jurídicas para sus fines, las profesionales y las reguladas por las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

Serán ilícitas las reuniones tipificadas por las leyes penales.

2. Régimen general: Las reuniones no estarán sometidas a previa autorización y la autoridad gubernativa protegerá su celebración.

Los organizadores deberán estar en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y responderán del buen orden de las reuniones. Sólo responderán civilmente de los daños causados a terceros cuando hayan omitido la diligencia razonable exigible.

La autoridad podrá suspender y disolver las reuniones ilícitas, las que alteren el orden y las que tengan asistentes con uniformes paramilitares.

3. Régimen especial de ciertas reuniones:

a) Reuniones en lugares cerrados: Los organizadores podrán solicitar la presencia de delegados de la autoridad gubernativa.

b) Reuniones en lugares de tránsito y manifestaciones: Su celebración deberá comunicarse a la autoridad por los organizadores con una antelación mínima de diez días, y, en caso de urgencia de veinticuatro horas. La autoridad podrá prohibir la reunión o proponer su modificación si existen razones fundadas para temer una alteración del orden con peligro para personas y bienes. La resolución correspondiente deberá notificarse en breve plazo, siendo recurrible en vía contenciosa-administrativa en las 48 horas siguientes. El recurso se ajustará a la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, de la persona.

B) Observaciones.

La Ley es desarrollo inmediato del artículo 21 de la Constitución y simplemente traza las líneas fundamentales para el ejercicio del derecho de reunión. Se deroga expresamente la anterior Ley reguladora, 17/1976, de 29 de mayo, que no se ajustaba a los principios constitucionales.

26. COMUNIDADES AUTONOMAS. Normas para el traspaso de funciones y servicios del Estado y para el funcionamiento de las Comisiones Mixtas.

Reales Decretos 1.956 a 1.959/1983, de 29 de junio («B. O. E.» del 19 de julio).

Estos Reales Decretos aprueban las normas elaboradas por las Comisiones Mixtas de Transferencias previstas en los Estatutos de Autonomía de Castilla-León, Extremadura, Islas Baleares y Madrid. Su contenido es idéntico, refiriéndose al funcionamiento de la Comisión, acuerdos de traspaso de servicios, efectos del traspaso y situación de los funcionarios afectados.

Para el Derecho civil interesa destacar dos normas recogidas en los Decretos, que reproducen preceptos similares de los restantes Estatutos de Autonomía (v. art. 10 de los Decretos de referencia).

Por una parte, se considera título suficiente para inscribir en el Re-

gistro de la Propiedad el traspaso de inmuebles la certificación de la Comisión Mixta sobre los acuerdos de transferencia. Tal certificación debe cumplir los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria, que son, sin duda, los del artículo 206 de la Ley y 303 y sig. del Reglamento, aunque deban ser objeto de alguna adaptación a las circunstancias del caso.

Por otro lado, como en los derechos y obligaciones traspasados se subroga la Comunidad Autónoma en el mismo lugar que ocupaba el Estado, el cambio de titularidad en arrendamientos de locales no se reputará traspaso y el arrendador no podrá extinguir o modificar el contrato (sobre todo se excluye la elevación de la renta).

27. TRABAJO. Regulación de jornadas, horas extraordinarias y descansos.

Real Decreto 2.001/1983, de 28 de julio («B. O. E.» del 29).

Esta disposición es consecuencia de la Ley 4/1983, de 29 de junio (reseñada en este Anuario XXXVI-III, disposición núm. 17 de la Información legislativa) y se funda en la autorización contenida en su disposición adicional.

Se regulan de forma general tres materias:

1) Jornada de trabajo, distinguiendo la ordinaria de las especiales, en las que se incluye: ampliaciones de jornada (empleados de fincas urbanas, trabajo de campo, transportes por carretera...) y limitaciones (tiempos de exposición al riesgo, minas, construcciones, cámaras frigoríficas...).

2) Horas extraordinarias, con especial referencia al cálculo de su retribución, y

3) Descanso semanal y fiestas.

La detallada disposición derogatoria evidencia que esta norma viene a ser un texto refundido de la materia.

28. PROTOCOLO. Se aprueba el Ordenamiento General de Precedencias en el Estado.

Real Decreto 2.099/1983, de 4 de agosto («B. O. E.» del 8).

El Ordenamiento establece el régimen de precedencias de los cargos y entes públicos en los actos oficiales. A este efecto se clasifican los actos oficiales y se determinan los rangos de ordenación.

En Títulos separados se regulan la precedencia de autoridades en los actos oficiales de carácter general organizados por la Corona, el Gobierno o la Administración del Estado, distinguiendo los que se celebran en Madrid de los celebrados en otra Comunidad Autónoma, y la ordenación de Instituciones y Corporaciones en los actos oficiales de carácter general organizados por la Corona, el Gobierno o la Administración del Estado.

29. CONTROL DE CAMBIOS. Modificación de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre régimen jurídico del control de cambios.

Ley Orgánica 10/1983, de 16 de agosto («B. O. E.» del 18).

Se modifica el Capítulo II de la Ley citada, que regula los «Delitos monetarios» (arts. 6 a 9).

Las modificaciones introducidas son muy limitadas, algunas simplemente terminológicas. Son de mayor entidad las dos siguientes:

1) Nueva tipificación de uno de los supuestos de hecho, al señalarse que cometen delito monetario los residentes que, sin la preceptiva autorización, adquieran a título oneroso bienes muebles o inmuebles sitos en el extranjero o títulos mobiliarios emitidos en el exterior, aceptaran préstamos o créditos de no residentes o se los otorgaren, o garantizaran obligaciones de no residentes (art. 6 A), 3.º de redacción poco afortunada), y

2) Responsabilidad civil subsidiaria de las Sociedades, Empresas o personas integrantes de organizaciones en cuyo seno se hubieren cometido los delitos monetarios (art. 9 p3 párf. 2.º).

La Ley modificadora entra en vigor a los treinta días de su publicación. Se prevé, finalmente, que el resto de la Ley 40/1979 pueda ser modificado por Ley ordinaria.

30. ADMINISTRACION DEL ESTADO. Se regula su Organización central. Ley 10/1983, de 16 de agosto («B. O. E.» del 18).

Esta Ley es el resultado de la tramitación parlamentaria como Proyecto del Real Decreto-Ley 22/1982, de 7 de diciembre al que deroga expresamente (véase su reseña en este Anuario, XXXVI-I, disposición núm. 29 de la Información legislativa).

En ella se determinan: la composición y funcionamiento del Gobierno, las funciones del Presidente y del Vicepresidente del Gobierno, sus órganos auxiliares, los órganos superiores de los Departamentos ministeriales, y las generalidades sobre los Gabinetes de los Ministerios.

Es elogiable la claridad con que se precisan las normas hábiles para operar cambios organizativos en la Administración Central; así, los Ministerios se crearán, modificarán o suprimirán por Ley aprobada por las Cortes Generales; los órganos inferiores hasta Subdirecciones Generales por Real Decreto y los restantes por Orden ministerial.

Finalmente se anuncian futuras medidas normativas en esta materia y se afirma la plena validez de las normas dictadas en aplicación del citado Real Decreto-Ley 22/1982.

31. AYUDAS AL ESTUDIO. Se regula el sistema de becas y otras ayudas al estudio de carácter personalizado.

Real Decreto 2.298/1983, de 28 de julio («B. O. E.» del 27 de agosto).

Esta disposición establece el régimen general de las ayudas al estudio, entendiéndose por tales las cantidades o beneficios que el Estado conceda a quienes deseen realizar o se encuentren realizando estudios para su promoción educativa, cultural, profesional y científica, así como los premios a aprovechamientos académicos de excepcional calidad.

Se indican las condiciones generales para ser beneficiario, distinguiéndose, además, las ayudas de carácter general y las de carácter especial. Las primeras se destinan a los alumnos de niveles no obligatorios de enseñanza, en función de la renta familiar y el aprovechamiento académico. Las ayudas especiales estarán sujetas a normas específicas, según su tipo.

También se regula el régimen de control y la incompatibilidad de las ayudas entre sí.

32. UNIVERSIDADES. Reforma universitaria.

Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto («B. O. E.» del 1 de septiembre).

La Ley establece un nuevo régimen jurídico para las universidades y el personal que presta servicio en ellas.

Una proclamación general inicia el texto legal: El servicio público de la educación superior corresponde a la Universidad, que lo realiza mediante la docencia, el estudio y la investigación. A continuación, la ley enumera las funciones de las universidades, formula el principio de libertad académica y destaca la personalidad jurídica y autonomía de las universidades.

La creación de universidades se hará por Ley, de la Comunidad Autónoma correspondiente o del Estado y su organización se regula con detalle por la presente Ley. Los Estatutos se elaborarán por cada universidad y serán aprobados por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

El Título IV de la Ley se refiere al estudio en la universidad y, después de configurarlo como derecho y deber, alude a los procedimientos de selección para ingreso, títulos, planes de estudio, ciclos y convalidaciones.

Se configuran nuevos Cuerpos docentes para el profesorado universitario, que son: Catedráticos de Universidad, profesores Titulares de Universidad, Catedráticos de Escuelas Universitarias y Profesores Titulares de Escuelas Universitarias. Respecto de cada uno se regulan con detalle los procedimientos de acceso.

También es objeto de regulación el personal de Administración y Servicios y el régimen financiero de las Universidades.

La última parte de la Ley regula las universidades privadas reconociendo la libertad para su creación, pero asegurando el control del Gobierno en cuanto a los centros integrantes y homologación de títulos. Las universidades privadas deberán ser reconocidas por Ley regional o estatal.

Finalmente, la Ley contiene varias disposiciones adicionales en las que se regulan, entre otras materias, las especialidades de la UNED y de los Colegios Mayores, y disposiciones transitorias, principalmente referentes al profesorado.

Aunque esta Ley se califica de Orgánica, la disposición final 3.^a atribuye este carácter sólo a los títulos preliminar, IV y VIII; así, pues, se procede en la forma recomendada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 13 febrero 1981, sobre el Estatuto de Centros Escolares (con criterios repetidos en la sentencia de 5 de agosto de 1983, sobre la LOAPA).

Se deja expresamente en vigor la Ley 8/1983, de 29 de junio (reseñada en este Anuario, XXXVI-III, disposición núm. 19 de la Información legislativa), sobre órganos de gobierno de las universidades, mientras no entren en vigor los nuevos Estatutos.

Aparte de ésta, se derogan todas las anteriores disposiciones que se opongan a la nueva Ley e incluso, aunque no se opongan a ella, si regulan las mismas materias, pasarán a tener carácter reglamentario.

33. GALICIA. Normalización lingüística.

Ley del Parlamento gallego 3/1983, de 15 junio («B. O. E.» del 6 de septiembre).

A) Exposición.

La presente Ley tiende a garantizar la igualdad del gallego y del castellano como lenguas oficiales de Galicia y a asegurar la normalización del gallego como lengua propia del pueblo de aquella región. Se trata, pues, de una disposición totalmente asimilable a la Ley de la Generalidad de Cataluña de 18 abril 1983 (reseñada en este Anuario, XXXVI-III, disposición núm. 14 de la Información legislativa), con la que coincide en casi la totalidad de su texto.

1. Principios generales: El gallego es la lengua propia de Galicia. Los gallegos tienen el deber de conocerlo y el derecho de usarlo. Los poderes públicos garantizarán el uso del gallego y del castellano y los Tribunales protegerán el derecho a usar la lengua propia.

2. Uso oficial del gallego. El gallego es lengua oficial de la Comunidad Autónoma y entidades dependientes, así como el castellano, que es lengua oficial del Estado.

Las normas y resoluciones gallegas se publicarán en las dos lenguas en el «Diario Oficial de Galicia».

Los ciudadanos tienen derecho a usar el gallego en sus relaciones con la Administración en el territorio de la Comunidad Autónoma, surtiendo efectos las actuaciones administrativas cualquiera que sea la lengua oficial empleada.

También en las relaciones con la Administración de Justicia los ciudadanos podrán utilizar cualquiera de las dos lenguas oficiales.

Los documentos públicos otorgados en Galicia podrán redactarse en gallego o castellano, como acuerden las partes.

En los Registros públicos autonómicos los asientos se harán en la lengua oficial del documento inscribible. En los demás Registros públicos la Junta de Galicia promoverá el uso normal del gallego.

La forma oficial de los topónimos de Galicia será la gallega.

En los concursos y oposiciones para promover puestos en la Administración de Justicia, Notarías y Registros de la Propiedad y Mercantiles será mérito preferente el conocimiento del gallego.

3. El gallego en la enseñanza: El gallego es también lengua oficial en la enseñanza y materia de estudio obligatorio.

En el nivel universitario, profesores y alumnos tendrán derecho a emplear la lengua oficial de su preferencia.

4. Otras disposiciones: El Gobierno gallego dirigirá el proceso de normalización del gallego, con atención especial a los medios de comunicación.

B) Observaciones.

Como la ley catalana en que se inspira, la presente parece sobrepasar los límites constitucionales de las competencias autonómicas. Téngase en cuenta que el marco normativo fundamental, sobre esta materia, está integrado

por el artículo 3 de la Constitución y el 5 del Estatuto de Autonomía de Galicia, pero sin que sea admisible llegar a invadir materias reservadas a la competencia estatal.

Puede, así, considerarse que la regulación del empleo del gallego ante la Administración de Justicia o en los documentos públicos y la atribución del carácter de mérito preferente a su conocimiento para la selección de funcionarios de dicha Administración y de Notarios o Registradores, vulnera directamente el artículo 149 de la norma fundamental) pl. números 5 y 8).

Por otra parte, tiene interés destacar el deber que se impone a los gallegos de conocer la lengua propia (art. 1.º), aunque obviamente esta declaración no es técnicamente admisible.

Por las razones expuestas debe esperarse que esta Ley sea impugnada ante el Tribunal Constitucional, al igual que la ley catalana que ha utilizado como modelo.

34. ANDALUCIA. Se regula la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma.

Ley del Parlamento andaluz 5/1983, de 19 julio («B. O. E.» del 6 de septiembre).

Esta Ley sólo constituye una adaptación a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la Ley General Presupuestaria, de 4 enero 1977. Se regulan, pues, las mismas materias contenidas en esta última, pero relativas al ámbito comunitario.

Puede destacarse la regulación de las deudas de la Comunidad Autónoma, sus prerrogativas para el cobro del tributo, interés de demora, prescripción de derechos y obligaciones, fuentes de las obligaciones, exclusión de la vía de apremio o régimen de los títulos de la Deuda Pública autonómica.

35. VIVIENDAS. Protección oficial a su rehabilitación.

Real Decreto 2.329/1983, de 28 de julio («B. O. E.» del 7 de septiembre).

Ante la situación de progresivo deterioro del patrimonio inmobiliario y como ampliación de las recientes disposiciones de fomento de su rehabilitación, se regula la protección oficial y financiación de estas operaciones.

El Real Decreto define las actuaciones de rehabilitación y fija los requisitos para gozar de los beneficios que establece, de índole financiera y tributaria.

Los regímenes previstos son: rehabilitación libre, protegida de promoción privada y protegida de promoción pública. Podrán también declararse «áreas de rehabilitación integrada» para conjuntos urbanos, y áreas rurales de interés arquitectónico, histórico-artístico, cultural, ambiental o social.

36. MATERIAL AUDIOVISUAL. Régimen administrativo de su venta, distribución y exhibición pública.

Real Decreto 2.332/1983, de 1 de septiembre («B. O. E.» del 8).

La nueva regulación tiene por finalidad colaborar a proteger los derechos del titular de la explotación de las obras originales y someter los locales de exhibición de este material al Reglamento General de Policía de Espectácu-

los Públicos y Actividades Recreativas, aprobado por el Real Decreto 2.816/1982, de 27 de agosto (reseñado en este Anuario, XXXV-I, disposición número 27 de la Información legislativa).

A estos efectos se establece la necesaria obtención de un certificado de calificación, expedido por el Ministerio de Cultura para proceder a la exhibición, distribución o venta de material audiovisual, el cual deberá acompañar a cada una de las copias que se utilicen.

Los locales en que se realice la exhibición deberán ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento General citado, especialmente a las normas sobre salas de exhibición cinematográfica si se dedican a la mera reproducción de tales obras.

Las infracciones a este régimen serán sancionadas administrativamente, sin perjuicio, claro está, de las posibles responsabilidades de otro orden en que incurren los infractores.

37. PALOMAS MENSAJERAS. Se regula su tenencia y utilización.

Real Decreto 2.571/1983, de 27 de septiembre («B. O. E.» del 1 de octubre).

Esta disposición establece el régimen administrativo de la cría, educación, fomento y utilización de palomas mensajeras, que se sujetan al control del Ministerio de Defensa.

Dos de las normas que se establecen pueden afectar, de algún modo, al ordenamiento privado, son:

— Cada paloma deberá llevar una anilla numerada y cerrada de la persona propietaria del palomar origen.

— Toda persona que encuentre palomas mensajeras estará obligada a entregarlas a la Guardia Civil o Autoridad Militar más cercana en un plazo no superior a 48 horas.

Tales mandatos incidirán en la aplicación de los artículos 613, 616 y 645 del Código Civil, por ejemplo.

Evidentemente, el incumplimiento de los preceptos de este Decreto determina que surja sólo responsabilidad administrativa.

38. COMUNIDADES AUTONOMAS. Regulación del Proceso Autonómico. Ley 12/1983, de 14 de octubre («B. O. E.» del 15).

La presente Ley está integrada por los preceptos de la Ley Orgánica para la Armonización del Proceso Autonómico que no fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 5 de agosto de 1983.

El texto legal se distribuye en los siguientes Títulos: Disposiciones generales (sobre las relaciones entre el Gobierno y las Comunidades Autónomas), Comunidades Autónomas y Diputaciones Provinciales, Régimen general de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, Transferencias de servicios, reforma de la Administración del Estado y Función Pública.

De su contenido puede destacarse la previsión expresa de que las Comunidades Autónomas se regulen por las normas administrativas principales del Estado, y el régimen para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transferencia de bienes inmuebles estatales a las Comunidades, aunque ambas regulaciones no constituyen novedad.

La Ley sólo comenzará su vigencia a los cinco meses de su publicación,

con arreglo a su disposición final 1; dilación de entrada en vigor que estaba justificada con el contenido primitivo de la LOAPA, pero que carece totalmente de fundamento para la norma a que ha quedado reducida. Incluso, las materias reguladas ahora, de índole procedimental y organizativa, precisarían de la entrada en vigor inmediata del texto.

39. ADMINISTRACION DEL ESTADO. Regulación de los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas.

Ley 17/83, de 16 de noviembre («B. O. E.» del 26).

La figura de los Delegados en las Comunidades Autónomas, prevista en el artículo 154 de la Constitución, se encontraba regulada por el Real Decreto 2.238/1980, de 10 de octubre, modificado por el también Real Decreto 739/1981, de 24 de abril.

Esta Ley pretende regular de forma más solemne tal órgano, al tiempo que flexibilizar su régimen.

La nueva Ley determina las funciones del Delegado del Gobierno y establece su estatuto (nombramiento, incompatibilidades, sede, sustitución, organización).

El Delegado del Gobierno es el representante del Gobierno en el territorio de la Comunidad Autónoma y la superior autoridad de la Administración Civil del Estado en el mismo. Conforme a ello le corresponde dirigir y coordinar su actuación, así como cooperar con la Administración autonómica.

El Delegado podrá asumir las funciones de Gobernador Civil en la provincia de su sede, lo cual siempre se producirá en las Comunidades Autónomas uniprovinciales.

Las responsabilidades civiles o penales en que incurran los Delegados del Gobierno por hechos realizados en ejercicio de sus funciones será exigible ante la Sala competente del Tribunal Supremo.

40. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS. Regulación de la estimación objetiva singular.

Real Decreto 2.933/1983, de 13 de octubre («B. O. E.» del 28 de noviembre).

Se modifican los artículos 97 a 105 del Reglamento del Impuesto aprobado por Real Decreto 2.384/1981, de 3 de agosto, reguladores de la estimación objetiva singular de la base imponible.

Este régimen de estimación se configura como voluntario, aplicable sólo a solicitud del sujeto pasivo (art. 98).

Podrán acogerse a este régimen los sujetos pasivos que ejerzan actividades empresariales, profesionales o artísticas de pequeña entidad, es decir, que no sobrepasen los límites de volumen de operaciones o personal trabajador que se establecen.

Se regula el procedimiento para determinar el rendimiento neto sujeto a tributar, distinguiendo el régimen normal y el procedimiento simplificado. Este último exige, para su aplicación, requisitos más estrictos (menor dimensión de la empresa) y el resultado que se obtiene es prácticamente artificial.

Los sujetos pasivos a los que se aplique este régimen deberán cumplir los requisitos formales y realizar los pagos fraccionados correspondientes.

41. HACIENDAS LOCALES. Medidas urgentes de saneamiento y regulación.

Ley 24/1983, de 21 de diciembre («B. O. E.» del 22).

A) Exposición.

1. Saneamiento de las Haciendas Locales. El Estado cubrirá, mediante subvención, el déficit real que presenten a 31 de diciembre de 1982 las Entidades Locales y los Organismos y Empresas locales con personalidad jurídica propia. Para acogerse a las medidas de saneamiento los Entes locales deberán cumplir los requisitos que establece la Ley y sujetarse a los correspondientes controles.

2. Medidas relativas al transporte colectivo, urbano e interurbano: Estos servicios se considerarán de interés público metropolitano a efectos de su gestión por una Corporación Municipal Metropolitana, y su financiación se hará con los siguientes medios:

a) Recargo sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, exigible a los residentes con independencia del que puedan establecer los Ayuntamientos integrados.

b) Recargo sobre la base liquidable de la Contribución Territorial Urbana.

3. Imposición Municipal:

a) Recargo sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: Podrá establecerse por los Ayuntamientos y consistirá en un porcentaje único aplicable sobre la cuota líquida del Impuesto.

Los Ayuntamientos deberán acordar su imposición y fijar el tipo del recargo que se exigirá a los contribuyentes con residencia habitual en el término municipal conjuntamente con el impuesto.

b) Contribuciones territoriales Urbana y Rústica y Pecuaria: A partir de 1984 el tipo podrá ser fijado libremente por los Ayuntamientos, aplicándose, mientras tanto, los tipos del 20 por 100 para la Urbana y 10 por 100 para la Rústica y Pecuaria.

4. Aplicación de la Ley: Entró en vigor el día siguiente a su publicación. El Recargo sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que impongan los Ayuntamientos, será exigible, por primera vez, a los contribuyentes cuyo período impositivo finalice el 31 de diciembre de 1983, cuando se apruebe en dicho ejercicio.

B) Observaciones.

La presente Ley trata de ofrecer medios para eliminar la actual situación deficitaria de las Corporaciones Locales, preparando la elaboración de una futura Ley de Financiación de las Entidades Locales.

La parte más llamativa de la Ley, por su incidencia directa sobre los ciudadanos es la relativa a la Imposición local. Destaca especialmente la falta de límites generales para los tipos de las Contribuciones Territoriales y para el Recargo del Impuesto sobre la Renta (ni siquiera afectado por el artículo 28.2 de la Ley del Impuesto), que podrán establecerse libremente

por los Ayuntamientos. Ello supone, por una parte, que el único límite a la tributación local será el establecido de forma general por la Constitución (art. 31.1), y, por otra, que se producirán importantes diferencias entre los territorios de municipios distintos, en orden a la imposición.

Especialmente gravosa parece que resultará la residencia en grandes ciudades o Areas metropolitanas, dada la necesidad de financiar los transportes colectivos independientemente de las cargas municipales ordinarias. En el futuro, pues, el régimen fiscal municipal podrá ser un dato relevante a la hora de fijar el lugar de residencia habitual.

Finalmente, debe indicarse que la Ley admite la posibilidad de que el Recargo del Impuesto sobre la Renta se aplique para el ejercicio 1983, lo cual, aparte de la cierta retroactividad que supone, lleva consigo una contradicción con la propia Ley, ya que resulta imposible ajustar su imposición al procedimiento regulado por la Ley 40/1981, de 28 de octubre (la Ley entró en vigor el día 23 de diciembre: cfr. los arts. 18 y 19 de la Ley 40/1981).

42. ALTOS CARGOS DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO. Se regulan sus incompatibilidades.

Ley 25/1983, de 26 de diciembre («B. O. E.» del 27).

Esta Ley se aplica a los cargos administrativos superiores al nivel de Director General, a los puestos directivos de entidades estatales autónomas, entidades de la seguridad social, empresas públicas e instituciones financieras públicas y a los delegados del Gobierno y miembros de ciertos órganos administrativos, tal como detalla el artículo 1.º.

El ejercicio de estos cargos se realizará, en general, bajo el régimen de dedicación absoluta, sin poderse percibir más de una remuneración presupuestaria, sin perjuicio de las dietas, indemnizaciones y asistencias compatibles. En particular, será incompatible con el ejercicio de la profesión, directamente o por sustitución.

Será requisito necesario para la formalización notarial e inscripción en el Registro Mercantil de las escrituras de constitución, modificación, transformación, fusión y absorción de Sociedades, que en ellas se haga constar la prohibición de ostentar cargos las personas declaradas incompatibles por esta Ley.

Igualmente, en los nombramientos para cargos sociales, los interesados habrán de declarar expresamente que no se hallan incurso en las incompatibilidades reguladas por esta Ley (disp. adic. 2.ª).

43. NOTARIOS, AGENTES DE CAMBIO Y BOLSA Y CORREDORES COLEGIADOS DE COMERCIO. Se regula su jubilación.

Ley 29/1983, de 12 de diciembre («B. O. E.» del 28).

La edad para la jubilación forzosa de Notarios, Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores Colegiados de Comercio, se fijan en setenta años. Voluntariamente podrán jubilarse desde los sesenta y cinco años.

Transitoriamente, para regular la entrada en vigor de la Ley, se regulan dos situaciones:

1) Quienes, al entrar en vigor la Ley, hayan cumplido setenta años, se

jubilarán a los 18 meses, a no ser que antes cumplan los setenta y cinco años.

2) Quienes tengan más de sesenta y siete años y menos de setenta, en la misma fecha, se jubilarán cuando transcurra la mitad del tiempo que les falte para cumplir los setenta y tres.

Esta Ley deroga expresamente la de 13 de julio de 1935 sobre régimen de jubilación en el Notariado.

44. **CONTRATOS DE TRABAJO.** Regulación de la contratación temporal. Real Decreto 3.236/1983, de 21 de diciembre («B. O. E.» del 31).

Se prorroga la vigencia de su regulación actual, contenida en el Real Decreto 1.445/1982, de 25 de junio, modificado por el Real Decreto 3.887/1982, de 29 de diciembre (véase su reseña en este Anuario XXXVI-I, disposición número 31 de la Información legislativa).

45. **SALARIO MINIMO.** Se fija el salario mínimo interprofesional para 1984.

Real Decreto 3.238/1983, de 28 de diciembre («B. O. E.» del 31).

Los salarios mínimos para 1984 y en relación con cualquier actividad quedan fijados en:

- 1) Trabajadores mayores de 18 años, 1.158 ptas./día o 34.740 ptas./mes.
- 2) Trabajadores de diecisiete años, 710 ptas./día o 21.300 ptas./mes, y
- 3) Trabajadores de hasta diecisiete años 448 ptas./día o 13.440 ptas./mes.

46. **CONTRATO DE TRABAJO.** Incentivos para la contratación de trabajadores mayores de cuarenta y cinco años.

Real Decreto 3.239/83, de 28 de diciembre («B. O. E.» del 31).

Este Decreto establece los beneficios y requisitos aplicables a las empresas que contraten por tiempo indefinido trabajadores mayores de cuarenta y cinco años que llevan inscritos, como demandante de empleo, un mínimo de un año en la Oficina de Empleo correspondiente. Dichos beneficios se concederán por el Instituto Nacional de Empleo.

47. **COMUNIDADES AUTONOMAS.** Regulación de la cesión de tributos a las mismas, por parte del Estado.

Ley 30/1983, de 28 de diciembre («B. O. E.» del 29).

La Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas 8/1980, de 22 de septiembre, ya previó que una Ley específica regulase la cesión de tributos del Estado, diseñando un marco de referencia igual para todas las comunidades Autónomas (art. 10). Precisamente la nueva Ley trata de garantizar la autonomía financiera de las Comunidades y asegurar la coherencia del ordenamiento tributario (Exp. de Motivos).

La Ley indica, en primer lugar, cuáles son los tributos cedibles a las Comunidades Autónomas, debiendo destacarse que sus preceptos son aplicables a todas las Comunidades, excepto el País Vasco y Navarra, acogidas al régimen de Concertos económicos. Se ceden los Impuestos sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, sobre las Sucesiones y, sólo parcialmente, las que gravan las Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados, el Lujo y las tasas y exacciones sobre el juego.

Se determina cuál es la normativa aplicable y los puntos de conexión para la competencia de las Comunidades Autónomas en relación con cada tributo.

También detalla la Ley el régimen de competencias para los actos de gestión, en general y revisión, sobre los tributos cedidos.

Se regula, finalmente, la colaboración y coordinación entre la Administración del Estado y las autonómicas, así como las de las Comunidades Autónomas entre sí.

La cesión a las Comunidades Autónomas supondrá, según la previsión legal, la subrogación automática de cada una en los derechos y obligaciones tributarias de la Administración del Estado, en cuanto a la gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión de los tributos cedidos.

Para realizar la cesión concreta de tributos a las distintas Comunidades, se han promulgado las Leyes 31 a 43/1983, de 28 de diciembre. Además, la Ley 41/1981, de cesión de tributos a Cataluña, queda derogada en cuanto a las materias ajenas a tal cesión, y modificada por la Ley 30/1983, en lo restante.

48. PRESUPUESTOS DEL ESTADO. Se aprueban los correspondientes a 1984.

Ley 44/1983, de 28 de diciembre («B. O. E.» del 30).

Se aprueban los Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio económico de 1984, los cuales tienen la importante novedad de estructurarse por programas, abandonándose, así, su tradicional ordenación exclusivamente administrativa.

Además del estricto presupuesto, la Ley regula otras materias conexas, pudiendo destacarse las siguientes:

1. Pensiones: Se establece el sistema aplicable en 1984 para el cálculo de los haberes pasivos, así como reglas sobre concurrencia de pensiones, pensiones mínimas y limitación de crecimiento de pensiones.

2. Contratos del Estado: El Consejo de Ministros podrá autorizar la contratación directa de obras cuyo presupuesto sea inferior a 50 millones de pesetas. Los órganos de contratación podrán aplicar la tramitación urgente a obras de hasta 500 millones de pesetas. Los gastos de inversión que excedan de 500 millones de pesetas deberán ser aprobados por el Consejo de Ministros.

3. Normas tributarias: inciden en los siguientes tributos.

a) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Se establece una nueva escala de gravamen, fijándose el límite global de la deducción en el 46 por 100 de la base y en el 70 por 100 computando la cuota del Impuesto sobre el Patrimonio.

También se modifica, para 1984, el monto de las deducciones de la cuota, por los distintos conceptos.

b) Impuesto sobre sociedades: Se fijan nuevos tipos de gravamen y nuevas normas sobre deducción por inversiones, aplicables a los ejercicios que se inicien dentro de 1984.

c) Retenciones a cuenta de rendimientos del capital mobiliario: El tipo

de retención, aplicable respecto de los dos Impuestos citados anteriormente, en 1984, será el 18 por 100.

d) Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas: Se elevan los tipos. Por ejemplo, para las ventas empresariales de inmuebles se establece el 4,50 por 100, al que debe añadirse el 1 por 100 por Recargo Provincial.

e) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales: El tipo para las transmisiones de inmuebles, constitución y cesión de derechos reales sobre ellos, salvo los de garantía, se fija en el 6 por 100.

f) Impuesto sobre el Lujo y Especiales: Se modifican ciertos tipos.

g) Contribución Territorial Urbana: Hasta que se realice la revisión de valores catastrales prevista por el Real Decreto-Ley 11/1979, se actualizarán los valores anteriores.

h) Tasas y tributos parafiscales: Se revisan algunos tipos y cuantías.

4. Normas sobre Seguridad Social: Además de reglas sobre pensiones y gestión de ingresos, destaca la incompatibilidad de pensiones y haberes activos establecida por el artículo 52. En él se indica que la percepción de pensión de jubilación será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad retribuida en las Administraciones públicas u órganos constitucionales.

5. Sociedades y Fondos de Inversión Mobiliaria: Mantendrán su actual régimen fiscal hasta que se promulgue la futura Ley sobre Instituciones de Inversión Colectiva.

6. Patrimonio del Estado: Se modifican los límites establecidos en los artículos 62 y 63 de su Ley reguladora, de 15 de abril de 1964, sobre competencia para acordar la enajenación de inmuebles.

7. Sociedades estatales: Queda alterado el artículo 6 de la Ley General Presupuestaria, de 4 de enero de 1977, para incluir como sociedades estatales a las sociedades mercantiles en que sea mayoritaria la participación «directa o indirecta» de la Administración del Estado o de sus organismos autónomos, además de los Entes de Derecho público actuantes con sujeción al ordenamiento privado.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

AUBERT, Jean-Luc: «L'assurance-vie et les assurances de personnes». **Presses Universitaires de France. París, 1983. 127 págs.**

Comienza esta obra con una introducción en la que se exponen los rasgos generales del seguro de vida y de los seguros de personas y la naturaleza no indemnizatoria de los mismos. En la primera parte se examina el régimen jurídico del seguro de vida, que es definido como el contrato en virtud del cual un asegurador se compromete, a cambio de las primas a entregar, sea al propio suscriptor, sea a un tercero beneficiario elegido por éste, una suma determinada en caso de muerte del asegurado, o en caso de supervivencia de este último en una época definida por el contrato. El interés práctico del seguro de vida es muy grande. Puede servir de salvaguardia a las condiciones de existencia de una familia cuando desaparezca el que aseguraba su subsistencia; permite asegurar las condiciones de subsistencia de un hijo disminuido cuando desaparezcan sus padres; el seguro de vida representa también una posible solución a problemas muy diversos: garantizar los ingresos de una persona cuando cese en toda su actividad personal o incluso una operación de crédito, entre otros. Seguidamente se hace referencia a las principales modalidades de seguro de vida, a la formación de este contrato y a su ejecución, así como a los denominados seguros de grupo y al seguro popular. En la segunda parte se analiza el seguro de determinados riesgos inherentes a la vida. A diferencia de la muerte, que el seguro de vida toma directa o indirectamente por objeto, estos riesgos permanecen relativamente inciertos en su realización. El fallecimiento no es aquí ni el riesgo, ni incluso un elemento predominante del riesgo tomado a cargo del asegurador; lo que no excluye, sin embargo, que el fallecimiento del asegurado pueda, en determinados casos, dar derecho a prestaciones prometidas por el asegurador. Concluye la exposición con una bibliografía sumaria y un índice sistemático.

La obra del profesor Aubert constituye una valiosa síntesis en la que el lector encontrará una clara y ordenada información de los rasgos esenciales del seguro de vida y de los seguros de personas en el vigente Derecho francés.

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ

CASTAN TOBEÑAS, J.: «Derecho civil español, común y foral», V-1.º, 10.ª ed., revisada y puesta al día por G. García Cantero y J. M. Castán Vázquez, Madrid, 1983. 1038 págs.

1. La obra de Castán es de todos conocida y su importancia no necesita ser subrayada aquí. Sucesora, en nuestros días, de la tradición iniciada por los antiguos manuales de Jordán de Asso y de J. Sala, bien se puede decir que ha servido de texto básico a estudiantes y opositores durante cerca de medio siglo, ha representado un término común para el diálogo de teoría y práctica y ha constituido por largo tiempo la sede habitual de la *communis opinio doctorum*, de la que arrancan tanto la investigación monográfica como la elaboración de las obras generales posteriores, y, por otra parte, ciertas orientaciones de la jurisprudencia. De aquí el interés de mantener la vitalidad y de actualizar una obra de esta naturaleza, tarea delicada que debe realizar un equilibrio entre conservar los rasgos esenciales que la identifican y recoger las innovaciones que imponen los cambios legislativos y el progreso de la doctrina científica y de la práctica. Equilibrio de conservación e innovación que Gabriel García Cantero y José María Castán Vázquez han sabido alcanzar con acierto y prudencia en una materia tan afectada por las últimas reformas del Código civil y por la Constitución como es el Derecho de familia en general y las relaciones conyugales en particular, temática a la que está dedicado el volumen que nos ocupa. Para ello han mantenido, en lo fundamental, la estructura de la edición anterior de 1976 y han articulado el Derecho hoy vigente en el sistema original de la obra; como dice el propio Castán Vázquez en el *Prefacio* de esta edición, la línea fundamental de la revisión ha sido la de «procurar respetar en todo lo posible la sistemática original, conocida y apreciada por muchos estudiosos». Podrá dudarse de la utilidad de esta opción, sobre todo, por la magnitud y profundidad de las reformas aludidas y por la dificultad que es inherente a la labor de actualización, pero hay que reconocer que no sólo se asegura con ella la identidad de la obra, sino que tal dificultad ha podido ser superada con soltura y maestría porque los mismos autores habían iniciado ya dicha labor al redactar la edición anterior, que amplía notablemente la última versión publicada por Castán, con el concurso de Calvillo, en 1960. La tarea de actualización se ha hecho, pues, en dos etapas; una, plasmada en la 9.ª edición, que renueva el texto original tras la ley de 1975 hasta situarlo en línea con la problemática de la reforma total del matrimonio entonces en gestación, y otra, materializada en esta 10.ª edición, que lleva a cabo una doble labor de adaptación, tanto del texto al Derecho reformado como de éste al sistema mejorado de la obra de Castán. Nota distintiva de esta última edición es, por tanto, la de una continuidad formal, bajo la que existen, sin embargo, cambios profundos en la materia. Una idea aproximada de esto nos las puede dar, en efecto, un examen somero del contenido de la obra:

2. Dada su naturaleza, la obra estudia y agota el Derecho matrimonial a lo largo de una veintena de párrafos o capítulos, los que se pueden agrupar, conforme a un esquema unitario u orgánico, en tres grandes apartados que conciernen, respectivamente, a la constitución, a los efectos y a la ex-

tinción de la relación conyugal; completan el estudio un capítulo de introducción a las cuestiones generales del Derecho de familia, y un capítulo final relativo a las reglas de Derecho internacional privado e interregional. Es fácil advertir que esta estructura es semejante a la de la edición anterior, pero su contenido ha cambiado notablemente, incluso sin que se aprecien modificaciones externas; es el caso, por ejemplo, del estudio de los esposales (páginas 154-166). La tónica general es, en cambio, la de importantes innovaciones; así, el capítulo inicial, enriquecido en 1976, ha sido ampliado con dos nuevos epígrafes sobre la familia en la Constitución y las líneas generales de las reformas de 1981 (páginas 93-102). Destaca, en fin, la independencia de criterio de los encargados de la revisión para enfrentarse con los problemas nuevos que suscita el Derecho reformado.

Así, ante el problema del sistema matrimonial en vigor, Castán Vázquez, después de estudiar la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede, no vacila en recoger, junto a otras, la opinión favorable a un matrimonio civil con pluralidad de formas —civil y religiosas— facultativas para los contrayentes (página 153), lo mismo que, a propósito de los requisitos civiles del matrimonio canónico, comparte el criterio según el cual éste, para ser inscribible en el Registro Civil, ha de reunir todos los requisitos de validez que el Código exige al matrimonio civil (página 193); y en tema de matrimonio civil recuerda la doctrina posconciliar a favor de no exigir forma religiosa y de postular el sistema de matrimonio estatal único u obligatorio como más acorde con los principios de la libertad religiosa (página 204), si bien duda de la virtualidad práctica del artículo 59 Cc. en lo que concierne a las confesiones religiosas no católicas (página 229). Con todo, al examinar los efectos personales del matrimonio no deja de estudiar con cierta extensión los desaparecidos efectos de autoridad marital, representación legal y comunicación de honores (páginas 253-259).

El resto del volumen ha sido revisado por el profesor García Cantero, tanto en lo que se refiere al Derecho común como al foral. Entre las novedades más llamativas destacan, a nuestro juicio, las siguientes. La distinción de un sistema económico-matrimonial legal normal, de segundo grado y excepcional que se corresponden, según el Derecho reformado, a la sociedad de gananciales, la separación de bienes y a cualquiera que no sean los expresados gananciales *ex* artículo 1.329 Cc. (páginas 290-296). La recepción del llamado régimen económico-matrimonial primario que, contenido principalmente en las disposiciones generales de los artículos 1.315 a 1.324, puede estar formado además, a juicio del autor, por las normas de los artículos 1.394.4.º, 1.416, 1.413 y 1.439, todas las cuales, a pesar de ser de aplicación común a todo régimen, no son de *ius cogens* (páginas 340 y 326). La admisión de la renuncia a los gananciales obtenidos durante la vigencia del régimen, pero la irrenunciabilidad unilateral a la sociedad de gananciales (página 373). La adhesión a la opinión según la cual los reembolsos y reintegros entre los patrimonios privativos y el común pueden tener lugar en cualquier momento, incluso antes de la disolución de la sociedad (páginas 401 y 415). El estudio de las normas hipotecarias relativas a la vivienda habitual y a los inmuebles gananciales y privativos (páginas 448-456). La cali-

ficación del derecho de atribución preferente que contemplan los artículos 1.406 y 1.407 como un derecho de predetracción, que se puede configurar como un retracto de origen legal (p. 474 y 476). El estudio de la dote como régimen de Derecho transitorio (páginas 561-592) y, en fin, el examen extenso y pormenorizado del Derecho foral, reelaborado casi totalmente por el profesor García Cantero, salvo en lo que respecta al Derecho catalán.

Por último, la parte relativa al momento extintivo del matrimonio ha sido redactada de nuevo por este mismo autor, en la que recoge y resume los abundantes trabajos anteriores que ha dedicado al tema. Del completo estudio que realiza de la nueva disciplina del divorcio, la nulidad y la separación personal, nos limitamos a destacar que el autor estima que, en caso de disolución del matrimonio por declaración de fallecimiento de un cónyuge, la reaparición no afecta al nuevo matrimonio que ha contraído el cónyuge presente con un tercero por estar aquel matrimonio definitivamente disuelto (página 822); asimismo, puntualiza que, dado el *numerus clausus* de causas de disolución que fija el artículo 85, no tienen cabida hoy ni la profesión de fe religiosa ni los llamados privilegios paulino y petrino, los que no vienen mencionados de forma expresa, por otra parte, por el discutido artículo 80 (página 826); en cuanto a este último, en fin, critica duramente la solución adoptada por el legislador, lo mismo desde un punto de vista teórico que práctico (páginas 887-888). Es de resaltar, finalmente, el interés que ofrece el estudio del Derecho comparado en tema de divorcio, así como el encuadramiento de nuestra regulación dentro de los sistemas divorcistas (páginas 831-840).

3. Lo expuesto parece bastante para apreciar que estamos ante un libro centrado, ante todo, en el Derecho matrimonial, y es por esto, quizá, que no se ocupa de la problemática compleja de la familia no matrimonial ni de las dificultades a que puede dar lugar la separación de hecho de los cónyuges. Con todo, contiene, como es habitual en la obra de Castán, un estudio serio y riguroso de las instituciones, un examen particularizado de su disciplina y una discusión puntual —y, en ocasiones, de cierta extensión— de las principales cuestiones que suscita, aparte de una información exhaustiva de la bibliografía existente. En pocas palabras, estamos, en realidad, ante una verdadera continuación de la obra del Maestro Castán, que conserva todas las características por las que se la aprecia y distingue.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA
Profesor Adjunto de Derecho civil

«Comentarios a las reformas del Derecho de familia». Editorial Tecnos. Madrid, 1984. Dos volúmenes, de 1023 y 1080 págs.

La reforma más extensa del Código civil —y quizá la más intensa por incidir en los principios rectores de las instituciones nuevamente reguladas— ha sido ya objeto, en el breve período de tiempo transcurrido desde su introducción en nuestro Ordenamiento, de numerosos estudios colectivos

de aproximación general (*El nuevo Derecho de familia*, editado por Reus, las *Jornadas hispalenses sobre la reforma*, *El nuevo régimen de la familia*, dirigido por Lacruz, la recopilación de conferencias pronunciadas en el I.N.E.J. y el número monográfico de Documentación jurídica), y de estudios individuales de carácter sistemático, introducidos en los manuales y tratados de Derecho civil. Faltaba sin embargo un análisis estrictamente legal o exegético de la reforma. Es verdad que los comentaristas sólo contarían en su tarea —empleando la acertada distinción de Vallet— con el contenido teórico de la ley, sin poder conocer la *reacción provocada en el organismo social*, cuando este último elemento es el más importante en la valoración de la norma. No obstante, los autores de estos *Comentarios*, con un notable esfuerzo intelectual —que se pone especialmente de manifiesto en las figuras o en los conjuntos normativos que entrañan mayor novedad— han tratado de iluminar con un criterio sistemático las zonas grises de la nueva regulación, de resolver los problemas que pueda plantear su aplicación práctica, e incluso de predecir su arraigo social.

La proximidad de esta importante publicación —enero de 1984— y el deseo de dar noticia inmediata de ella, impiden exponer con detalle su contenido; de todos modos una obra de estas características de forma —2103 páginas— y de fondo —exégesis de más de trescientos preceptos del Código civil— no sería en ningún caso abarcable en una breve reseña bibliográfica.

El estudio del articulado sigue el estricto orden numérico del Código civil. Tras las primeras cien páginas de la obra, en la que se transcriben, bajo el epígrafe *Material legislativo*, los textos del Proyecto de Ley sobre régimen económico matrimonial en el Código civil, el Proyecto de Ley sobre reforma del Código civil en materia de patria potestad, el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código civil en materia de filiación (aprobado por la Comisión General de Codificación), el Proyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la Ley de 13 de mayo de 1981, el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 1979, el Proyecto de Ley de modificación de la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, y la Ley de 7 de julio de 1981, la exégesis de los preceptos reformados comienza con el estudio del profesor Ferrán Badosa Coll sobre la promesa de matrimonio. El autor apunta el significativo cambio terminológico que ha tenido lugar, ofrece un preciso análisis de la regulación precodificada y codificada, y expone las dos fundamentales innovaciones de la nueva regulación: la extensión del principio de libertad matrimonial y lo que llama la *desmatrimonialización* de la promesa de matrimonio.

El Estudio del profesor P. Salvador Coderch sobre los requisitos del matrimonio incluye un análisis del *ius connubii* desde las perspectivas constitucional y del Código civil, una exposición de los antecedentes y el contenido actual del principio consensual y un estudio particularizado de los impedimentos matrimoniales y de los nuevos supuestos de dispensa.

El profesor Luis Puig Ferriol se ocupa de los artículos 49 a 60 del Código civil, con excepción del párrafo 2.º del artículo 49 y del artículo 50, que son examinados por el profesor Espinar Vicente. Merece destacarse en la exposición de Puig Ferriol la evolución del sistema matrimonial español —*seguramente una de las facetas más negativas de nuestra historia legislativa*— y de las polémicas *forma o clase* de matrimonio y sistema matrimonial facultativo *de tipo latino o de tipo anglosajón*. El autor lamenta que no se haya aprovechado la reforma para reinstaurar en España el sistema de matrimonio civil obligatorio, más acorde, a su entender, con el contexto social de hoy. Hay que resaltar también el completo estudio del artículo 55; los requisitos o presupuestos del matrimonio por poder y la extinción del poder se exponen con notable precisión.

Antes de entrar en el análisis del articulado relativo a la inscripción del matrimonio en el Registro civil, el profesor P. Salvador Coderch ofrece una visión general de los antecedentes y el contenido del nuevo capítulo IV del título IV del Libro I del Código civil, resaltando la triple incidencia actual de la inscripción de matrimonio sobre el supuesto de hecho del negocio jurídico matrimonial, sobre los efectos jurídicos del mismo, y en el control del supuesto de hecho del negocio matrimonial. Los epígrafes con que estructura el comentario al artículo 61 son buena prueba de su acertado análisis de la inscripción de matrimonio: La inscripción como fenómeno ajeno al supuesto de hecho del negocio jurídico matrimonial, La inscripción no es «condicio iuris» de los efectos del negocio jurídico matrimonial, La inscripción como título de legitimación del estado matrimonial: prueba privilegiada del matrimonio, La inscripción como prueba de preconstitución obligada, El matrimonio no inscrito y los terceros.

La profesora María del Carmen Gete-Alonso examina dos capítulos sucesivos del Código civil: el dedicado a los derechos y deberes de los cónyuges y el relativo a la nulidad del matrimonio. En párrafos breves y ágiles repasa los preceptos que consagran la igualdad jurídica de los cónyuges, con reiteradas críticas a la técnica legislativa. El estudio de la nulidad del matrimonio tiene un enfoque original: la autora trata de construir una doctrina estrictamente civil de esa nulidad, independientemente de la doctrina de la nulidad del matrimonio canónico, y encuadrada en la teoría general del negocio jurídico. Además, prescinde de los distintos tipos de ineficacia tan reiteradamente acogidos por las exposiciones de Derecho matrimonial —inexistencia, nulidad y anulabilidad—, reconduciéndolos a la categoría única de la nulidad.

La separación matrimonial se estudia por el profesor Puig Ferriol —poniendo de relieve el acierto del legislador de conservar esa figura a pesar de introducir el divorcio, frente a la tendencia a la sustitución que revela un sector del Derecho extranjero—, mientras la disolución se analiza por el profesor Montés Penadés. La profesora Encarna Roca Trías advierte, al tratar los efectos comunes a la nulidad, la separación y el divorcio, las numerosas imprecisiones que se derivan de la regulación conjunta de tales efectos; la diversidad de situaciones exige regulaciones separadas, que eviten reiteraciones y dudas. Pero la metodología del Código responde a una

preocupación sistemática que no debe desdeñarse; por ello la autora sitúa una *introducción* precediendo a la exégesis del articulado, en la que *distingue efectos personales y patrimoniales, y dentro de estos últimos, los que denomina efectos secundarios de las situaciones de nulidad, separación y divorcio y efectos derivados de la autonomía de la voluntad de los interesados o de la sentencia.* Hay que destacar el interés que suscita la exposición de las instituciones nuevas introducidas por la reforma —como la pensión por desequilibrio económico—, y las oportunas referencias a la doctrina y la jurisprudencia italiana y francesa.

El profesor Francisco Rivero expone las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, poniendo de relieve el acierto de situar la nueva regulación fuera del capítulo dedicado a los efectos de aquellas instituciones; las medidas previas y provisionales se regulan hoy con mayor extensión y precisión, en armonía con la nueva concepción del matrimonio, presidida por los rasgos de la igualdad conyugal y la contractualidad. Al examinar, con gran extensión, el nuevo artículo 103, dedica el autor un apartado de gran interés al acuerdo conyugal configurador del estatuto jurídico del matrimonio durante la etapa procesal.

Las normas de Derecho internacional privado contenidas en el artículo 107 se desarrollan por el profesor Espinar Vicente. Pero la exposición no se reduce al sistema de localización del citado precepto y a los efectos de la decisión extranjera de separación o divorcio, sino que abarca también —por la íntima conexión de la materia— el régimen conflictual de las medidas provisionales y de la nulidad matrimonial.

El estudio más extenso de estos *Comentarios* —muy cerca de las doscientas cincuenta páginas— es el del profesor Manuel Peña Bernaldo de Quirós, un valioso tratado sobre la filiación, que une, a la exégesis del articulado, una *introducción* en la que se contempla la incidencia de la reforma desde diversos puntos de vista —histórico, crítico, comparado, espacial...— y se exponen las nociones generales sobre el estado de filiación. De esta introducción debe destacarse, además del juicio general sobre la reforma —sus principios y su técnica legislativa—, la exposición de las nuevas tendencias en materia de filiación que resultan de los textos internacionales que vinculan a España, y de las repercusiones de la ley reformativa del Código en los Derechos especiales y forales. De los comentarios al articulado cabe resaltar, entre otras cuestiones, la precisa determinación del ámbito de la equiparación de efectos —con referencia final al régimen de la sucesión en la Corona y al Derecho nobiliario—, la exposición de los títulos de determinación legal de la filiación —y, en especial, el detenido examen de la resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro civil—, el tratamiento sistemático del reconocimiento —fruto del análisis conjunto de los artículos 121 a 124 y 126— y el desarrollo, más conciso, de las acciones de filiación; en esta materia sitúa el autor, al comienzo de cada una de las dos secciones del Capítulo III, una introducción que le permite un enfoque global de los temas.

El profesor Delgado Echeverría examina las supresiones, adiciones y matizaciones introducidas por el legislador en la normativa de los alimentos,

con especial atención a los puntos más afectados por la reforma: la supresión de la referencia a la «posición social de la familia», al reconocimiento de un derecho a terminar la propia formación aun cuando se haya alcanzado la mayoría de edad, la inclusión entre los alimentos de los gastos de embarazo y parto... El profesor Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano se ocupa de las disposiciones generales sobre las relaciones paterno filiales, de los bienes de los hijos y su administración, de la adopción y de la declaración de ausencia y sus efectos; se muestra especialmente crítico con la nueva normativa de la adopción: el Proyecto de ley no pretendía sustituir la que estaba vigente, sino únicamente concordarla con las reformas introducidas en materia de filiación y patria potestad, pero en la discusión parlamentaria se pretendió la reforma total. Ha resultado así *una nueva regulación totalmente distorsionada... una regulación híbrida, llena de problemas para el intérprete y ejemplo del mal legislar*. Por ello, en la exégesis de cada precepto, se ve obligado el autor a reproducir el iter legislativo, e incluso a recurrir a las motivaciones de los enmendantes.

Los capítulos relativos a la representación de los hijos y la extinción de la patria potestad se exponen por el profesor Montés, y el título dedicado a la mayor edad y la emancipación por el profesor Puig Ferriol. Lamenta este autor que no se haya aprovechado la reforma para regular con mejor técnica la emancipación —precisando su concepto y deslindándolo de la extinción de la patria potestad— y para unificar las figuras del beneficio de la mayoría de edad y la emancipación por concesión de los padres. Además, como advierte Puig Ferriol, la situación de vida independiente del menor parece configurarse como un nuevo supuesto de emancipación, y sin embargo su regulación se desarrolla de acuerdo con unos principios que nada tienen que ver con la verdadera emancipación.

La participación del profesor. José María Miquel en estos *Comentarios* recae en pasajes dispersos del articulado: en algunos casos se trata de preceptos que han experimentado alguna adición o supresión para adecuarlos a los principios rectores de la reforma (como los artículos 492, 644 y 646, 692, 741, 761), en otros, de preceptos en que, *pese a la parquedad de la reforma literal, el cambio operado es revolucionario*, como advierte Vallet, citado por Miquel (sería el caso de los artículos 807, 831 y 837, que se examinan con extensión y rigor), y en otros, de instituciones que han sido objeto de profunda reforma, como la preterición, a la que Miquel dedica un estudio de gran interés, centrado en la distinción introducida por el legislador, que constituye *el eje de la reforma* operada en la materia (1).

El profesor Fernando Pantaleón Prieto se ocupa del pago de la legítima en metálico, anteponiendo al análisis de los artículos 841 y siguientes un extenso preámbulo en que se expone la evolución del texto reformador desde el Anteproyecto de la Comisión general de codificación a la redacción definitiva, y se resumen las opiniones doctrinales anteriores a la reforma sobre la necesidad del pago de las legítimas con bienes heredita-

(1) Nos advierte el autor que se ha deslizado una errata en la página 1286; donde que «a la acción de preterición o la de suplemento que no parece que puedan ser equiparadas, como lo son por Vallet...», debe decir, como no lo son por Vallet...».

rios. Para la exégesis del artículo 841 —que implica la *supresión parcial del principio de intangibilidad cualitativa de las legítimas individuales*— distingue el autor según que la facultad de conmutación se ejercite por el propio testador, aportando numerosos ejemplos prácticos que tratan de precisar el ámbito y la eficacia de la nueva regulación. Al estudiar la naturaleza jurídica de la conmutación, niega que pueda calificarse como compraventa forzosa de las cuotas de los legitimarios llamados a recibirlas en metálico extraherencial; en su opinión se trata de una verdadera partición parcial; pero si hubiera de asimilarse la conmutación a otra figura jurídica, el autor se inclinaría por la renuncia abdicativa forzosa, aun reconociendo la contradicción que pueden entrañar esos términos.

Como la de otros coautores de estos Comentarios, la labor del profesor Juan Cadarso Palau recae sobre materias diversas: la fijación de la legítima, la desheredación, el orden de suceder según la diversidad de líneas, las disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él y la colación y partición. Otro tanto sucede con los estudios del profesor Ricardo de Ángel Yagüez, que recaen sobre la modificación del artículo 1.280 —mera adaptación a las reformas sustantivas llevadas a cabo por la Ley de 13 de mayo de 1981—, el nuevo artículo 1.458 —precepto redundante, que no tiene más finalidad que evitar un vacío en el articulado, como advierte el comentarista—, los artículos 1.810 y 1.811 —objeto de modificaciones de simple concordancia— y el artículo 1.903, que adapta el contenido anterior del precepto a la reforma de la patria potestad.

Una de las partes de mayor interés de estos Comentarios —tanto por la importancia misma de la materia como por el elevado y uniforme nivel de las aportaciones— es la dedicada al régimen económico matrimonial. El profesor Díez-Picazo expone las *disposiciones generales*, las donaciones por razón de matrimonio, la administración de la sociedad de gananciales, y su disolución y liquidación. El profesor Torralba Soriano se ocupa de las tres primeras secciones del capítulo que el Código dedica a la sociedad de gananciales, con especial profundización en los preceptos que determinan el contenido de las masas patrimoniales. El profesor Vicente Montés estudia el régimen de separación de bienes en comentarios breves y sistemáticos.

Aunque los comentarios del profesor Amorós Guardiola se refieren a la reforma de las capitulaciones matrimoniales operada por la ley de 13 de mayo de 1981, el autor no deja de precisar el alcance de la modificación llevada a cabo en la materia por la ley de 2 de mayo de 1975 en unas interesantes *consideraciones generales*, que incluyen apreciaciones doctrinales y datos estadísticos. La exégesis se centra en las *novedades parciales* de 1981; merece destacarse el apartado dedicado a los actos que pueden figurar en capitulaciones y a los convenios que dudosamente pueden integrarse en ellas: dos completas enumeraciones que concluyen con un esquema que logra ordenar todo ese complejo contenido posible. Entre otras muchas cuestiones que merecerían ser destacadas, cabe citar el examen de la causa del negocio capitular y las observaciones sobre la aplicación práctica de los límites establecidos en el artículo 1.328.

De gran densidad y rigor es la exposición del profesor Antonio Manuel Morales Moreno sobre el régimen de participación. Se inicia con un comentario general —con ocasión del artículo 1.411— en que el autor pone de manifiesto la influencia del Derecho comparado en la nueva normativa, y la dependencia de su penetración social de la intervención del notariado; esboza además sus rasgos básicos y realiza una ponderada valoración del régimen—... *encierra sin duda ventajas para el tráfico; lo hace más simple y seguro. Pero en la relación interna entre los cónyuges no puede decirse, en general, que sea ventajosa*—. La frecuente utilización de la bibliografía alemana sobre la *Zugewinngemeinschaft* ilumina, con las soluciones acuñadas por aquella doctrina, las numerosas incertidumbres que plantea la regulación española. El autor expone con detalle los temas que son, sin duda, más importantes: las operaciones de liquidación — y sus elementos subjetivo y objetivo—, el sistema de valoración de los patrimonios y el régimen del crédito de participación.

El segundo tomo de los *Comentarios* concluye con el examen de las disposiciones transitorias, adicionales y finales de ambas leyes reformadoras. Las siete primeras disposiciones transitorias de la Ley 11/1981, relativas a la filiación, se exponen por Peña Bernaldo de Quirós, con especial atención a la regla de retroactividad contenida en la primera. La octava es estudiada por el profesor Miquel, que desarrolla los numerosos problemas que esa norma, pese a su aparente sencillez, plantea. R. Bercovitz analiza las disposiciones transitorias novena y décima. Por último, las disposiciones transitorias de la Ley 30/1981 se exponen por el profesor Montés, y las adicionales, final y derogatoria por los profesores Cortés, Valladares, Desdentado y Tejerina.

Antonio PAU PEDRÓN

DE LA CUÉTARA, Juan Miguel: «La actividad de la Administración». Editorial Tecnos. Madrid, 1983, 605 págs.

Juan Miguel de la Cuétara es Profesor Adjunto de Derecho administrativo de la Universidad de La Laguna y el libro que reseñamos constituye —como indica el subtítulo— un conjunto de lecciones de esa rama jurídica, que abarca lo que en los planes de enseñanza universitaria se denomina *Derecho Administrativo II*. Dos rasgos destacan en esta obra del profesor de la Cuétara: la amplitud de su contenido y la originalidad de su estilo didáctico.

Como advierte el propio autor en la *introducción*, el libro está integrado por un núcleo central de seis grandes apartados, agrupados a su vez de tres en tres bajo los epígrafes *Potestades administrativas sobre las iniciativas sociales* y *Potestades administrativas sobre los bienes*. El primero se inicia con un extenso estudio —cerca de las doscientas páginas— sobre los servicios públicos; se analiza la evolución histórica del concepto, desde la *escuela de Burdeos* hasta la más reciente doctrina española; se puntualiza el distinto alcance de la expresión en los distintos textos jurídicos de nues-

tro Ordenamiento; se distingue el servicio público de las figuras afines —monopolios fiscales, función pública, empresa pública y los llamados *servicios públicos virtuales o impropios*—; se plantea la dificultad de un régimen jurídico unitario por la propia diversidad de los servicios; se examinan las potestades administrativas de dirección y control del servicio público, y se perfila la posición jurídica del usuario. Termina el estudio del servicio público con una lección dedicada a los modos de su creación y gestión.

Sin mengua del interés general de la obra que reseñamos, creemos que la parte relativa al control de la iniciativa privada suscita una especial atención del lector. Ello es debido no sólo al objeto estudiado —libertades públicas, noción de orden público y policía administrativa—, sino también a la exposición contrapuesta de las opiniones doctrinales. Debe destacarse también las numerosas citas de la Constitución y de la jurisprudencia constitucional que la interpreta.

La noción de fomento se expone desde la perspectiva histórica y desde las nociones doctrinales actuales (el autor analiza aquí las formulaciones de Jordana de Pozas, Garrido Falla, Baena del Alcázar y la suya propia, expuesta ya en su *Revisión de la noción española del fomento*, RICA del año 1979). Es muy completa la referencia a los estímulos de fomento: estímulos honoríficos, psicológicos, jurídicos, económicos y los llamados estímulos negativos —establecimiento de impuestos o implantación de restricciones legales, que la doctrina administrativista no considera auténticas medidas de fomento—. Se dedica un apartado extenso al estudio de las subvenciones de fomento y otro de menor dimensión a la naturaleza jurídica de la acción concertada.

Bajo el epígrafe *Potestades administrativas sobre los bienes* se tratan tres grandes temas del Derecho administrativo: el dominio público, la expropiación forzosa y la propiedad pública patrimonial. Breve y esquemática, pero llena de contenido, es la parte dedicada al dominio público: el autor logra dar una visión muy completa de la materia —piénsese que es una de las más elaboradas por la doctrina, y sin duda la que más bibliografía ha suscitado—, visión que alcanza incluso los llamados *dominios públicos especiales* (aguas, minas, montes). El autor desarrolla la evolución histórica del demanio, deteniéndose en las grandes etapas que jalonan esa evolución: el Derecho romano, la Edad Media y la Revolución francesa; estudia su naturaleza y elemento, los rasgos típicos y los privilegios del dominio público, sus diversos usos, y la naturaleza y régimen de su concesión. Las veinte páginas dedicadas a los dominios públicos especiales constituyen un panorama íntegro y preciso, que es necesario resaltar.

La expropiación forzosa, *pieza central del ordenamiento administrativo*, en opinión del profesor De la Cuétara, se expone en dos temas sucesivos, el primero de carácter predominantemente doctrinal —se explican los antecedentes históricos, el significado jurídico y los elementos subjetivo, objetivo y causal de la expropiación, para concluir con la formulación de su concepto—, y el segundo de carácter eminentemente positivo, desarrollándose en él los diversos procedimientos de expropiación. A continuación se examinan las limitaciones no expropiatorias —de tan discutida naturaleza también en la doctrina civilista, por su configuración en el Código como servidumbres le-

gales—, con particular atención a las que recaen sobre la propiedad agraria y la urbana. Es interesante el análisis que lleva a cabo el profesor De la Cuétará sobre la función social de la propiedad, noción revitalizada por nuestra Constitución y recientemente revisada por la doctrina civilista —Montes y Lasarte—.

Tras un estudio general de la propiedad pública patrimonial —historia, concepto y régimen jurídico común— se examinan los *patrimonios especiales* —Patrimonio Nacional y bienes comunales— y los *patrimonios públicos en acción*: las empresas públicas de mercado, a las que se dedica un tema completo.

Pero lo expuesto hasta ahora constituye sólo el núcleo central de la obra. La primera y la última parte se destinan, respectivamente, a formular una teoría general de la actividad administrativa y a analizar una institución concreta, la responsabilidad de la Administración. En la primera se precisa la posición jurídica del particular —no del administrado, como advierte el autor en interesante y *humanizadora* puntualización—, los títulos de potestad de la Administración y las diversas clasificaciones de la actividad administrativa, añadiéndose a las tradicionales otras distinciones acuñadas por el autor: actividades en la esfera interna de la Administración y actividades en la esfera relacional; actividades que afectan a la libertad y actividades que afectan a la propiedad.

La referencia a la responsabilidad de la Administración es, como advierte el autor, un *corolario obligado* de todo lo que antecede. Se ha analizado a lo largo del libro la intensa y extensa incidencia de la Administración sobre los intereses patrimoniales de los particulares, y es indudable que esta actividad administrativa puede producir daños injustos. No valen, sin embargo, los criterios seguidos por el Derecho civil —culpa y riesgo— para fundamentar la responsabilidad de la Administración; no puede apoyarse la responsabilidad en la culpa —explica el autor— porque ésta es una circunstancia subjetiva que sólo puede predicarse de personas físicas, y no puede basarse en la teoría del riesgo porque ésta implica que la creación de una situación potencialmente dañina se realiza persiguiendo un beneficio para el patrimonio de quien la crea. Sin embargo, no se llega a elaborar una teoría de la responsabilidad en Derecho público hasta fecha muy reciente. La irresponsabilidad del poder público se defiende a lo largo de todo el siglo XIX.

Los elementos de la responsabilidad administrativa están constituidos por el sujeto —una Administración pública estatal, autonómica, local o institucional—, la lesión —un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas— y el nexo causal entre uno y otro. Las técnicas de la reclamación de responsabilidad, en lo que se refiere al planteamiento procesal de la reclamación y la determinación de la cuantía, se exponen en las últimas páginas del libro.

Ya hemos aludido a la originalidad del estilo didáctico del autor. Cada tema se compone de un sumario, el texto de la lección y tres indicaciones de bibliografía. Cada grupo de temas que constituyen una de las ocho materias desarrolladas en la obra, concluye con las lecturas recomendadas (sentencias del Tribunal Supremo, dictámenes del Consejo de Estado, interven-

ciones parlamentarias... transcribiéndose literalmente con previa aclaración de los antecedentes realizada por el autor). La información bibliográfica se realiza a tres niveles: el básico, donde se indican uno o dos tratados que desarrollan con especial amplitud la materia correspondiente; el general, donde se enumeran las obras españolas o extranjeras —generalmente francesas e italianas— sobre el tema, y el especial, donde se recogen las monografías y artículos que cubren los diversos aspectos examinados.

Los subrayados, que destacan los conceptos o los términos clave de la explicación, y los textos intercalados, con tipos y márgenes menores que el resto, contribuyen también a facilitar el estudio de la obra. El autor prescinde por completo de las notas a pie de página; pero ello no implica menoscabo de la precisión, porque al final de cada tema se localizan con datos exactos las citas doctrinales; sin embargo, resulta a veces prolija la referencia al punto concreto del texto donde se hizo la cita.

Las lecciones van precedidas de un extenso prólogo del profesor Ariño Ortiz, catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Valladolid, que es en realidad otra gran lección de la obra, centrada además sobre un tema candente, tanto desde la perspectiva jurídica como política: la nacionalización.

ANTONIO PAU PEDRÓN

DIEZ-PICAZO, Luis: «Dictámenes jurídicos». Editorial Civitas. Madrid, 1981.

Por primera vez, considero que tiene vocación la persona que vive la ciencia que profesa como un sistema de pensamiento problemático, y se entrega a resolver los problemas que se suscitan en dicha ciencia con interés personal y hasta con acierto. Cuando en la profesión de una persona no se vive una inquietud problemática, sino un convencimiento fanático, no estamos ante un científico, sino ante un iluminado, y vivirá su profesión sin hacerla progresar. Luis Díez-Picazo es un gran científico del Derecho para quien esta ciencia es fundamentalmente un sistema de pensamiento problemático, y, además, es un jurista polifacético, ya que pertenece a la carrera judicial, es catedrático de Derecho civil, ha ejercido la profesión de Abogado, es actual magistrado del Tribunal Constitucional y tiene una producción científica muy variada, que va desde monografías inigualables hasta artículos de revista, pasando por recensiones de libros y obras docentes.

Pero mi larga amistad con él y las conversaciones que hemos tenido acerca de la ciencia del Derecho, me han convencido de que la faceta más peculiar de su personalidad como jurista, es la que obedece al concepto romano de *jurisconsulto*, es decir, la persona experta en Derecho a quien se le propone una consulta y ofrece su opinión, como una respuesta probable, basada en los datos que le suministran, en los conocimientos que él tiene del derecho y en la respuesta que se atreve a vaticinar, que darán los magistrados al problema ofrecidos, si éste llega a causar estado litigioso. No con estas palabras, pero sí con otras semejantes, justifica el libro que comentamos en su nota preliminar.

De toda la ya abundante producción jurídica de Luis Díez-Picazo, creo que las dos obras que más claramente muestran su personalidad de jurisconsulto, en el sentido romano de la palabra, es el libro que es objeto de este comentario, y su magnífica obra «Estudios sobre la Jurisprudencia Civil».

Y he tardado en decidirme a comentar esta obra, porque no he visto recensiones a la misma en las revistas especializadas, y estoy convencido de que a los juristas, y sobre todo a los juristas prácticos, a veces nos sobra legislación, jurisprudencia y doctrina, y nos falta práctica para plantearnos el problema jurídico en su conjunto de sus múltiples facetas, poner en conexión todos los puntos dudosos y con arreglo a un sistema preconcebido de raciocinar, formular una posible solución que sea al menos verosímil, que tenga un sustento legal, jurisprudencial y doctrinal y sobre todo que no sea un disparate desde el punto de vista del sentido común y se aproxime a la solución justa que es la meta última a la que todos los juristas debemos aspirar.

Hay algunos libros de dictámenes como el de Alfonso de Cossío, y algunos otros que tampoco he visto muy comentados en las revistas especializadas y que me indica que han sido poco leídos. Por mi parte, puedo decir que la lectura de un libro de dictámenes, es una lectura paralela al estudio normal, una lectura que debe ser lenta y reposada, y una lectura en la que el lector debe estar provisto de lápiz y papel para tomar muchas notas ya que a veces en un dictamen se encierran varias pequeñas monografías. Pero creo que el que viva la Ciencia del Derecho tal como ésta debe ser vivida, es decir, como un sistema de pensamiento problemático, no puede prescindir de la lectura de este tipo de libros, ya que mediante ella se ejercita el hacer frente a un problema complejo que a veces parece inexplicable, pero que bien disecado y troceado ofrece un cúmulo de respuestas parciales que al fin se ensamblan en una solución de conjunto que debe parecer verosímil y jurídicamente fundamentada. Es un acierto que las oposiciones de ingreso en Notarías y las oposiciones restringidas entre Notarios, en su segundo ejercicio fundamentalmente y en alguna manera también en el tercero, obliguen a los opositores a dar esta muestra de preparación.

Los «Dictámenes Jurídicos», de Díez-Picazo, son una maravilla tanto en su planteamiento, como en la disección que el autor lleva a cabo para manifestar los aspectos parciales del problema de conjunto planteado, como de las soluciones a que llega, siempre con carácter de verosimilitud y sujetas a otras mejor fundadas.

Y si el trabajo que Luis Díez-Picazo realiza en los dictámenes es tan notable, se debe a dos características de su personalidad de jurista: Una de ellas es su dominio absoluto y casi global de la ciencia del Derecho que hace que no escape a su examen ni el más pequeño resquicio del laberinto planteado, y en segundo lugar, el que Luis Díez-Picazo jamás admite como una afirmación indiscutible, como un dogma incommovible, algo que él no haya entendido. Para Díez-Picazo lo que él no entiende, no existe, y no lo admite como un punto de partida de un raciocinio jurídico, por lo cual hace tabla rasa de lo dicho hasta ese momento, plantea el problema desde cero y reemprende su solución por caminos todavía inexplorados. Esto da una gran

tranquilidad al lector, que sabe que no está «comulgando con ruedas de molino», que quizá arrastraba desde su época de estudiante.

El libro que comento tiene un contenido muy variado, a lo largo de veintinueve dictámenes diferentes. Desde el punto de vista Notarial, los más importantes son todos los que se refieren al Derecho de Sucesiones, en que están tratados con carácter condensadamente monográfico temas tales como el Derecho de Acrecer, las sustituciones fideicomisarias condicionales, tanto en la institución de herederos como en la de legatarios, la condición «si sine liberis decesserit», el reconocimiento de deuda en favor de legatarios, pero también son muy interesantes el primero, que trata muy ampliamente del concepto general del fideicomiso, del negocio fiduciario y del «trust» y sus aplicaciones tanto en negocios entre vivos como «mortis causa», y en el derecho que podríamos llamar de las multinacionales, y el derecho de los más modestos sujetos del tráfico. En materia de obligaciones y contratos, trata problemas de compraventa y promesas de venta, del contrato de cambio de obra por solar, y pasa también por el terreno del Derecho Mercantil en materia de ampliaciones de capital y derecho de suscripción preferentes, así como de usufructo de acciones de una Sociedad Anónima, y no olvida el Derecho Hipotecario, como la hipoteca sobre varias fincas y delimitación del gravamen. Particularmente deleitoso es el intento de comprensión del testamento de don Jerónimo Valdés González, que es objeto del último dictamen y que no dejará de causar placer a los que hayan seguido en televisión la serie de «Los gozos y las sombras».

La técnica que utiliza Luis Díez-Picazo para la materialización escrita del dictamen, es básicamente la siguiente: en primer lugar, hay una exposición clara, suficiente, delimitada, no farragosa y sistemática de los antecedentes de hecho. En segundo lugar, expone las preguntas concretas que con relación a este supuesto de hecho el consultante le formula, y entonces pasa a lo que podríamos llamar el cuerpo del dictamen, en que el autor, habiendo diseccionado los problemas planteados y habiendo hecho aflorar los problemas ocultos, va explicando las posiciones de la doctrina y de la jurisprudencia respecto de los diversos temas y las diferentes posibles soluciones, y en esta zona de la obra es donde aparecen esas pequeñas y maravillosas monografías que en mi opinión deben ser fichadas para saber en un momento determinado el estado de la doctrina y de la jurisprudencia en un punto concreto, y que Luis Díez-Picazo expone de un modo sucinto y magistral. Analizadas todas las cuestiones que se formularon, y que a lo largo del examen del tema surgieron, aparece el apartado de conclusiones, en el que el autor formula con carácter de verosimilitud lo que es su opinión personal y lo que razonablemente puede vaticinarse que pueda ser el resultado de una contienda judicial.

Personalmente creo que es un libro no imprescindible, pero sí muy conveniente leer, tanto por el adiestramiento que representa para ejercitarse en pensar problemáticamente, cuanto por la acumulación de ciencia condensada que puede obtenerse fichándolo en lo que tiene de pequeñas monografías condensadas. Y me sabía mal que este libro estuviera pasando al parecer inadvertido de los estudiosos, ya que no recuerdo haber visto ninguna re-

censión sobre el mismo. Pretendo el modesto propósito de llamar la atención sobre la importancia de este tipo de obras y la calidad excepcional de la del de Luis Díez-Picazo, que en él muestra lo más característico de su brillante personalidad de jurista: la de jurisconsulto.

V(CENTE ESPERT

Doctor en Derecho. Notario

«Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria». Barcelona, Bosch. 2 volúmenes de 688 y 413 págs.

Los profesores de Derecho penal de la Universidad de Barcelona, Córdoba Roda, Mir Puig y Quintero Olivares, han reunido diversos estudios en homenaje al Catedrático Dr. D. Octavio Pérez-Vitoria, con motivo de su jubilación. Se trata de cincuenta y siete artículos, la mayoría de ellos sobre temas penales, y alguno sobre cuestiones civiles, procesales e históricas.

Inicia el primer volumen el estudio de la Profesora Victoria Abellán Honrubia, Catedrático de Derecho internacional de la Universidad de Barcelona, sobre los *Aspectos jurídico-internacionales de la desaparición forzada de personas como práctica política del Estado*. La cuestión genérica que se plantea —escribe la autora— es la de si cabe sustraer dicha situación a la calificación de *política interna* de exclusiva competencia del Estado donde se produce, y considerarla susceptible de regulación por el Ordenamiento jurídico internacional. Las cuestiones que plantea la *desaparición forzada* consisten en determinar si puede el Derecho internacional regular una conducta que no afecta de forma directa a las relaciones entre los Estados, si se dan en esa desaparición los elementos constitutivos de un hecho ilícito internacional, y, por último qué tipo de responsabilidad cabría derivar del mismo. Como afirma la profesora Abellán, la desaparición forzada vulnera diversos derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en el Pacto de Derechos civiles y políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos. No cabe duda, pues, de que la desaparición forzada debe tipificarse como crimen internacional, debiendo estudiarse en profundidad el método de represión del delito. Se pone aquí de manifiesto la contradicción —apuntada por la autora— de que las personas cuyos derechos son violados no quedan directamente protegidas con las sanciones a que da lugar la responsabilidad internacional.

Tras un breve estudio del profesor Bacigalupo, de la Universidad Complutense de Madrid, en el que se ofrece una base de discusión para proyectar una legislación penal económica acorde con los modelos seguidos en la Comunidad económica europea, otro, del profesor Bajo Fernández, ofrece algunas reflexiones sobre el tratamiento penitenciario como eje de una nueva concepción monista-preventiva de la pena. El profesor Bueno Arús, Letrado del Ministerio de Justicia, aporta dos densos y documentados artículos: *Breve comentario a la Ley Orgánica General Penitenciaria y Asistencia al inter-*

no carcelaria y postcarcelaria. Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema, del profesor Bustos Ramírez, es un análisis del delito imposible, con enfoque comparatista y propuesta de «lege ferenda». En *Incumplimiento contractual y responsabilidad penal. Sobre el artículo 12 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, la profesora María Teresa Castiñeira, de la Universidad de Barcelona, plantea la equiparación, hecha por la Jurisprudencia y la doctrina, entre el delito del artículo 12 LVBM y el artículo 535 CP. La autora no comparte ese criterio identificador, y propone dos posibles interpretaciones que justifiquen la diversidad de ambos preceptos: 1) entender que ni con pacto de reserva de dominio se evita la transmisión de propiedad y que por tanto los hechos que dan lugar al artículo 12 no pueden constituir nunca un delito de apropiación indebida, y 2) reducir el artículo 12 a los casos en que no hay reserva de dominio y mantener la calificación de apropiación indebida para los casos en que el vendedor se ha reservado el dominio de la cosa. El Catedrático de Zaragoza, profesor Cerezo Mir, examina diversas *Cuestiones previas al estudio de la estructura del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos* y trata de fijar los criterios de delimitación de las figuras delictivas culposas.

El profesor Salvador Coderch aporta un brillante estudio sobre *La sucesión legítima y el sistema de las parentelas desde la perspectiva de la reforma del Derecho sucesorio*, poniendo de relieve la contraposición histórica entre el sistema de las tres líneas o justiniano. Desde sus profundos conocimientos de derecho germánico y alemán traza una apretada y clara evolución del sistema sucesorio hasta la codificación, para exponer luego los criterios del derecho contemporáneo alemán y austriaco. Los problemas que el legislador europeo contemporáneo trata de resolver con las reglas de la sucesión intestada —afirma al iniciar las conclusiones— ya no se relacionan con la oposición entre los dos grandes sistemas tradicionales: el de las parentelas y el de las tres líneas. Las razones son diversas: la marginación histórica del protagonista actual de hecho sucesorio —el cónyuge viudo—, la alteración de las titularidades heredables —incardinadas en una economía que ya no se basa en los bienes materiales, sino en los servicios—, la tendencia a la equiparación entre el parentesco matrimonial y el extramatrimonial. Además, la herencia ha perdido su función tradicional: la perpetuación del poder económico y social, y, en cambio, ha asumido nuevos protagonistas: la mayor parte de la población. Termina concentrando sus afirmaciones anteriores en una concreta propuesta de reforma de la sucesión legítima catalana.

El profesor Córdoba Roda analiza, en *El cohecho de funcionarios públicos*, los distintos elementos de tipo descrito en los artículos 385 y siguientes del C. P. y el Magistrado Díaz Palos realiza interesantes puntualizaciones en torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida. El también Magistrado Luis-María Díaz Valcárcel examina un aspecto concreto del Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial: la Justicia penal, analizando los principios jurídicos contenidos en aquél que son de directa aplicación a ésta, así como las funciones que se atribuyen en el Proyecto a los distintos órganos jurisdiccionales. El profesor Entrena Cuesta estudia la elegibilidad de los consejeros de las Comunidades Autónomas en las elecciones al Congreso de los Diputados y al

Senado, el profesor Escriba Gregori la participación del *extraneus* en el parricidio y del *intranseus* en el homicidio, y el profesor Font Rius, *Los inicios de la paz y tregua en Cataluña*, un extenso ensayo sobre ese movimiento pacifista de inspiración eclesial que surge en el Medioevo catalán.

La profesora Mercedes García Arán aporta *Algunas consideraciones sobre la esterilización consentida en el Derecho Penal español*, en las que se propone demostrar la injusticia a que puede dar lugar la aplicación del actual artículo 418 C. P., incluso de la esterilización, puesto en relación con el artículo 428, que niega la eficacia justificante del consentimiento del lesionado, preceptos que, «prima facie, parecen incluir la esterilización consentida y realizada con fines anticonceptivos; concluye poniendo de relieve la incompatibilidad de la persecución de la esterilización consentida, con lo que ha de considerarse el derecho penal de nuestros días. El Magistrado y profesor García Fontanet relaciona, a propósito de la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981, los conceptos de derechos fundamentales, poder judicial y jurisdicción constitucional. Esther Giménez-Salinas Colomer parte del Real Decreto de 5 de junio de 1981 sobre traspaso de servicios del Estado a la Generalitat de Cataluña en materia de protección de menores, dividiendo su estudio —hacia una nueva planificación de la protección y tutela de menores en Catalunya— en cuatro partes: la primera hace referencia al citado decreto y explica brevemente las competencias de la Generalitat; la segunda expone algunos preceptos de la legislación vigente; la tercera explica la situación actual en Cataluña, y la cuarta se dedica a esbozar lo que deben ser las líneas generales de actuación.

Siguen a los anteriores los artículos de Granados Jarque —*El pacto de exclusiva y su protección cautelar*— e Higuera Guimera —*La extradición en el Principado de Andorra*—. El Dr. Iglesias Pujol examina el tema de los alimentos en la Ley de 7 de julio de 1981, recordando la definición y los conceptos afines y deteniéndose en los alimentos que deben prestar los padres a los hijos en los supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial. El profesor Manuel Jiménez de Parga presenta, bajo el título *Nuestra circunstancia y nuestra libertad* un panorama de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos por la Constitución española, y advierte el peligro de que el *tinglado* —palabra con que da nombre a un *complejo de intereses, privilegios, situaciones confusas y conexiones inconfesables, herencia del régimen anterior*— puede condicionar las novedades legislativas e institucionales. El profesor Rafael Jiménez de Parga aporta una interesante *Reflexiones jurídicas sobre la mercadería oro*; examina sucesivamente la calificación jurídica de la mercancía oro, el régimen legal de la mercadería oro, la mercadería oro como objeto de contratación en el mercado de Bolsa, la posibilidad legal de que el tráfico mercantil se realice a través de documentos representativos de la mercadería oro. El profesor José Jane aboga por la supresión del delito de cheque en descubierto en un interesante artículo en el que tras ofrecer un panorama del tratamiento histórico del tema y puntualizar la función del Derecho penal en el ámbito del tráfico jurídico mercantil, concluye no encontrando ninguna justifica-

ción para incriminar la conducta examinada: el libramiento de un cheque sin fondos o constituye un delito de estafa con todos los elementos que caracterizan dicha figura o un delito falsario cuyos tratamientos deben englobarse en las defraudaciones o en las falsedades.

El profesor Landrove Díaz, Catedrático de la Universidad de Murcia, expone la evolución reciente del Derecho penal español en su artículo *Diez años de Derecho Penal y Penitenciario en España (1970-1980)*; y el profesor Magaldi Paternostro analiza un derecho subjetivo público fundamental en su estudio *La protección penal del derecho de defensa*. El Catedrático de Lengua Española y Doctor en Derecho, J. Manrique de Aragón lamenta el escaso nivel de la realidad sociolingüística en su artículo *Sobre una introducción al lenguaje jurídico*, el Magistrado Rafael G. de Membrillera examina *Algunos aspectos procesales de la revisión de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, y el profesor Mena Álvarez analiza la posible inconstitucionalidad de las normas reguladoras del internamiento psiquiátrico. El Catedrático de Derecho penal, profesor Mir Puig, examina en su artículo *Problemas del estado de necesidad en el artículo 8, 7 del Código penal* tres cuestiones concretas: la naturaleza dogmática del estado de necesidad cobijado en el artículo 8, 7 C. P., el concepto de mal amenazante y el requisito legal de que no sea mayor que el mal causado y la exigencia del artículo 8, 7, de que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto. *El control formal e informal de la mujer en Barcelona* es un estudio empírico, reducido espacialmente al área de la ciudad de Barcelona, y dividido en tres partes; en la primera se expone, brevemente, la tesis de la criminología crítica sobre el control de la mujer haciendo hincapié —como advierte la autora, la profesora Teresa Miralles— en las características implícitas en el papel social de la mujer; la segunda parte es una adaptación de esa teoría a la estructura estatal y social de nuestro país; y en la tercera parte se contrastan empíricamente las hipótesis de trabajo en el área de Barcelona, dentro del control informal y formal de tipo clínico-terapéutico y penitenciario. El profesor Morales Prats analiza, en sus *Consideraciones en torno a una futura tutela penal del derecho a la propia imagen*, cuestiones de extraordinario interés y acuciante actualidad: la delimitación y encuadre jurídico del derecho a la propia imagen, la tensión entre el derecho a la información y el derecho a la propia imagen, los límites al derecho a la propia imagen, las vías jurídicas de protección del derecho a la propia imagen en nuestro ordenamiento, el indudable avance constituido por la Ley de Protección Civil del honor, la intimidad personal y la propia imagen, y la necesidad de configurar una nueva protección penal de la propia imagen. A dos breves artículos, uno del Catedrático de Derecho penal, profesor Muñoz Conde —*Sobre la aplicación de la exceptio veritatis al delito previsto en el artículo 161, 1.º, del vigente Código penal*— y otro del profesor Muñoz Sabaté —*Consideraciones sobre la llamada atmósfera procesal*—, sigue un extenso y completo estudio del profesor Olesa Muñido sobre el delito de malversación por sustracción de caudales o efectos públicos en el vigente Código penal español. El Catedrático de Salamanca, José Ortego Costales, aclara, en un penetrante ar-

título sobre el caso fortuito diversas cuestiones acerca de esta causa de inculpabilidad. Concluye este primer volumen del homenaje al profesor Pérez-Vitoria con un emotivo artículo del profesor Pi Suñer, que repasa la trayectoria académica del homenajeado y le alienta a seguir viendo el futuro con ilusión.

Inicia el segundo volumen un artículo del profesor Portavella y Cremades —*La teoría de la libertad como fundamento epistemológico del Derecho*—, en que el autor se propone señalar el cambio de perspectiva que ha tenido lugar en el estudio de la libertad; se ha dejado de prestar atención —escribe el Catedrático de Filosofía— a la libertad interior, al libre albedrío, y se ha centrado el interés y la investigación en la libertad exterior, en el comportamiento libre; concluye definiendo el Derecho como arte de cultivar la libertad. El profesor Pou de Avilés aporta un valioso estudio monográfico sobre la renuncia en el Derecho civil español; tras perfilar el concepto y la naturaleza jurídica de la renuncia, expone las diferencias entre la renuncia y las instituciones análogas —enajenación, no ejercicio del derecho, donación, transacción, abandono, confirmación del negocio anulable, confesión, desistimiento y remisión de deuda—, clasifica desde numerosas perspectivas los diversos tipos de renuncia, analiza la capacidad para renunciar, los derechos renunciables e irrenunciables, los límites generales de la renuncia y la forma que ésta debe adoptar; merece destacarse el claro y sistemático estudio de los efectos y la extensa relación bibliográfica que sigue a la exposición. José Miguel Prats Canut estudia el delito ecológico y su regulación en el proyecto de Código penal de 1980, tras poner de relieve el fenómeno de la constitucionalización de la problemática medioambiental. Siguen los artículos de Joan J. Queralt, *Un ejemplo de inconsecuencia legislativa: el artículo 5. 2 de la Ley de Policía*, y Gonzalo Quintero Olivares, *Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica*. La profesora Encarna Roca i Trias analiza la adquisición del legado en Cataluña —uno de los temas más huérfanos de tratamiento en la doctrina histórica catalana, como advierte en la introducción—; después de una precisa referencia a la adquisición del legado en el Derecho romano examina, de modo paralelo a la regulación del artículo 222 de la Compilación de Derecho civil catalán, la renuncia al legado, la adquisición de la posesión de las cosas legadas y la distribución de toda la herencia en legados en Tortosa.

El profesor Rodríguez-Devesa critica, en su artículo, *una versión aberrante de las fuentes del Derecho penal, la tesis de la llamada «reserva de ley orgánica»* según la cual, *a través de una tortuosa e inexacta interpretación del artículo 81, apartado 1, de la Constitución*, toda reforma penal se ha de llevar a cabo mediante una ley orgánica. El profesor Rodríguez Ramos estudia el fundamento y la naturaleza de los privilegios o prerrogativas parlamentarias, afirmando que la regulación de la inmunidad, en su vertiente procesal que se concreta en la concesión o denegación del suplicatorio para inculpar o procesar, conculca el principio de igualdad ante la ley que la Constitución consagra, siendo, por tanto esa inmunidad una excepción a interpretar restrictivamente. Siguen dos estudios sobre el pro-

yecto de Código penal de 1980: el del profesor Carlos María Romeo Casabona, sobre el consentimiento en las lesiones, y el profesor Angel de Sola Dueñas sobre las medidas de seguridad. El Magistrado Dr. Francisco Soto Nieto estudia los intereses moratorios y de redescuento en las condenas al pago de cantidad líquida, con interesantes consideraciones civiles sobre la obligación de pago de intereses y la mora del deudor. El profesor Stampa Braum reflexiona sobre la Justicia al hilo de un ensayo de Alain Peyrefitte, recientemente publicado, y en el también Catedrático José Luis Sureda analiza las lecciones sobre la Justicia de Adam Smith. El profesor Torío López puntualiza el concepto de «enajenación» desde la perspectiva psiquiátrica y jurídica, y Alejandro del Toro Marzal aporta un detenido estudio histórico sobre la premeditación.

Los dos estudios que siguen tienen un carácter predominantemente histórico: Valenciano y Tejerina examina las garantías penales en la normativa constitucional, desde la Constitución americana de 1787 hasta la española de 1978; Viader Vives expone los antecedentes de la condena perpetua con agudas observaciones al proyecto de Código penal. Concluye el segundo volumen con un amplio análisis de los delitos contra la religión, del profesor Vila Mayo, y una introducción a la delincuencia económica del profesor Vilades Jene.

Antonio PAU PEDRÓN

HERNANDEZ GIL, Antonio: «De nuevo sobre el Derecho natural». Discurso en la sesión inaugural del curso 1983-1984 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1983, 88 págs.

El Derecho natural no ha muerto. Son muchos los que desde Carneades a Cossio, desde el más encarnizado enemigo del Derecho natural en los tiempos modernos, Karl Bergbehm, hasta Bobbio y los neopositivistas actuales, acompañados de otros «compañeros» de menor cuantía en nuestros días, los que se han preciado de ser «enterradores» del Derecho natural o se han limitado despectivamente a certificar su defunción. Pero contra todos estos detractores, el Derecho natural ha demostrado que es un «cadáver» que goza de buena salud y que no se deja enterrar tan fácilmente. La bimilenaria doctrina del Derecho natural como idea coetánea e ínsita en la naturaleza humana, no está ciertamente muerta aun cuando sea declarado por el positivismo y otros «ismos» novedosos y aun cuando muchos juristas, sobre todo juristas, parecen ignorarles o le combaten (muchos sin conocerle) de varios modos. La exigencia del Derecho natural «permanece —dice Del Vecchio— no obstante las negaciones positivistas y las atenuaciones de un equívoco historicismo; permanece no obstante los errores de los mismos que le sostienen con expresiones inadecuadas o métodos impropios». El Derecho natural existe y vale porque existe y vale el ser humano, del cual es tributo inseparable.

Es más, «si negamos el Derecho natural o idea de justicia, arruinamos los fundamentos del Derecho positivo, convirtiendo a éste en un mero fenómeno de fuerza. Las normas jurídicas no pueden obligar —afirma Recasén Siches—, sino en cuanto se reconoce que el Derecho positivo es algo justificado y en cuanto dimana de una autoridad legítima. Ahora bien, sólo la Filosofía del Derecho es capaz de fundamentar o justificar el Derecho positivo». En efecto, la Historia de la Filosofía del Derecho —dice Legaz Lacambra— tiene como centro, en torno al cual gira su especulación, la idea de un Derecho superior a toda ley escrita, a toda norma efectivamente vivida; un Derecho con el cual todo Derecho dado en la realidad debe de conformarse y al cual anula en caso de discrepancia. Ese Derecho superior, «escrito en el corazón del hombre», recibe el nombre de Derecho natural como fundado en la naturaleza humana o también —en otras variantes— como expresión de la naturaleza de las cosas».

Por eso cuando se acrecienta en nuestros días el furor antimetafísico, heredado del kantismo y del positivismo (nada hay que uno y otro odien más que la metafísica), en una síntesis neopositivista y antiiusnaturalista. Cuando algunos, otrora confesados metafísicos y iusnaturalistas, hoy presumen de negar y repudiar el Derecho natural porque en su dogmatismo pragmatista no les sirve como medio utilizable para la «eficacia» y legitimación democrática del Derecho, es altamente aleccionador que un jurista notable disertase hoy en tribuna de juristas sobre el Derecho natural.

Antonio Hernández Gil, profesor de Derecho civil, presidente de la Comisión Nacional de Codificación, presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y presidente del Consejo de Estado, es un verdadero y significado jurista, pero es también un «jurista-filósofo» de los que no pueden contentarse con el dogmatismo científico ni pararse en la fría letra de los Códigos. Su inquietud filosófica y su honradez científica le piden mucho más: encontrar las «últimas causas» filosóficas del Derecho para «fundamentar» sus argumentos jurídicos y para «justificar» y no sólo «explicar» el por qué de las instituciones y la razón última y los primeros principios en que se basan las sentencias judiciales. Ni la Ciencia del Derecho ni la Jurisprudencia de los tribunales pueden desdeñar y menos prescindir de la Filosofía del Derecho que, en su perspectiva iusnaturalista, es la que suministra a la primera los principios y directrices que el legislador debe convertir, o al menos on contradecir, al elaborar el Derecho, frenando así la «omnipotencia legislativa», que es, para Welzel, el «pecado capital del positivismo jurídico». Y, asimismo, la Jurisprudencia, en su misión práctica de interpretar y aplicar el Derecho, no puede ignorar que el Derecho natural, la «equidad» o los «principios generales del Derecho» son, en muchos casos la «medida y rasero» de la justicia de las leyes y el único criterio válido para juzgarlas aun cuando estén configuradas en forma «legal».

El tema del Derecho natural ha estado presente en el pensamiento y doctrina de Hernández Gil desde hace cuarenta años, en que publicara su documentado estudio *La Escuela Española del Derecho Natural* (1943), pasando por la *Metodología del Derecho* (1945), a la que sustituyó la muy notable *Metodología de la Ciencia del Derecho* (1971-1973). Con una erudición filosófico-

jurídica poco común, el autor estudia las corrientes generales del pensamiento jurídico, y no podía faltar su referencia a la doctrina del Derecho natural y su valor metodológico, afirmando la obra de la escolástica en la que «Dios es erigido en la idea central del sistema, y la figura de Dios-Legislador viene a ser como la traducción en orden al Derecho de ese postulado central». Los pasajes de Aristóteles, los textos del «Corpus Iuris», los versículos del Evangelio, las enseñanzas de San Agustín y San Isidoro «se transforman en doctrina coherente bajo la superior unidad del dogma». Llama el autor a Santo Tomás el «artífice máximo de esta verdadera regeneración de las ciencias —de fundación de la ciencia católica— que dotó al pensamiento cristiano de la más armónica de sus sistematizaciones». La doctrina que expone Hernández Gil en su *Metodología de la Ciencia del Derecho* (vol. I, cap. I) sobre la ley eterna, natural y positiva es la de la *Summa Theológica* de Santo Tomás. El problema del Derecho natural, su naturaleza y propiedades siguen la doctrina tradicional de iusnaturalismo clásico aristotélico-romano-tomista enriquecido por las aportaciones de los autores de la Escuela Española del Derecho Natural, sobre todo Suárez.

Al disertar ahora «*De nuevo sobre el Derecho natural*» y refiriéndose a España, reafirma Hernández Gil que el Derecho natural «ha estado siempre entre nosotros muy lejos de ser un derrotado y la profesión de fe iusnaturalista ha sido la dominante». Frente al monismo positivista, que no admite otro Derecho que el Derecho positivo, repudiando todo Derecho natural, Hernández Gil, con la mejor tradición clásica, afirma no sólo la compatibilidad de ambos Derechos, sino la necesidad recíproca que tienen uno del otro. Derecho natural y Derecho positivo se postulan mutuamente: el Derecho natural necesita del Derecho positivo para que le desenvuelva en la coyuntura existencial histórica: y el Derecho positivo necesita del Derecho natural para su fundamentación y justificación. «El Derecho natural —dice— cumple una función orientadora, crítica y resolutoria, mas en ningún caso tiene pretensiones de exclusividad». La materia —*mutabilis et difformis*— de la naturaleza, de la sociedad y de las circunstancias históricas, hacen que el Derecho natural se ajuste en su aplicación y desenvolvimiento de sus principios a las necesidades y exigencias que ha de satisfacer. Pero, a su vez, la multiplicidad heterogénea de las leyes y de las normas de toda clase «exige, para llevar a cabo una labor científica, preguntarse por las estructuras básicas que subyacen a tanta movilidad histórica e inquirir unos principios esenciales».

Asistimos, desde hace tiempo, dice el autor, a la reconstrucción o el renacimiento de un pensamiento iusnaturalista que, por lo que se refiere a España, no se da propiamente porque entre nosotros «se ha mantenido siempre la línea de continuidad». Hace seguidamente Hernández Gil una exposición del *Renacimiento del Derecho natural*: juristas no consagrados exclusivamente a su estudio (Geny, Radbruch, Verdross y Castán Tobeñas); el neotomismo tradicional como manifestación del renacimiento y en general, el iusnaturalismo de fondo cristiano (Maritain, Le Fur, Renard, Lelclers, Lottin, Dabin, Olgiati, Del Vecchio, Bataglia, Messnes, von Hippel, Küchenhof y von der Heydte); en la doctrina iusnaturalista española, se-

ñala Hernández Gil el «iusnaturalismo neoescolástico pleno» (en el que nos incluye debidamente a la casi totalidad de los profesionales docentes del Derecho natural y Filosofía del Derecho), y un «iusnaturalismo menos pleno y de varias procedencias» (Recansens Siches, Legaz Lacambra). Como *Nuevas concepciones del Derecho natural* distingue el «iusnaturalismo historicista» (Derecho natural «variable», «progresivo», «concreto», «dinámico», «histórico», etc.). Y con un significativo interrogante se pregunta el autor: ¿un «iusnaturalismo de base existencial»? porque, en verdad, «no puede decirse que haya un Derecho natural derivado de la existencia», aunque algunos juristas inspirados por el existencialismo se han preocupado de construir una ontología jurídica ponderando el papel del hombre y su situación concreta (Maihofer, Welzel, Fechner); el «iusnaturalismo axiológico» derivado de la filosofía de los valores (Recasens, Radbruch, Coing). En *Reinterpretaciones de doctrinas del Derecho natural* sitúa el autor al profesor francés Michel Villey, acérrimo defensor del «Derecho natural clásico» por el que entiende el aristotélico-tomista, y al jurista español Vallet de Goytisolo en quienes encuentra de común «el catolicismo militante, la crítica del racionalismo y un realismo ontológico y ético inspirado en la filosofía perenne».

Resumiendo. Para Hernández Gil, el derecho natural es una constante histórica en el ámbito de la cultura occidental. La teoría del Derecho natural es «la que más plenamente afronta el problema de la justicia». Y por lo que se refiere al problema y el valor del Derecho natural, Hernández Gil afirma que pese a las diferencias, hay un denominador común. «Toda concepción del Derecho natural tiende a sustraer del puro arbitrio individual o convencional los criterios básicos reguladores de las relaciones de convivencia entre los hombres, buscando la justicia —como expresión ontológica-metafísica del ser— como expresión lógica de la razón o como expresión ética del bien». El pensamiento del Derecho natural, con todas sus dificultades, encierra un valor que —a juicio del autor— se manifiesta en estos tres puntos principales: 1) La posibilidad de adoptar una posición crítica respecto de los Derechos positivos; 2) Mantener la esperanza abierta hacia un Derecho justo, y 3) Eregir en centro de la protección jurídica la persona.

En definitiva, añadimos nosotros, el iusnaturalismo de Hernández Gil es un iusnaturalismo personalista plenamente ortodoxo.

EMILIO SERRANO VILLAFANE

LOPEZ-REY, Manuel: «Criminalidad y abuso de poder». Editorial Tecnos, Madrid, 1983. 179 páginas.

Apartándose del contenido habitual de la colección Biblioteca Universitaria —tratados y manuales—, la editorial Tecnos ha publicado en ella este estudio monográfico del profesor López-Rey; la razón resulta clara tras la lectura del libro; se trata en realidad de un estudio sistemático y global de una importante —y olvidada— parcela del Derecho penal, la criminalidad

emanada del poder. En cuatro estudios independientes —pero estrechamente ligados—, estudia el autor la correlación habitual entre criminalidad y abuso de poder y las tres manifestaciones fundamentales de ese abuso: la violencia institucional, la pena de muerte y permisividad oficial. La obra en su conjunto está muy lejos de las serenas exposiciones científicas que estamos acostumbrados a encontrar en las filas de esta gran colección de textos universitarios. Pero esto no es reproche, porque el nuevo libro del profesor López-Rey pretende transmitir una noble inquietud: la reforma de la justicia penal. Es un libro no sólo *descriptivo*, sino también *prescriptivo*; de cada ensayo se desprenden reglas concretas de actuación. La actuación que se suscita no es, sin embargo, de remoción o de reforma del sistema penal vigente —«conforme a una tradición ministerial legislativa que pertenece al pasado»—, sino de revisión total. Léanse con detenimiento los ocho *critérios operacionales* con los que concluye la obra.

En el primer ensayo —*Criminalidad y abuso de poder*—, el profesor López-Rey determina los delitos derivados del abuso criminal de poder, con una interesante y detallada enumeración, y los rasgos que perfilan los peculiares actores —delinquentes y víctimas— que intervienen en ellos. A continuación precisa los conceptos de poder y política criminal, y termina con trece *conclusiones* breves y taxativas: publicidad para todas las actuaciones del poder, abolición de la jurisdicción penal militar, participación directa de la comunidad en la formulación, organización y funcionamiento del sistema penal, distinto sistema de selección de jueces...; en definitiva: *poner en marcha una justicia social penal que tenga primeramente en cuenta la víctima y la sociedad y no el delincuente*.

En el segundo ensayo —*Violencia institucional y criminalidad*—, precisa el autor el exacto significado de cada uno de los términos del título, analizando luego los tres factores que condicionan la creciente violencia institucional de nuestros días: la escasez de regímenes democráticos, la proliferación de multinacionales —*la multinacional da lugar a beneficios, pero como expresión de las fuerzas económicas y financieras de nuestro tiempo, su violencia, generalmente silenciosa, actúa por medio de presiones muy diversas*—, y el elevado número de movimientos u organizaciones revolucionarias, algunos de los cuales, pese al terrorismo del que son culpables, han obtenido reconocimiento internacional.

El tercer ensayo, sobre *La pena de muerte*, —expresión del poder de índole máxima, según el autor— presenta un interesante relato histórico del gran debate político sobre la pena de muerte, que se inicia durante la Revolución francesa, cuando en mayo de 1791, en la Asamblea Nacional Constituyente, Roberpierre se manifiesta rotundamente contra la pena capital. El profesor López-Rey expone a continuación los grandes rasgos de la discusión española en los siglos XIX y XX, explicando los argumentos de partidarios y contrarios a la pena de muerte y repasando la bibliografía sobre el tema hasta el reciente estudio de Serrano Gómez (ADP y CP, 1982). Tiene especial interés el minucioso análisis de los trabajos realizados por encargo de las Naciones Unidas y discutidos en su seno: los informes de Marc Ancel y Norval Morris, y especialmente el informe preparado por el Secretario

General en 1973. El ensayo termina con una enumeración de las distintas formas en que se manifiesta la pena de muerte en nuestro tiempo: consagrada por una disposición legal, aplicada por la jurisdicción militar, llevada a cabo arbitrariamente por la policía, realizada por organizaciones guerrilleras o terroristas, mediante «desapariciones»...

En el cuarto y último ensayo —*Permisibilidad y criminalización*— pone el autor de relieve las distintas manifestaciones que reflejan la permisibilidad que es característica de la época: el reblandecimiento de las diversas formas de autoridad, la destrucción de ciertos valores esenciales, la creciente inseguridad individual y colectiva —tanto a nivel nacional como internacional— y el descrédito de los sistemas penales. Uno de los aspectos más destacados de la permisibilidad actual es la llamada libertad sexual —ya insertada en algunos textos legales—, que, según el autor no constituye ningún bien jurídico y contribuye a la extensión de la delincuencia. Lo mismo cabe decir de la difusión pornográfica, prohibida penalmente por los países marxistas-leninistas y por el Código penal alemán, como un hecho contrario a la libertad y dignidad personal. Creemos que debe destacarse una de las *aserciones finales* con las que termina el ensayo: la reducción de la permisibilidad en ciertos aspectos sociopolíticos atinentes a la convivencia facilitaría un robustecimiento de la responsabilidad individual y colectiva, contribuiría a la disminución de la criminalidad en ciertos aspectos, y robustecería la credibilidad de la justicia.

Si hubiera de destacarse un rasgo que caracterizara esta obra de modo especial, sería sin duda la amplitud de la perspectiva contemplada por el autor: en apenas dos centenares de páginas se condensan experiencias y estudios llevados a cabo a lo largo de cuarenta años y en más de sesenta países.

Antonio PAU PEDRÓN

MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: «Introducción al Notariado y al sistema notarial español (La función notarial y el instrumento, en el contexto de la seguridad jurídica privada)». Seminario Notarial y Registral de Cataluña. Barcelona, 1983. 188 págs.

La obra que reseñamos surge como fruto de la preocupación corporativa del Notariado español por abrirse a la juventud universitaria; preocupación que tiene numerosas y fecundas manifestaciones, que van desde la subvención de publicaciones jurídicas a la colaboración de los Colegios Notariales con la Universidad. Estas actividades tienen un evidente desigmo altruista, pero también un inmediato provecho para el cuerpo profesional que las desarrolla: ante todo, el aumento del nivel vocacional de sus componentes. Ignorar a la juventud universitaria por parte de esas Corporaciones, no salir a su encuentro con una clara oferta de actividades y de ideales orientados al servicio de la comunidad, es un abandono grave, y una grave despreocupación por el futuro.

El libro de Mezquita del Cacho se orienta a exponer lo que puede ser el objeto de una gran vocación: la seguridad jurídica privada. Dejando a un lado la participación del Registro en el logro de esa misión, el autor centra su estudio en la función notarial. Expone primero la necesidad sociológica de la seguridad jurídica y las diversas formas en que esa necesidad se ha satisfecho en los distintos Ordenamientos jurídicos: sistema de profesionalidad con función estable incorporada (latino); sistema de profesionalidad sin función, pero con intervención obligatoria (inglés); sistema de función fedante estable, sin profesionalidad (característico de las autocracias); y sistema de comisión oficial menor y temporal, sin fedación plena ni profesionalidad (norteamericano). *Quizá la verdadera cuestión clave a plantear, llegados a este punto, —advierte el autor tras la exposición de esos sistemas— esté en sí, a partir de la organización técnica del Registro, institución aceptada ya en todos los países, tanto de sistema inglés como de familia romanogermánica, y atendidas las superiores posibilidades del esquema de seguridad que ofrece, siga siendo o no necesaria, o conveniente, la sobreañadida conservación o yuxtaposición de las instituciones del documento auténtico y la fe pública extrajudicial privada, es decir, notarial.* Dos razones fundamentales parecen apoyar la dualidad de instituciones, en opinión de Mezquita: la existencia de un ámbito propio de control de la función notarial —identidad, capacidad y legitimación de los sujetos, comprobación de su libertad negocial, fehaciencia o presunción de legalidad del documento público— y la utilidad de la doble calificación o control del negocio.

La segunda parte de la obra se destina a analizar los precedentes históricos del notariado actual y los requisitos legales del documento público. En el examen de aquéllos, distingue el autor, en las sucesivas etapas históricas, las figuras que encarnan los antecedentes tanto en la vertiente profesional como en la funcionarial, aspectos que convergen en un profesional único hacia el final de la Alta Edad Media. En cuanto a los requisitos del instrumento público notarial, demuestra el autor cómo *en todos y cada uno existe un significado profundo: una finalidad de seguridad jurídica*, dirigida a eliminar cualquier incertidumbre que pudiera originar un conflicto jurídico.

La tercera parte es quizá, por la propia trascendencia de su contenido, la de mayor interés. Sin embargo, la concisión de su desarrollo y la precisión —nunca excesiva, pero a veces oscurecedora— de la terminología empleada, hacen que el texto pueda resultar inadecuado para sus destinatarios —estudiantes universitarios y aspirantes a ingreso en la carrera—. Mezquita clasifica los efectos del documento público en endoactivos y exoactivos, distinguiendo a su vez dentro de los primeros, los efectos constitutivo interno, perentorio interno, traditorio, guarentigio, probatorio interno y oficioso; y dentro de los exoactivos, los efectos adversativos —constitutivo externo, imputador, perentorio externo y prelativo—, y alternativos —probatorio general y de legalidad formal—. Tiene particular interés la exposición de los efectos exoactivos o publicadores «erga omnes» del documento notarial, dado el carácter secreto del protocolo y la existencia de la institución registral. Aunque han quedado reducidos hoy a un campo residual

como advierte el autor—, y existe un *proceso fatal de transferencia histórica*, tales efectos de publicidad no dejan de tener, como revela en el preciso análisis de Mezquita, una gran importancia.

La cuarta y última parte trata de atisbar el futuro de la profesión notarial en España; la inicia una oportuna cita de Toynbee — «deleitarse en la contemplación del pasado, con descuido del presente, suele acarrear la pérdida del futuro»— que incita a construir el porvenir profesional desde una atenta y activa preocupación por el estado actual. El autor contempla el horizonte del Notariado español desde una triple perspectiva: la posibilidad de optar por la alternativa anglosajona de la profesión notarial; la posibilidad de transformar la actual simbiosis de profesionalidad y fehacencia por una actividad estrictamente funcionarial; y la posibilidad de introducir en la función notarial las modificaciones exigidas por el cambio social y el proceso de evolución de nuestro tiempo. El *epílogo* es una ilusionada y estimulante arenga a acudir a las filas del notariado movidos por la vocación y dispuestos al servicio y al compromiso. No hay retórica en estas páginas finales, sino sincera transmisión de convicciones vividas.

Ponen fin a la obra dos apéndices: una sucinta explicación de las formas de acceso y ascenso en el Notariado y una extensa guía bibliográfica.

Antonio PAU PEDRÓN

MOREU BALLONGA, José Luis: «Ocupación, hallazgo y tesoros». Bosch, Barcelona, 1980.

Este libro se ocupa de un punto fundamental en torno a los modos de adquirir la propiedad, libro tercero, título 1.º del C.C. En él se expone una apreciación crítica de la concepción más generalizada acerca de la ocupación, hallazgo y tesoro.

Advierte en el prólogo el profesor Lacruz Berdejo que este libro ha de ser leído «con atención y sin saltar línea», lo que no es tarea fácil si se tiene en cuenta que el autor distribuye la materia a lo largo de 693 páginas, densas y nutridas.

De su lectura se desprende que estamos ante un cabal trabajo de investigación a que se ha dedicado todo el tiempo necesario: por la misma razón que el lector no puede «saltar línea» en su lectura el autor no ha saltado horas en su redacción, minuciosa, detallada, autorizada, contundente.

Expone el Dr. Moreu la noción tradicional romana de ocupación fundada en la carencia de dueño de la *res nullius* y en la doctrina posesoria del *corpus* y *animus*; analiza el proceso de relajación en la pandectística y en la versión codificada, para poner de relieve que no es ese concepto el que ahora ha de prevalecer.

No es la ocupación, a su juicio, un *acto* de apropiación posesoria, sino un *hecho* jurídico: ocupa una cosa quien llega primero, quien es el «primer ocupante» y saca la cosa de la «desposesión», ya porque toma de ella posesión o por cualquier otro acto jurídicamente significativo.

Con éste enfoque se propugna una nueva noción de ocupación que no requiere ni la carencia de dueño de la *res nullius*, ni *corpus* ni *animus* en el adquirente.

El profesor Moreu sostiene que la ocupación es la «adquisición de la propiedad de lo encontrado por el primer ocupante», página 65. De esta definición se desprende que aunque en la hipótesis típica el objeto de la ocupación carezca de dueño no es condición necesaria porque puede existir realmente; que, incluso, cabe adquirir por ocupación no la propiedad, sino un valor o un simple crédito (indemnización por ocupación del valor que tuviera la cosa) y que las razones de prioridad no encuentra en la posesión su causa necesaria o suficiente.

La tesis sostenida por el Dr. Moreu es rica en consecuencias prácticas al facilitar el deslinde con figuras conexas que se basan en la posesión, como la usucapión; pero, sobre todo, por la diferente perspectiva que conlleva la tradicional concepción de los modos de adquirir la propiedad y de ésta misma. Salva la «aptitud de la cosa» las demás condiciones o requisitos son apuestas por una tradición inveterada; diríamos que por un conformismo acrítico: el predominio de la voluntad «*ex voluntate*» que constituía el acto de apropiación y las presunciones inspiradas en que el dueño de ordinario no pierde derechos por acto voluntario.

La lógica de la construcción clásica era al respecto, a mi juicio, impecable, puesto que como se presume que el dueño no abdica de sus derechos hay que probar:

- a) Que nunca tuvo dueño (*res nullius*).
- b) Que lo tuvo, pero abandonó (*res derelicta*).
- c) Que no se puede averiguar la propiedad.

El Dr. Moreu pasa de las viejas presunciones que sitúan el centro de referencia en el dueño (pérdida, renuncia, abandono) a los hechos con tal de que lo sean jurídicamente suficientes y en las condiciones de la Ley. Coloca, por tanto, el centro hermenéutico no en el dueño de la *res nullius*, sino en el «primer ocupante»: hechos son tanto la ocupación, llegar, encontrar, antigüedad más valor, como el tiempo: el primer ocupante, primero en verlo, primero en recogerlo. La prioridad fundamenta la prevalencia en la adquisición, pero no basta ella sola para resolver el eventual conflicto de intereses, que requiere unas directrices, o si se quiere, hacen falta las directrices para aclarar el problema de la prioridad, que en la casuística se muestra muy complejo. Entre esas directrices no figuran la pérdida de dominio ni la desposesión antecedente; el primer ocupante adquiere al respecto sin «solución de continuidad». En esto coinciden la ocupación, el hallazgo, en sus diversas manifestaciones y el tesoro.

Se explica así la originalidad de ese enfoque; su trascendencia y la necesidad de amparo en una documentación rigurosa. Sin duda estamos ante una tesis de inapreciable valor.

Enlazar por su común denominador lo que hasta ahora se tenía sin más por distinto, ocupación, hallazgo, tesoro, a partir de una concepción nueva de ocupación sólo es posible desde un estudio profundo de la dogmática que, señala Moreu, «estaba por hacer».

A mi modo de ver requiere esta postura con tanto rigor defendida una nueva insistencia en aquellos aspectos conexos a la posesión que ahora quedan «desplazados», por más que hubieran sido acarreo dislocado por dislate del legislador: liquidación de la gestión posesoria, gestión de negocios, abuso del derecho, licitud o ilicitud, son nociones que se entienden mejor desde el *acto* de apropiación posesoria. Pero ninguna duda ofrece la justa estima del trabajo realizado que aún los tres requisitos de una auténtica labor investigadora:

- Una hipótesis de trabajo con una línea clara que guíe la construcción jurídica propuesta sin desvíos ni contradicciones internas.
- La reelaboración dogmática requerida por esa hipótesis.
- La exégesis de los textos legales recomponiendo su coherencia sistemática.

JOSÉ A. DORAL GARCÍA

Catedrático de Derecho civil

MOYA GARRIDO, Antonio: «El recurso de amparo según la doctrina del Tribunal Constitucional. Normas procesales y derechos protegidos. Doctrina Constitucional». Textos legales. Formularios. Bosch, Casa Editorial, S. A. Barcelona, 1983. 403 páginas.

Dispone la Constitución, en su artículo 161, que el Tribunal Constitucional es competente para conocer del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2. Este precepto faculta a cualquier ciudadano para recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.^a del capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios y, en su caso, a través del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional. Este sistema de doble tutela jurisdiccional da lugar a una doble jurisprudencia, de la que destaca la emanada del Tribunal Constitucional por los peculiares efectos que el Ordenamiento le atribuye.

Este libro que reseñamos no es una obra de creación. Su autor es un jurista práctico, y ha querido, por un lado, recopilar un material jurídico de primerísimo valor, y de otro, transmitir su entusiasmo por esta institución clave de nuestro sistema judicial. Por ello, aunque el libro está compuesto de párrafos y yuxtapuestos, resulta una obra atractiva y personal. Su utilidad es extraordinaria. Contribuyen a ello la acertada sistematización de los textos y el triple índice —alfabético, cronológico y sistemático— que facilita su localización.

El libro presenta tres partes claramente diferenciadas. En la primera se expone la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con las normas de su ley orgánica sobre el procedimiento del recurso de amparo. La sistemática de esta primera parte es la siguiente: el autor transcribe los preceptos procedimentales que integran el título III de la Ley Orgánica de 3 de octubre de 1979, reguladora del Tribunal Constitucional; a continuación de cada precepto, exponen la doctrina del Tribunal sobre la materia tratada

en aquél; a veces se transcriben párrafos enteros, pero en otros casos sólo una frase o un inciso. Para facilitar la consulta del texto íntegro de la sentencia, el autor indica la fecha de ésta, el número del recurso y el fundamento jurídico del que se ha extraído el texto.

La segunda parte se dedica a las cuestiones de fondo: los derechos protegidos por el recurso de amparo. La sistemática es análoga a la seguida en la parte anterior, pero ahora se trata de los artículos 14 a 30 de la Constitución y de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional relativos a los mismos. En unos casos se ofrece únicamente un extracto del fundamento jurídico —lo que se advierte con la abreviatura «Res.» (resumen)— y en otros se transcribe el fundamento jurídico en su totalidad —lo que se indica con la palabra «íntegro». Concluye esta segunda parte con un cuadro de correspondencias de los preceptos constitucionales protegidos por el recurso de amparo con los de los textos internacionales ratificados por España (Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, Pacto Internacional de derechos humanos económicos, sociales y culturales, Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y Carta social europea).

La tercera parte consta de diversos apéndices, en que se recoge el texto íntegro de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Convenios europeos antes citados, la Ley Orgánica de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona y la Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio. Se expone a continuación una tabla enumerativa de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional con los datos que permiten su localización en el «Boletín Oficial del Estado», y un interesante resumen de todos y cada uno de los asuntos resueltos mediante sentencia en los recursos de amparo, cuestiones de inconstitucionalidad, recursos de inconstitucionalidad y conflictos positivos de competencia. Merece destacarse, por su novedad en nuestra bibliografía jurídica, el completo formulario de escritos que pueden presentarse ante el Tribunal Constitucional; se ofrecen, entre otros, los modelos de demanda de amparo contra resolución judicial, contra resolución administrativa, y por violación del derecho a la obediencia de conciencia, y los modelos de escrito de alegaciones de la parte recurrida oponiéndose al recurso y de escrito del recurrente interesando la suspensión de la ejecución de una sentencia penal.

En resumen, nos encontramos ante una obra completa y certeramente estructurada, en la que, pese de su carácter recopilador, late el vivo interés del autor por el Tribunal Constitucional. *Este Tribunal que, interpretando la Constitución, ha abierto de par en par las ventanas de unas dependencias que estaban cerradas, y está llenando de aire fresco un ambiente que estaba viciado por el hermetismo de una rutina y unos vicios ya axfisantes, con una doctrina que es capaz de proporcionarnos nuevas ilusiones como juristas.*

PAU PEDRON, Antonio: «Elementos de Derecho Hipotecario». Ediciones ICAI. Madrid, 1983. Un volumen de 182 págs.

Nos encontramos ante una obra dedicada esencialmente a la docencia Universitaria. Pero, a pesar de que esa haya sido la finalidad del autor, no debe ser desconocida por el estudioso en la materia.

Conceptúa el autor el Derecho Hipotecario —pues a pesar de entender que la denominación más precisa es la de Derecho Inmobiliario Registral prefiere mantener la terminología tradicional—, como «el conjunto de normas reguladoras del Registro de la Propiedad, como institución jurídica destinada a la publicidad de los inmuebles y sus vicisitudes o mutaciones de trascendencia real (derivadas de hechos, actos o negocios jurídicos)».

La naturaleza del Registro de la Propiedad es la de una institución de Derecho privado organizada administrativamente, recogiendo el autor como fines del mismo las formuladas por el I Congreso Internacional de Derecho Registral, a saber: consolidar la seguridad jurídica, facilitar el tráfico, garantizar el crédito y garantizar el cumplimiento de la función social de la propiedad, compatible con la libertad, el progreso y el desarrollo de los pueblos.

Después de abordar la evolución de la publicidad inmobiliaria y de la legislación hipotecaria, estudia el autor los distintos sistemas registrales con una profundidad perfectamente armonizada con la concisión necesaria en un libro dedicado a la docencia, abordando también algo que, a pesar de su importancia, ha pasado frecuentemente desapercibido: los movimientos tendentes a la unificación del Derecho Hipotecario, que se manifiestan en los Congresos Internacionales de Derecho Registral y en el Centro Internacional de Derecho Registral, cuya Secretaría General radica en Madrid.

Consecuente con la idea de que el Registro de la Propiedad, como instrumento técnico de publicidad inmobiliaria, constituye el centro del Derecho hipotecario, el autor comienza el estudio del Derecho hipotecario español con la organización del Registro de la Propiedad, tratando a continuación el procedimiento registral, como presupuesto de la publicidad, la forma de la misma y su eficacia, para finalizar con el estudio de la posible inexactitud registral y la posibilidad de conocer el contenido de los libros.

Organización del Registro de la Propiedad.—Después de estudiar las competencias del Estado y de las Comunidades autónomas, y el Registro como oficina, aborda el estudio de la figura del Registrador. Siguiendo a Lacruz, afirma que, si bien existen características en la misma que se corresponden con las del funcionario público (sistema de ingreso, dependencia de la Administración, consideración como tal a efectos penales), hay otras como la de su responsabilidad, sistema de remuneración o régimen del personal auxiliar, que son aspectos claramente propios de un profesional privado, añadiendo el autor que este carácter se acentúa, además, por la función de consejo sobre el modo de subsanar los defectos advertidos a que ya aludía Jerónimo González y la de asesoramiento sobre materias relacionadas con el Registro, funciones éstas que indudablemente se han visto potenciadas recientemente por el Real Decreto de 21 de diciembre de 1983 —poste-

rior a la publicación del libro— que reforma el Reglamento Hipotecario introduciendo la figura de la certificación con el informe del Registrador sobre la situación jurídico-registral de una finca o derecho, el modo más conveniente de actualizar el contenido registral o el alcance de una determinada calificación.

El Registrador tiene dos funciones básicas: la función calificadora que corresponde al ámbito de la jurisdicción voluntaria —cuya atribución al Poder judicial entiende el autor, siguiendo a Guasp, es un hecho contrario a la propia naturaleza de aquélla—, que contribuye al cumplimiento del principio de legalidad y cuya importancia deriva de la de los efectos de la inscripción, y la función documental o autenticadora por la que como dice Lacruz, el Registrador convierte el folio en blanco del libro registral en un documento público.

Procedimiento registral.—El procedimiento registral se basa en el título, que salvo excepciones, ha de ser público y en él ha de producirse la mutación jurídico-real directamente, sin que baste la referencia indirecta a tal mutación y se inicia mediante la rogación que trae como consecuencia el asiento de presentación. Tal procedimiento puede interrumpirse mediante la retirada del documento o el desistimiento.

Continúa el procedimiento registral con la calificación del Registrador. Examina el autor detenidamente el ámbito de la calificación, su objeto y su finalidad: la práctica del asiento o la suspensión o denegación del mismo —con el estudio de la distinción entre faltas subsanables e insubsanables—, así como los recursos contra la misma.

Forma de publicidad registral.—Mediante la inmatriculación, que es un asiento de inscripción, y, por tanto, un documento público extendido por el Registrador en los libros oficiales, se inicia la historia registral de una finca en base a una completa descripción de la misma y una perfecta constatación de su titularidad dominical. Examina el autor con gran detenimiento el problema de la coordinación Catastro-Registro y la regulación de la misma por el Real Decreto de 3 de mayo de 1980. Estudia después el sujeto de la inmatriculación —manifestándose contrario a la inmatriculación de la propiedad sujeta a condición suspensiva porque dicha inmatriculación, a diferencia de las inscripciones ordinarias, tiene vocación de permanencia, y de admitirse podría dar lugar a la expulsión de la finca de los libros registrales, dada la amalgama existente en nuestro derecho entre inmatriculación y primera inscripción— y el promotor no inmatriculante.

El objeto de la inmatriculación es la finca. Se estudian aquí su concepto, sus mutaciones físicas (nuevas construcciones) y formales (agrupación, segregación, segregación y división), así como la concentración parcelaria y las parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas. Dentro de la forma de la inmatriculación se estudian sus distintos medios.

Aborda el autor seguidamente la estructura de la inscripción, con el examen del sujeto, objeto y forma de la misma.

El sujeto de la inscripción es el titular registral. Para poder serlo es preciso, en primer lugar la continuidad de titulares, es decir, el tracto

sucesivo. El objeto de la inscripción son los derechos inscribibles, así como aquellas situaciones limitativas de la capacidad susceptibles de inscripción. Se aborda igualmente dentro del objeto de la inscripción el principio de especialidad o determinación. Dentro de la forma de la inscripción se estudian las formalidades de la misma, las clases de asientos y sus circunstancias.

Eficacia de la publicidad.—Para el estudio de la eficacia de la publicidad, el autor examina separadamente la de cada clase de asientos.

El estudio de la eficacia de la inscripción se inicia con el llamado principio de inscripción, abordándose a continuación el principio de prioridad en su doble aspecto de preferencia excluyente y preferencia de rango y, dentro éste las modificaciones del mismo.

El principio de legitimación es la expresión que designa un conjunto de efectos de diversa índole que la legislación hipotecaria atribuye a la inscripción en beneficio del titular registral. A la clasificación bimembre de efectos sustantivos y procesales añade la categoría de efectos operativos, entendiéndose entre éstos la facultad de presentar a las Oficinas públicas y juzgados los títulos inscritos, y la de disponer del derecho inscrito. Con el estudio del principio de fé pública registral y de la extinción de la inscripción se cierra el de la eficacia de la misma.

El estudio de la eficacia de la publicidad termina con el de la anotación, la cancelación y la nota marginal y el de la ineficacia de la mención.

Inexactitud registral.—Las causas de inexactitud las clasifica el autor en tres grupos: la inintegridad del Registro, consecuencia del carácter voluntario de la inscripción y cuyos remedios son la inmatriculación y la inscripción, la discordancia entre el Registro y la realidad y la irregularidad del asiento, cuando el mismo adolece de defectos por omisión de circunstancias exigidas o por expresión errónea de las mismas.

Si la discordancia entre el Registro y la realidad ha tenido como causa la interrupción del tracto, la reconstrucción del mismo se lleva a cabo, bien por la aportación de los documentos acreditativos de las sucesivas transmisiones bien, cuando ello no sea posible, y sólo en este supuesto, mediante el recurso o los medios específicos constituidos por el acta de notoriedad y el expediente de dominio; si dicha discordancia se produce por ser la cabida inscrita inferior a la real, la concordancia se logra mediante la inscripción del exceso; si la discordancia ocurre por hallarse inscritos gravámenes prescritos, la adecuación se consigue mediante el procedimiento excepcional regulado en la legislación hipotecaria; y si la repetida discordancia tiene lugar por existir una doble inmatriculación, habrá que acudir al juicio declarativo correspondiente.

Estudia también el autor como medios de concordar el Registro con la realidad los supuestos de desinmatriculación, es decir, de eliminación de fincas de los libros registrales, bien por haberse extinguido completamente, bien por sentencia declarando la inexistencia, o bien por caducidad de determinadas inmatriculaciones por no haberse publicado edictos; de re-inmatriculación en los casos de reconstrucción de Registros destruidos, y de coordinación con el Catastro.

Finaliza esta parte con el estudio de la irregularidad del asiento y la rectificación de errores.

Conocimiento del Registro.—Con el estudio de los medios de conocimiento del Registro —certificación, nota simple y exhibición— y una importante referencia a la certificación con reserva de prioridad, que se opone a los principios que rigen nuestro sistema, y a la certificación continuada, que en el momento de la publicación del libro no estaba aún acogida en nuestro Derecho y ahora ya lo está, terminan los «Elementos» con un Apéndice con la historia registral de una finca.

Estamos en presencia de un buen libro de docencia que se caracteriza especialmente por tres notas:

1) La sencillez: el autor, como buen enseñante, ha huido de las discusiones doctrinales en aras de la claridad; el libro resulta especialmente claro y sencillo.

2) Su carácter práctico: se nota especialmente el dominio del autor sobre la práctica registral.

3) Su acertada información sobre el Derecho hipotecario comparado, materia en que los conocimientos del autor son especialmente actuales y completos.

Creo que el libro adolece solamente de un defecto: que su presentación debía haber sido más digna, más acorde con la importancia de su contenido.

José POVEDA DÍAZ

POVEDA DIAZ, José: «Los elementos procomunales en la propiedad horizontal». Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1983. 150 págs.

Desde que Fernando Monet acuñara, en época próxima a la promulgación de la Ley de 1960, la expresión de *atribución procomunal* —que pasaría a ser *departamento procomunal* en el I Simposio sobre propiedad horizontal de Valencia, para quedar definitivamente bautizado como *elemento procomunal*—, la doctrina se ha detenido con insistente curiosidad ante esta figura con apariencia de híbrido entre dos categorías tradicionalmente reconocidas —elementos comunes y elementos privativos—. Pero lo que hasta ahora venían siendo breves aproximaciones doctrinales, han alcanzado, en esta obra de José Poveda Díaz, la categoría de ensayo científico extenso.

El libro que reseñamos es una versión compendiada de la tesis doctoral de su autor —tesis que mereció la calificación de sobresaliente *cum laude* en la Universidad Complutense—. Sin embargo, no es una pura especulación teórica, como advierte el profesor López Jacoiste, prologuista y director de la tesis, sino una acertada combinación de categorías dogmáticas y experiencias vividas. Sintetiza la propia trayectoria de su autor, dedicado simultáneamente durante años a la docencia universitaria y al Registro de la Propiedad. Junto a las sólidas construcciones teóricas aparecen siempre agudas precisiones prácticas.

En las primeras páginas de la obra se aborda el estudio de la acción de división en la comunidad romana del Código y en la comunidad horizontal de la Ley de 1960. El autor no admite que de la interpretación conjunta de los artículos 401 y 404 C. c. se desprenda la posibilidad de una comunidad perpetua, indivisible. Sólo por la expresa declaración del legislador —en el artículo 4 de la L.P.H.— puede surgir una comunidad estable; además, la indivisibilidad tiene un fundamento objetivo: el mantenimiento de la propiedad horizontal; por tanto, sólo la copropiedad especial de los elementos comunes será indivisible, y nunca la copropiedad ordinaria sobre pisos o locales, que quedará sujeta al régimen del Código civil. Se apunta ya inicialmente la concepción del elemento procomunal como elemento común, que el autor sostendrá en las páginas centrales de su obra.

Frente a quienes parecen seguir el designio orsiano del oscurecimiento deliberado, el autor manifiesta una evidente pretensión de iluminar. Clasifica, sistematiza, define. El planteamiento de los problemas parte de un concepto nitidamente formulado: elemento procomunal es aquel piso o local susceptible de aprovechamiento independiente que en vez de destinarse a elemento privativo, se deja como elemento común, con el fin de obtener un beneficio para la comunidad, beneficio que se obtiene, bien mediante el servicio que presta directamente a los copropietarios, bien mediante el beneficio que proporciona la contraprestación correspondiente a la cesión de su uso en forma onerosa.

Aborda a continuación el problema que, por su frecuencia práctica, ha suscitado gran parte de la bibliografía sobre el elemento procomunal: la configuración jurídica de los garajes. Tras una rápida enumeración de los posibles supuestos de hecho y la adecuada configuración jurídica de cada uno de ellos. Poveda Díaz se detiene en la situación en que *la totalidad del garaje, sin dejar de ser elemento común, sirve para ceder su uso de cualquier forma jurídica, y con la contraprestación de esta cesión, obtener un beneficio para la comunidad*. Es el caso típico del elemento precomunal: el inciso final del artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal impide entonces el ejercicio de la acción de división. Un error práctico —la configuración del garaje como elemento privativo— frustra en muchas ocasiones la posibilidad de la conservación indivisa. No obstante, debe tenerse en cuenta la solución abierta por la reciente resolución de 16 de mayo de 1983 a través de la comunidad funcional: no por la vía del artículo 401 del C. c., sino por el cauce del artículo 392, 2.

La configuración de la naturaleza jurídica del elemento procomunal no ha suscitado un criterio único en la doctrina. Se ha hablado de elemento privativo en condominio *sui generis*, de elemento común accidental, de figura intermedia con naturaleza propia. Poveda más que adherirse a la segunda solución, le da vida: destruye los argumentos de quienes han defendido la configuración como elemento privativo (Cámara, Garrido, Soto, Sapena...) y de quienes han propugnado su calificación como *tertius genus*, y analiza las distintas clases de elementos comunes y el tratamiento jurídico de cada uno de ellos —comunes esenciales y comunes accidentales, comunes totales y parciales, comunes de uso parcial, comunes de servicio parcial—. Concluye afirmando el carácter de elemento común accidental, de uso o servicio total o parcial.

Respecto del titular del elemento procomunal se plantean, como advierte el autor, dos problemas esenciales: si han de ser titulares todos los partícipes en la propiedad horizontal o pueden serlo sólo algunos, y si pueden ser titulares de una cuota sobre el elemento procomunal personas ajenas a la propiedad horizontal. Un minucioso análisis de las distintas posturas doctrinales y largos razonamientos perfectamente trabados —que no cabe resumir en pocas líneas— le llevan a afirmar que, si bien todos los elementos comunes son totales, cabe que existan elementos de uso o servicio parcial, y que, por aplicación del régimen general de los elementos comunes, sólo pueden ser titulares del elemento procomunal los partícipes en la propiedad horizontal.

La última parte del libro suscita cuestiones de gran interés práctico: *el elemento procomunal ¿debe tener cuota?, ¿debe ser un piso o local susceptible de aprovechamiento independiente?, ¿debe estar dentro del edificio o puede estar fuera?* Por último, examina el régimen jurídico del elemento procomunal —utilización, administración, disposición, renuncia—, en directa correlación con la naturaleza jurídica que el autor le atribuye, y teniendo presente las distintas modalidades que, por su destino o su titularidad, puede adoptar el elemento procomunal.

Dos aspectos resaltan en la lectura de este libro, además de los indicados: el sugestivo tratamiento de algunos temas generales (por ejemplo, la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal, en las páginas 77 a 93) que dan a la obra una utilidad superior a la que pudiera derivarse de su título, y el exhaustivo análisis de la Jurisprudencia hipotecaria, de la que José Poveda, como Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado, es profundo y directo conocedor. Y concluimos con palabras del prologuista: *Es sorprendente la diversidad de matices, la variedad de cuestiones que es posible contrastar cuando se avanza con rigor intelectual por el hilo conductor de una cuestión jurídica a lo largo de todos sus desenvolvimientos, como sucede en el presente estudio.* Sólo lamentamos que el autor haya suprimido —como indica en la advertencia preliminar— algunas partes del texto original de la tesis, por considerarlas reiterativas o de escasa trascendencia práctica, pero que, sin duda, tenían la misma calidad de lo publicado. El autor no suele ser el mejor crítico de su obra.

Antonio PAU PEDRÓN

PUIG BRUTAU, José: «Fundamentos de Derecho Civil». Tomo II, volumen III. «Enriquecimiento injusto. Responsabilidad extracontractual. Derecho a la intimidad». Casa Editorial Bosch, S. A. Barcelona 1983. 270 págs.

Resultaría ocioso ponderar la calidad o la importancia de este nuevo volumen de los *Fundamentos*, de José Puig Brutau, uno de los más destacados tratadistas de nuestro Derecho civil. Hay que resaltar, eso sí, el acierto de agrupar en un libro independiente tres materias heterogéneas y en cierto como *residuales*: el enriquecimiento injusto, carente de regulación unitaria, el acto ilícito civil, escasamente regulado en nuestro Código, y el derecho a

la intimidad, inexplicablemente ignorado por el legislador hasta fecha muy reciente.

El volumen comienza por una consideración general sobre las obligaciones derivadas de cuasi contratos, con exposición histórica y panorama comparativo, y sigue con un análisis pormenorizado de la gestión de negocios ajenos y el pago de lo indebido. En el enriquecimiento injusto se perfila su concepto y se apunta su carácter marcadamente residual: se emplea la idea de enriquecimiento injusto *cuando la ley no ha previsto una situación en la que se produce un desplazamiento patrimonial que no encuentra una explicación razonable en el ordenamiento vigente*. El préstamo, el comodato, el depósito... deberían subsumirse a esta categoría general si la correspondiente regulación jurídica no se hubiera superpuesto al problema del enriquecimiento injusto, advierte Puig Brutau con cita de Caemmerer. Tras el examen de los antecedentes históricos y la naturaleza de la acción, el autor se adentra en el núcleo del enriquecimiento injusto —el desplazamiento patrimonial— y los requisitos necesarios para que proceda la acción —enriquecimiento, empobrecimiento, relación directa entre ambos fenómenos, ausencia de causa y falta de una acción específicamente dirigida a obtener la restitución, si se admite (cosa que no hace Puig Brutau) el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento injusto—.

Nueve artículos del Código civil y diversas leyes especiales regulan la responsabilidad extracontractual. Pero sobre todo —advierte el autor— existe una serie de criterios normativos derivados de la doctrina y de la jurisprudencia que contienen la verdadera regulación de la materia. Merece destacarse, dentro de la segunda parte de la obra que reseñamos, el estudio de la responsabilidad resultante del ejercicio de profesiones liberales —abogados, notarios, médicos— y el extenso capítulo dedicado a la responsabilidad objetiva, donde se ofrece un interesante panorama de la evolución jurisprudencial y un detallado examen de las leyes que regulan la responsabilidad por razón del riesgo creado.

La tercera parte de este nuevo volumen tiene un especial atractivo por la actualidad de la materia —triste actualidad, derivada de las constantes lesiones de la prensa a la intimidad personal—, y por la novedad de la regulación española. Puig Brutau aporta una docena de casos planteados ante los Tribunales norteamericanos, donde se revela el creciente reconocimiento jurisprudencial del derecho a la intimidad desde finales del siglo XIX; a continuación expone el contenido de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, con breves comentarios al articulado.

Antonio PAU PEDRÓN

REBOLLEDO VARELA, A. I.: «Separación de bienes en el matrimonio» (Régimen de Separación de Bienes en el Código Civil). Ed. Montecorvo, Madrid, 1983, págs. 536.

Bajo el título de «La separación de bienes en el matrimonio» en su aspecto de régimen convencional, el Doctor Rebollo Varela nos ofrece una completa monografía sobre un tema jurídico de gran actualidad y, ello

no sólo por su temática y novedad, lo cual se justificaría por ser la primera monografía que se publica sobre la materia, después de la reforma operada sobre el régimen económico matrimonial por Ley 13 de mayo de 1981, en la que se fija un nuevo planteamiento del tema, ya que recibe de parte del legislador una atención similar a la que éste presta a la sociedad de gananciales como régimen legal, sino porque además el autor no deteniéndose ante la poca expresividad de los textos legales, intenta una construcción completa del propio régimen, partiendo para ello de una constante interpretación de preceptos legales, de una certera valoración de los intereses en conflicto, así como de una rica y variada problemática, todo lo cual se ofrece al lector, además enriquecido con una afortunada precisión terminológica de la que el autor hace gala.

La monografía de Angel Rebolledo gira principalmente en torno a la tesis siguiente: aunque un Régimen de separación de bienes se define, y así lo hace el propio legislador en base a tres principios fundamentales que son los que le caracterizan y que se concretan en la separación de titularidades, en que el disfrute, administración y disposición lo tiene cada esposo sobre sus propios bienes y en que cada patrimonio responde de las deudas contraídas por el cónyuge titular, tal punto de partida no puede considerarse del todo correcto, pues en cuanto Régimen económico matrimonial necesariamente actuará sobre una comunidad conyugal, la cual influirá en el momento de fijar qué bienes constituyen el patrimonio de los esposos, igualmente esa vida en común originará posibles ingerencias de los cónyuges en la administración de bienes de los que no son titulares y, por último, el principio de separación de responsabilidades se verá afectado tanto por la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio como por la responsabilidad derivada del ejercicio de la tradicionalmente denominada «potestad doméstica». De ahí que para el autor lo esencial sea el determinar en qué casos y bajo qué condiciones unas veces la propia ley y otras los esposos actúan limitando el contenido esencial de los postulados básicos del Régimen de separación de bienes.

Formalmente, la obra aparece dividida en cuatro amplios capítulos. En su exposición sistemática y a excepción del primer capítulo, que tiene como fin plantear tanto desde el punto de vista jurídico como sociológico la razón del régimen de separación de bienes y el por qué de su elección como régimen económico, con las ventajas e inconvenientes que el mismo llevó consigo, tanto en la relación de los esposos como para los terceros, dedica cada uno de los tres capítulos siguientes a los diferentes principios base de este régimen matrimonial.

I. EL PRINCIPIO DE SEPARACION DE TITULARIDADES

Rebolledo plantea el tema de la configuración de los diferentes patrimonios existentes en el régimen de separación de bienes como una cuestión de suma importancia, y esto no sólo en el momento de la disolución del régimen, sino también durante su vigencia, ya que de nada serviría una

autonomía patrimonial de los esposos sobre sus propios bienes o una separación de responsabilidades, si los patrimonios no se encuentran bien delimitados o diferenciados y es que el matrimonio que influye de manera fundamental en el régimen de separación hasta configurarlo como un auténtico régimen económico, también va a remodelar un teórico régimen de separación en sede a las diferentes titularidades sobre patrimonios.

Para ello toma como punto de partida la definición que el artículo 1.437 del Código civil hace, según la cual cada cónyuge es titular no sólo de los bienes que tenga en el momento de contraer matrimonio, sino de los que adquiriera después por cualquier título, sin desconocer que a pesar de ser esa la definición legal, en la configuración de los patrimonios latentes dos cuestiones diferentes, que son: una, de atribución de derechos sobre los distintos bienes y, la otra, la prueba de esos derechos. Lo primero no ofrece dificultad, ya que salvo algunos problemas especiales que se pueden presentar —bienes adquiridos por un cónyuge con dinero del otro, o bien de adquisiciones de bienes en cumplimiento de la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio y en consecuencia el título de la adquisición es suficiente para la atribución del bien, es el propio precepto legal el que hace esa atribución. En cambio, la segunda puede ofrecer sus problemas, ya que cada esposo deberá probar sus derechos, es decir, que los bienes le pertenecían antes de contraer matrimonio o los adquirió posteriormente. Prueba que si bien en el régimen de separación de bienes no debe plantear una excesiva dificultad, sin embargo, al actuar sobre una asociación conyugal este principio de separación de titularidades se ve desdibujado debido a que en situaciones normales de matrimonio se origina una cierta confusión de bienes que hará que surjan vacilaciones en el momento de fijar la titularidad de ciertos bienes, por lo que la cuestión de su prueba tiene un papel fundamental. Nos encontramos ante la llamada «Desvirtuación del principio general» de la separación de titularidades en cuanto que será la vía de prueba la que adquiriera una importancia relevante para resolver aquellas situaciones dudosas respecto de la pertenencia de ciertos bienes, por ello, el autor nos lleva a cuestionarnos acerca de cuál sea el sistema de prueba de las titularidades existentes en nuestro Derecho, estableciéndose como contrapartida una doble presunción: una de copropiedad, artículo 1.441 y otra de donación para casos de concurso y quiebra, artículo 1.442 del Código civil.

Punto importante en el estudio que reseñamos es el dedicado a fundamentar y a definir claramente la naturaleza de la presunción de copropiedad que el artículo 1.441 establece, y cuál es su función, ya que el considerar dicha presunción meramente subsidiaria de los demás medios de prueba o como solución para resolver los problemas de hecho cuando ninguno de los cónyuges pueda demostrar su titularidad exclusiva, o considerarla como una presunción de la que ha de partirse y que en su caso habrá que desvirtuar mediante la prueba en contrario, puede afectar a la propia vigencia del régimen de separación, para llegar a concluir su casi equiparación con el régimen legal de gananciales. Por ello no hay duda de que tal presunción tiene otra solución, ya que ante la carencia de pruc-

ba de la propiedad exclusiva de uno de ellos no sea determinante, ambos son beneficiarios de la presunción de ostentar título y su fundamento se encuentra precisamente en la coposición de los artículos 448 y 464 del Código civil y al no haber razón alguna para en iguales condiciones preferir a uno u otro cónyuge en la atribución de la titularidad del bien, la solución final debe ser una copropiedad. Sin embargo, teniendo en cuenta que uno de los principios básicos de este régimen económico es el de separación de titularidades no es de extrañar que el autor dedique una importancia especial a los diversos medios de prueba admitidos en Derecho común, con el fin de enervar la presunción de copropiedad del artículo 1.441 del Código civil, así: prueba por títulos, respecto de los cuales la adquisición será determinante de la titularidad, ya que a diferencia del régimen de comunidad respecto del cual tiene un valor diferente la presunción de ganancialidad según el artículo 1.361 en razón sin duda de los diversos patrimonios existentes, en cambio, en el régimen de separación el acento hay que ponerlo en el momento de la adquisición del bien siendo un problema probatorio diferente si tal adquisición ha tenido lugar con fondos propios o del otro esposo, si éste se los entregó en razón de un contrato de disfrute o mandato representativo, o bien por haber sido donados, en cuyo caso el problema se ha planteado con relación a si lo donado ha sido el dinero o el bien. También es estudiado como medio de prueba el tema del reconocimiento por un cónyuge de la propiedad privativa del otro con los límites señalados en el artículo 1.325 del Código civil y los matices propios que tal reconocimiento puede plantear en el régimen de separación y por último la eficacia probatoria de las presunciones tanto de la posesión como un caso de presunción legal y las llamadas presunciones convencionales de propiedad que los esposos han podido fijar en sus capitulaciones matrimoniales. Por las especiales características con que nacen estas presunciones hace que surja una doble problemática que Rebolledo soluciona con gran agudeza jurídica: primero se dedica a estudiar el fundamento de su admisibilidad o razones que avalan su admisión en nuestro Derecho y a continuación el de su oponibilidad como medio de prueba, a la presunción de copropiedad del artículo 1.441 del Código civil y ello con un doble ámbito de eficacia, ya que se lo plantea tanto en relación con los propios cónyuges como frente a terceros acreedores, si bien estas características se aprecian sólo en aquellas presunciones de propiedad legitimadoras del tráfico jurídico, pero no en las meramente facilitadoras de la prueba o declarativas, ni tampoco en relación con las presunciones atributivas en cuanto que las mismas constituyen según se expresa atinadamente en este trabajo verdaderos casos de donaciones entre esposos.

II. PRINCIPIO DE SEPARACION DE FACULTADES DE ADMINISTRACION Y DISPOSICION

Señala el autor como las normas sobre gestión de patrimonios son sumamente importantes a la hora de examinar el régimen de separación de bienes, ya que no es suficiente para caracterizar a este régimen en todo

su contenido su simple configuración como un sistema económico donde no existe un patrimonio en común, donde cada cónyuge conserva la propiedad exclusiva de sus bienes, pues atendiendo a las normas sobre gestión de los patrimonios, éstos pueden abocar en varios regímenes de separación, por ello la voluntad de los cónyuges expresada en capitulaciones, será la decisiva para determinar, cuál va a ser el sistema de administración y gestión de sus patrimonios, pues sólo en defecto de éstas se regulan por las normas del Código civil.

Parte para ello del principio general que en sede de gestión de los patrimonios establece el artículo 1.437, en el cual se consagra la autonomía patrimonial de los esposos con separación de las facultades de administración, disfrute y disposición de suerte que ninguno de ellos ostente por ley un derecho para ingerirse en la gestión de los bienes de los cuales no es propietario.

Sin embargo, este principio se encuentra sometido a limitaciones que le vienen impuesta por razón del cumplimiento de determinados deberes y que en el Código civil a falta de su calificación como normas de «Régimen Primario» las incardina en un doble sentido: bien como restricciones legales que afectan a la disposición de determinados bienes con independencia de quien sea su titular —siendo un supuesto típico la protección de la vivienda familiar— o bien a la libre administración y disposición por parte de cada cónyuge respecto de sus bienes propios, que se concreta en la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, artículo 1.318 o como deber de los cónyuges de actuar en interés de la familia, artículo 67, las cuales aparecen configuradas como supuestos de falta de legitimación para realizar determinados actos.

La protección de la vivienda familiar, como uno de los límites al poder de disposición que tiene cada esposo sobre sus bienes se consagra en el artículo 1.320 del Código civil, al requerir el consentimiento del cónyuge no propietario para la disposición tanto del inmueble que sirve de vivienda habitual de la familia, como de los muebles que la amueblan. Por ello, el autor, trata de fijar con exactitud tanto la naturaleza de esta limitación como qué debe entenderse por vivienda habitual y muebles de uso ordinario, para pasar a continuación a estudiar aquellos actos de disposición incluidos dentro de dicho concepto, comprendiendo en él tanto los actos a título oneroso como gratuito y en relación con la pregunta de si se extiende sólo a los actos inter vivos o también afecta a los actos «mortis causa», Rebollo señala cómo a pesar de que la doctrina casi con unanimidad aboga por la inclusión en ella de los actos «mortis causa», en cambio, apoyándose en razonamientos que llegan a ser convincentes mantiene la exclusión de los mismos dentro del ámbito del mencionado precepto y ello en base a que su inclusión supondría una limitación excepcional al derecho del cónyuge propietario a disponer de sus bienes cuando tenga por conveniente para después de su muerte, y porque además tal disposición no supone privarle de una parte importante de la protección que el artículo 1.320 otorga, ya que la misma persiste, pues en todo caso el acto estaría sujeto a la anulabilidad prevista en el artículo 1.322 del Código civil.

Igualmente la existencia de cargas en el matrimonio y la obligación de los esposos a su contribución no sólo forma parte del régimen de separación, sino que además va a darle un especial carácter al principio de separación de las facultades de administración y disposición y ello en todo caso de incumplimiento de la obligación de contribuir, ya sea éste total o parcial, que afecte tanto a la contribución legal como a la pactada convencionalmente; tanto si es un incumplimiento malicioso o fraudulento como si se produce por una conducta negligente en la administración de los bienes, o incluso cuando el incumplimiento se origina por una conducta meramente involuntaria, en cuyo supuesto la medida a adoptar por el Juez puede extenderse no sólo a exigir el cumplimiento inmediato de la contribución, sino también a limitar los poderes de administración que el cónyuge incumplidor tiene sobre su patrimonio.

Por último, como punto final de este capítulo y como caso de ingerencia, aunque sea voluntario de un cónyuge en la gestión de los bienes, contemplado en el artículo 1.439 del Código civil, en el cual la administración por un cónyuge de los bienes del otro recibe un tratamiento unitario con independencia de quien sea el cónyuge administrador y quien sea el esposo cuyos bienes van a ser administrados por el otro. ¿Cuál puede ser la naturaleza jurídica de este mandato teniendo en cuenta la influencia del aspecto familiar que incide necesariamente en su configuración? ¿Es necesaria una forma determinada para este mandato según las distintas clases que puede adoptar en atención a su extensión? Sin duda alguna, su especialidad se hace evidente en la preceptuada exclusión de la rendición de cuentas de los frutos percibidos y consumidos frente a los mandatos entre extraños y que Rebolledo justifica, diciendo que tal presunción tiene como finalidad hacer efectiva la contribución a las cargas del matrimonio a las que también está obligado el cónyuge mandante.

III. PRINCIPIO DE SEPARACION DE DEUDAS Y DE RESPONSABILIDADES

Si bien el tercer principio básico del régimen de separación es el de que los patrimonios de los cónyuges permanezcan separados en cuanto a las deudas y obligaciones que pueden hacerse efectivos sobre ellos, según el artículo 1.440 p. 1.º del Código civil, sin embargo, en la realidad no aparece configurado de una manera absoluta, ya que la propia ley establece unos gastos que son comunes y a los que ambos cónyuges con sus patrimonios deberán contribuir, artículo 1.438 del Código civil y además una responsabilidad conjunta para un determinado tipo de deudas, artículo 1.440 p. 2.º y 1.319 del Código civil. Siendo el examen de estas cuestiones lo que dará el verdadero alcance del principio de separación de obligaciones y responsabilidades. Rebolledo Varela, con gran acierto y según criterios vigentes articula las excepciones señaladas a través de las cargas del matrimonio, pero desde dos perspectivas diferentes, así:

- La contribución interna de los cónyuges a las cargas familiares.
- Las consecuencias frente a terceros de las obligaciones contraídas

para subvenir al levantamiento de las cargas más comunes, como son las ordinarias de la familia.

Por ello es de suma importancia el determinar cuándo nos encontramos ante «cargas del matrimonio», tanto por el régimen especial que tienen como por la seguridad de los terceros que ven ampliados los bienes responsables en garantía de sus deudas. Para su fijación toma un concepto legal y objetivo según el cual éstas se concretan: «en el sostenimiento de la familia y la educación de los hijos», artículo 1.362, núm. 1, del Código civil y, para su determinación acude el autor a un criterio cualitativo, es decir, qué atenciones comprende el sostenimiento de la familia, las cuales serán previamente determinadas para cualquier tipo de patrimonio e independientemente de sus circunstancias concretas, y a otro cuantitativo, referido a en qué forma y en qué cuantía han de ser satisfechas esas atenciones lo cual depende ya de las circunstancias concretas de cada familia, de la voluntad de los cónyuges, así como de los recursos económicos del grupo familiar y del nivel de vida que ellos hayan establecido siempre que éste se corresponda con los recursos reales del grupo familiar y ello es así porque el planteamiento de las cargas del matrimonio —qué gastos pueden ser calificados como tales— no pueden hacerse sólo con arreglo a un criterio estrictamente patrimonialista.

La fijación de la cuantía con que cada cónyuge ha de hacer frente a las cargas del matrimonio, se ofrece en la actual regulación con importantes innovaciones, al consagrarse de forma expresa el principio de autonomía de la voluntad y de acuerdo con él en las relaciones internas la contribución se hará como los esposos estimen conveniente y sólo a falta de acuerdo, rige el baremo legal de la «proporcionalidad según los recursos económicos de los cónyuges», contemplándose además por primera vez en el artículo 1.438 la valoración del trabajo doméstico tanto como una forma de cumplir la obligación que pesa sobre cada cónyuge en orden a las cargas del matrimonio y además el trabajo realizado en el hogar dará derecho a obtener una compensación económica a la extinción del régimen.

Por último, el autor estudia el régimen jurídico de las deudas contraídas para subvenir al levantamiento de las cargas del matrimonio y si existe respecto de ellas alguna especialidad que vendrá determinada por la posibilidad de obligar que el cónyuge deudor tiene respecto del patrimonio del otro, como una excepción a la regla general que rige en el régimen de separación: así el artículo 1.440 p. 2.º señala que «en cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica, responderán ambos cónyuges en la forma determinada en los artículos 1.319 y 1.348 de este Código». Fijándose dos formas de contribución: entre cónyuges, lo será en la forma pactada en capitulaciones o en su defecto en proporción a sus respectivos recursos económicos, y frente a terceros, el esposo que ha contraído la obligación y subsidiariamente los bienes del otro cónyuge, destacándose además que las deudas por las que hace responsable al patrimonio del cónyuge no deudor no son todas las contraídas en el levantamiento de las cargas del matrimonio, sino tan sólo aquellas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria. Se convierte así dicha

figura en un pieza clave, según expresión del autor, en cuanto a la responsabilidad frente a terceros por deudas derivadas del levantamiento de las cargas del matrimonio, potestad doméstica de gran raigambre histórica dentro de nuestro Derecho, ya que a través de ella ambos cónyuges han estado obligados a responder frente a terceros por las deudas familiares, si bien esta responsabilidad se ha entendido de diversas maneras según los criterios legislativos imperantes. Que sea la potestad doméstica, así como qué actos se encuentran incluidos dentro de ella son dos cuestiones de máxima importancia, ya que la responsabilidad subsidiaria del patrimonio del cónyuge no contratante se origina por una obligación contraída para atender las necesidades ordinarias de la familia encomendadas a su cuidado y ahí reside la necesidad de calificar con precisión que se debe entender por tal. Frente a la disparidad de opiniones sostenidas por la doctrina, el autor con un criterio restrictivo mantiene que la mención del artículo 1.319 p. 1.º «conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la familia» se refiere tanto a los actos que pueden realizar, como a las necesidades ordinarias y a las encomendadas a cada cónyuge, y ello es así porque en el fondo lo que está jugando para calificar a una deuda determinada como doméstica e incluirla por tanto en la responsabilidad subsidiaria es la cuantía del gasto realizado y es esta cuantía sobre quien recae toda la problemática del párrafo primero del artículo 1.319 Código civil.

La monografía termina con una cuestión importante dentro del tema de la responsabilidad frente a terceros, es la de la calificación que debe darse al contenido del artículo 1.319, inclinándose claramente por configurarle como un precepto de carácter imperativo y por lo tanto fuera de la autonomía de la voluntad, que tiene su fundamento en la propia ley, viniendo exigida tal calificación en interés de los terceros contratantes.

No queremos poner fin a la presente nota sin añadir que la obra termina con un índice bibliográfico muy completo y bien seleccionado; en ella los antecedentes inmediatos de la figura en estudio son aportados sólo en la medida en que eran necesarios para un total entendimiento de la norma en cuestión; igual criterio de ponderación se aprecia en el empleo del método comparativo, ya que en ningún caso se pretende trasladar sus resoluciones a nuestro Derecho y por último se desechan aquellas interpretaciones que con base en principios de regímenes económicos de signo comunitario se han intentado introducir en régimen de separación de bienes. El libro no presenta posiciones ambiguas, sino que el autor se decide abiertamente por aquellas soluciones que él estima preferibles en base a los intereses en juego, y a las razones por las que se ha adoptado voluntariamente este régimen económico, intentando para ello su concordancia con los presupuestos que las normas le ofrecen.

No hay duda que las notas anteriores están avaladas por la valoración muy positiva que el profesor Lete del Río hace de la monografía reseñada en el Prólogo que la precede.

SALINAS QUIJADA, Francisco: «Derecho civil de Navarra». Volumen I, Introducción. Diputación Foral de Navarra e Institución Príncipe de Viana. Pamplona, 1983, 422 págs.

Un acontecimiento crucial para la historia jurídica navarra media entre la primera y la presente edición de esta obra: la promulgación de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra. Aunque la edición de 1971 tuvo presente el texto de la recopilación Privada —elevada luego, por acuerdo de la Comisión Compiladora del Derecho Privado Foral de Navarra, a la categoría de Anteproyecto—, las modificaciones introducidas en aquella, y los posteriores Amejoramientos —sobre la mujer casada, mayoría de edad, y patria potestad, filiación y régimen económico del matrimonio— exigían una actualización de la obra.

Las diferencias que se aprecian *macroscópicamente* entre ambas ediciones son el mayor volumen de ésta de 1983 y la mayor recopilación bibliográfica que ofrece —han transcurrido más de diez años de intensa investigación foralista—. Analizando con detenimiento el contenido se observan otras muchas modificaciones y adiciones; en primer lugar, la reorganización sistemática. El orden de prelación de fuentes, que ha perdido su tradicional carácter polémico tras la Compilación, pasa ahora a uno de los primeros capítulos; el Fuero Nuevo y sus Amejoramientos han exigido un nuevo capítulo, que culmina el dedicado al proceso codificador del Derecho Navarro; la excepcional importancia interpretativa e integradora adquirida por el Derecho histórico en virtud del artículo 1.º de la Compilación explica que se le dedique también un capítulo nuevo; el destinado a estudiar el Derecho supletorio se sitúa ahora después del capítulo relativo a los principios generales.

Después de actualizar la exposición de la prelación de fuentes y de la costumbre, el autor examina los tres amejoramientos posteriores a la promulgación del Fuero Nuevo, dirigidos a armonizar el Ordenamiento navarro a las leyes civiles comunes de 16 de noviembre de 1978 —sobre mayoría de edad—, 2 de mayo de 1975 —sobre la situación de la mujer casada y de derechos y deberes de los cónyuges— y 13 de mayo de 1981 —sobre la filiación, patria potestad y régimen económico-matrimonial—, poniendo de relieve el correcto procedimiento promulgatorio paccionado que les ha dado vida. El estudio de los principios generales se amplía con dos nuevos apartados, sobre el principio religioso, *que informa todo nuestro Derecho foral y que se mantiene vivo en nuestra legislación*, y los principios de tradición y sencillez, que el autor reduce a meras cualidades del Ordenamiento navarro frente a aquella configuración que les atribuye el profesor López Jacoiste.

La importancia dada por la Compilación a la tradición jurídica navarra —y sin duda, también la vocación historiográfica del autor— hacen que el capítulo dedicado al Derecho histórico, desde los fueros locales a los Cuadernos de Cortes, sea el más extenso de la obra. Se profundiza en el estudio de los fueros de Estella, Viguera y Val de Funes y la Novenera, y se amplía la relación de privilegios, cartas pueblas y libertades.

En estrecha relación con el breve apartado dedicado a examinar la inci-

dencia de la Constitución de 1978 en los regímenes forales, está el destinado a estudiar el desarrollo y las conclusiones del Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos civiles territoriales en la Constitución, celebrado en Zaragoza los días 29 de octubre a 1 de noviembre de 1981. El autor del libro que reseñamos defendió en el indicado congreso, frente a la ponencia sobre el artículo 149, 1, 8, una enmienda, según la cual, al Derecho navarro no podían afectarle las afirmaciones sostenidas en aquella y ratificadas por el Congreso, habida cuenta del régimen paccionado preconstitucional propio de Navarra, y de no ser este territorio una Comunidad autónoma. Al publicarse un año después el Amejoramiento de Fuero Público, quedaría ratificada la tesis del Dr. Salinas Quijada, pues los artículos 40 y 48 reconocen a Navarra la competencia de legislar en materia civil como derecho originario.

Un libro con especial y subyacente hondura; con un sello especial infundible, de plenitud y madurez..., decía, al prologar la primera edición de esta obra, el profesor Sancho Rebullida. Y estas mismas características se han acentuado en la presente edición, que añade a la anterior una docena de años de reflexión y pasión por el Derecho navarro. El autor no se ha limitado a breves adiciones de actualización. Una lectura comparativa de los textos de 1971 y 1983 revelan la reconsideración atenta de cada párrafo y cada frase. Además, esa difícil conjunción de ciencia y arte que es toda obra general, introductoria a una materia jurídica —y que ya apuntaba el prologuista de la primera edición— se ha logrado plenamente en esta nueva edición de la obra. La Diputación Foral de Navarra y la Institución Príncipe de Viana han puesto un marco digno con esta esmerada edición.

ANTONIO PAU PEDRÓN

SALINAS QUIJADA, Francisco: «Estudio comparativo del Derecho ayalés y navarro». Diputación Foral de Alava. Vitoria, 1983, 249 págs.

Se trata de un apasionado alegato por la recuperación del Fuero de Ayala —inexplicablemente renunciado por los propios ayalases— en una coyuntura histórica excepcional, cristalizada en dos preceptos concretos: el artículo 149, 8 de la Constitución y el artículo 10 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, que permiten el desarrollo del Derecho foral propio.

La azarosa vida del Fuero de Ayala comienza en una remota manifestación consuetudinaria y se refugia luego en una primera recopilación escrita en 1373; recibe un importante aumento en 1469 y es víctima de un lamentable repudio en 1487; queda reducida, con el paso de los siglos, a una única norma civil, y pasa por último a cobijarse en tres preceptos de una regulación dedicada preferentemente a otro territorio foral, la Compilación de Vizcaya y Alava. Pero, como advierte Salinas, *no se perdió todo, algo se salvó y bien fundamental, algo que puede constituir hoy, en las postrimerías del siglo XX, el punto de partida de una reintegración foral plena del Derecho ayalés.*

El libro comienza con unos interesantes *preliminares* que encuadran geográfica, política e históricamente la Tierra de Ayala y su Derecho histórico, y pasa luego a analizar los preceptos civiles del Fuero. El paralelismo con el Derecho navarro se desarrolla con escrupulosidad; aunque el Ordenamiento

navarro es de una amplitud y profundidad notablemente mayor que el ayalés, el autor sólo invoca los preceptos de aquél, que guardan estrecha relación con éste. La exposición del Fuero no se realiza por el orden del articulado, sino con la sistemática moderna: de la parte general y Derecho de la persona sólo existe una norma relativa a la condición de la mujer (si era hidalga y se casaba con *peón* perdía su hidalguía mientras viviese su marido, pero la recobraba al enviudar); del Derecho de cosas existen preceptos sobre el derecho a construir molinos, requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria y diversas limitaciones al dominio de utilidad privada; del Derecho de obligaciones y contratos, diversas normas sobre prueba de los mismos, prisión por deudas y ejecución de bienes, saneamiento por evicción en la compraventa, y una extensa regulación de la fianza; del Derecho de familia, la posibilidad de legitimación por concesión real, diversas normas sobre derechos y deberes de los hijos respecto de los padres, una amplia regulación de la tutela —que incluye las condiciones que ha de reunir el tutor, el modo en que ha de hacerse su designación y los derechos y deberes que le incumben—, y varios preceptos sobre la sociedad de gananciales, que precisan el carácter de los frutos de plantaciones efectuadas en la tierra de uno de los cónyuges, de las deudas derivadas de delitos y de los bienes adquiridos por permuta o venta de fincas privativas; finalmente, del Derecho de sucesiones, el principio de libertad de testar, diversas alusiones a la troncalidad, una regla sobre la forma del testamento (que podía ser oral, bastando para acreditarlos el testimonio de dos hombres y dos mujeres de buena fama), y preceptos casuísticos sobre incapacidad para suceder, sucesión legal y partición de la herencia.

Tras el estudio del contenido, repasa Salinas las vicisitudes del Fuero desde su primitiva redacción hasta la Compilación de 1959. Primero, el Aumento efectuado en el siglo xv por el Mariscal García de Ayala, consistente en dieciséis capítulos dedicados a prohibir las luchas de bandos y a castigar a sus promotores y adheridos (por tanto, sin contenido civil). Después, la renuncia del Fuero, que el autor no logra explicar, como tampoco puede entender *la actuación del pueblo ayalés y alavés, que ha ido de renuncia en renuncia, dejando por el camino en girones buena parte de sus usos, costumbres y leyes*. Sin embargo, el arraigo de numerosas reglas del Fuero ha hecho que su aplicación se extendiera aún después de promulgado el Código civil, como lo prueban los protocolos notariales de la Tierra de Ayala y los libros de los Registros de la Propiedad.

Termina la obra con un detallado examen de los tres preceptos de la Compilación de Vizcaya y Alava que recogen el único vestigio del extenso Fuero de Ayala: la libertad de disposición mortis causa. El autor contrapone a esta reducida recopilación de preceptos forales la extensa Compilación navarra y la permanente inquietud por conservar íntegra la tradición jurídica, característica de los foralistas navarros. *Es mi deseo* —afirma el autor en uno de los últimos párrafos de la obra— *que Alava consiga un Amejoramiento de su Fuero civil, mediante la retractación de aquella nefasta renuncia de 1487, y la elaboración de un exhaustivo Código foral*.

SECRETARIA GENERAL TECNICA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA: «La reforma del Derecho de familia de 1981». Número monográfico de *Documentación Jurídica*. Madrid, 1982. 2 volúmenes de 515 y 621 páginas.

El primer volumen lleva como subtítulo, *La reforma del Derecho de familia en la doctrina científica, en la doctrina de los Tribunales y en el Ordenamiento jurídico*. La sección doctrinal se inicia con un estudio del profesor Doral García, Catedrático de Derecho civil, sobre *El interés de la familia*. Se trata de una expresión que aparece en numerosos preceptos del Código civil, y constituye, en opinión del autor, uno de los llamados *conceptos jurídicos indeterminados*. Tratando de determinarlo, el profesor Doral lo descompone en dos nociones que se esfuerza en puntualizar: familia e interés. En cuanto a las manifestaciones del interés de la familia, *son tan amplias* —afirma— *como las vicisitudes posibles de la vida familiar*; por ello, se ve obligado el autor a examinar tan sólo los textos legales más característicos del Código civil en que aparece la repetida expresión. El interés de la familia es, en definitiva, *un interés con tutela propia ante la lesión por un cónyuge o por actos de tercero*. Sus funciones pueden concretarse en dos fundamentales: ser principio general del Derecho o criterio rector, y constituir un límite intrínseco del ejercicio de los derechos en el marco familiar.

En un extenso y profundo artículo —*El vínculo de matrimonio en la legislación española actual*—, el profesor Lalaguna Domínguez, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia y eminente especialista en la materia, se adhiere a la afirmación, *muy grave, pero cierta*, del profesor García Cantero, de que con las recientes reformas del régimen jurídico familiar se ha construido un *sistema matrimonial contradictorio*. Para resolver los problemas exegéticos que gravitan sobre la nueva regulación, resulta necesario —y así lo hace el autor— repasar los textos normativos y jurisprudenciales que configuran el vigente sistema matrimonial: La Constitución, los preceptos reformados del Código, la legislación del Registro civil y las Instrucciones y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. El profesor Lalaguna justifica la referencia a las *formas* del matrimonio en el artículo 32 de la Constitución por razón de la circunstancia histórica en que se produce, y sostiene que la referida expresión atiende a un designio que trata de conciliar una doble finalidad: por una parte, mantener el sistema matrimonial de carácter electivo, con el consiguiente reconocimiento estatal de las normas que regulan el matrimonio canónico, al lado de las propias del matrimonio civil, y por otra, admitir la presencia del ministro de alguna de las confesiones religiosas reconocidas por el Estado como fedatario de la prestación del consentimiento en el acto formal de la celebración del matrimonio civil. El profesor Lalaguna estudia a continuación la eficacia civil del matrimonio canónico, la jurisdicción de la Iglesia católica sobre el matrimonio en el orden jurídico español, la eficacia civil de las sentencias eclesiásticas de nulidad del matrimonio canónico y la disolución del vínculo.

En el estudio sobre *La igualdad de los cónyuges y la organización y ejercicio de las potestades domésticas*, el profesor De los Mozos comienza pun-

tualizando que antes de formular las líneas generales que inspiran una reforma legislativa resulta necesario una exégesis adecuada de los preceptos fundamentales. Por ello limita su análisis al artículo 1.319 del C. c., precepto que, según el autor, hace aplicación del principio de igualdad de los cónyuges en relación con la organización de las llamadas «potestades domésticas» y constituye una norma de régimen económico-matrimonial primario, que por ello se aplica a todo matrimonio, de forma mediata o inmediata, cualquiera que sea el régimen a que se halle sometido. El estudio del precepto lo concreta el autor en los cuatro aspectos que formula del modo siguiente:

1. El principio de igualdad se manifiesta aquí generando la *paridad* de posiciones de los cónyuges en el ejercicio de las potestades domésticas.

2. No obstante ser una norma de régimen primario, predomina la *libertad* de los cónyuges en la organización y en el ejercicio de las potestades domésticas.

3. El párrafo 2.º del artículo 1.319 establece claramente una regla de *responsabilidad*, no una norma de contribución al levantamiento de las cargas domésticas y juega en la relación externa de los cónyuges con los terceros.

4. El párrafo tercero, en cambio, del propio artículo 1.319 establece en la relación interna de los cónyuges el reconocimiento de un derecho de reintegro, de la relación de deuda de uno frente al otro.

Una exposición panorámica, clara y completa es la que ofrece el profesor y Magistrado del Tribunal Supremo, Enrique Ruiz Vadillo, recogiendo íntegramente la bibliografía posterior a la reforma y enfocando los viejos problemas a la luz de la nueva regulación, en su artículo *La filiación en la Constitución española y en la Ley de 13 de mayo de 1981*. Aunque el propio autor afirma que se ha limitado a exponer opiniones ajenas, diversos epígrafes recogen su maduro y valioso criterio personal sobre el tema: léase con especial detenimiento, por esa razón, los apartados destinados a fijar los criterios básicos de la reforma —con las *consideraciones críticas* a los mismos— y las *conclusiones* que ponen fin al estudio puntualizando el carácter del Derecho civil de la familia, la función de la Constitución en este ámbito y las facultades concedidas a los Jueces y Tribunales.

Con su habitual amenidad y erudición, el profesor y académico José María Castán Vázquez expone —en *La patria potestad* como función en el nuevo *Derecho de familia*— la evolución operada en la realidad social y las orientaciones aceptadas en el Derecho comparado —Francia, Italia, Portugal y Alemania—, señalando luego el camino seguido por la legislación española desde las Partidas hasta la reforma de 1981, en que se consagra de forma clara el principio de que la patria potestad es una función ejercitable en beneficio de los hijos.

El artículo del profesor Joaquín Arce y Flórez-Valdés, *La reforma de la adopción en las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 y la hipótesis de un nuevo planteamiento legal de la filiación adoptiva*, tiene especial interés porque, como advierte el autor, se sitúa en una perspectiva de futuro. No se elude por completo el examen de la reforma, pues se exponen sus puntos

fundamentales —entre ellos las misteriosas vicisitudes del artículo 176—, pero el autor se centra en construir *la hipótesis de un nuevo planteamiento de la filiación adoptiva, que responda en su regulación legal o la que ha llegado a ser, en España y ahora, su realidad jurídica y socio-familiar*. Según el profesor Arce, hay indicios que hacen prever otra posible futura reforma en base a los hechos que la propia reforma suministra. La regulación legal española sobre la adopción parte, aun después de la reforma, de dos principios que han de ser superados: la configuración de la adopción como institución parafamiliar y el encubrimiento de un último reducto de discriminación paterno-filial. Frente a este estado legal, el autor propugna porque la adopción se regule como verdadera filiación, paritaria con la filiación por naturaleza, y porque se supere toda discriminación que puea devaluarla.

El Notario de Formentera José Cerdá Gimeno desarrolla —con notable bagaje estadístico y bibliográfico— el tema de *Las capitulaciones matrimoniales tras la reforma de 1981*. Con el propósito de estudiar la figura *en sus tres dimensiones de derecho eficaz, derecho legítimo y derecho válido*, el autor analiza el hecho social del otorgamiento de capitulaciones, el valor que tienen desde el nivel de la Justicia y el ámbito normativo de las reglas dedicadas a la figura en el Código civil.

En sus *Notas sobre el régimen matrimonial primario*, el profesor García Cantero, Catedrático de Derecho civil, explica el origen de este concepto, ya plenamente arraigado en nuestra doctrina, y su evolución posterior. La ley de 13 de mayo de 1981 ha aportado la novedad sistemática de colocar el título III del libro IV, un capítulo preliminar con disposiciones de carácter general. Pero, como advierte el autor, no todas estas disposiciones integran propiamente el régimen matrimonial primario, ni cabe excluir que fuera del capítulo haya otras normas que puedan incluirse en el mismo. El profesor García Cantero estudia particularizadamente cada una de las reglas que constituyen ese régimen primario: el levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1.318), el ejercicio de la potestad doméstica (art. 1.319), la protección de la vivienda habitual y su mobiliario (art. 1.320), el derecho del cónyuge sobreviviente al ajuar de la vivienda habitual común (art. 1.321), la sanción de los actos realizados unilateralmente por uno de los cónyuges cuando era legalmente necesario el consentimiento del otro (art. 1.322) y la libertad de contratación entre cónyuges (art. 1.323). *¿Hay otras integrantes del régimen matrimonial primario?* El autor cree encontrar *ciertas normas con alguna vocación de universalidad y generalización*, pese a encontrarse radicadas en determinados regímenes matrimoniales típicos: el deber de información recíproca y periódica sobre la situación de cualquier actividad económica de los cónyuges, la sanción por una administración irregular que lleve a cabo un cónyuge en sus bienes propios, la computación del trabajo doméstico como contribución a las cargas y el derecho a obtener compensación por el mismo, y la figura del mandato tácito y recíproco entre los cónyuges.

En *Reforma de familia y sucesión mortis causa*, el profesor Torres Lana observa que la relación entre ambos fenómenos mencionados en el título permite diferenciar tres distintos tipos de instituciones sucesorias: aquellas

cuya modificación venía perentoriamente exigida por la reforma de familia, aquellas otras que han resultado coyunturalmente reformadas por razones de oportunidad y no por imperativo directo de la reforma de familia, y aquellas otras instituciones cuya regulación no ha variado, pero han sufrido, en mayor o menor medida, los efectos de la onda expansiva de la reforma. Como observa agudamente el autor, las cuestiones más conflictivas se plantearán precisamente en estas últimas. Antes de examinar cada uno de estos ámbitos de incidencia de la reciente reforma familiar, el profesor Torres Lana se detiene en tres importantes problemas previos: si se ha originado una nueva concepción de la familia; qué ámbito de aplicación territorial van a tener los dos sectores reformados —filiación y sucesiones— y qué impacto van a recibir las instituciones sucesivas forales como consecuencia de la aplicación del nuevo régimen. El autor concluye enjuiciando desfavorablemente la reforma. *Hay que decir lisa y llanamente —escribe— que se ha perdido una oportunidad para cumplir el mandato constitucional respecto a la filiación y organizar, a la vez, el área sucesoria, armonizando todos los intereses en presencia.*

En un estudio breve y denso, *Repercusiones de la reforma del Código civil en el Código penal en materia de filiación*, la profesora Paloma Fisac de Ron examina los preceptos del Código penal que aluden a la filiación, así como la doctrina que los interpreta. Concretamente son cinco tipos de alusiones realizadas, y a ellas ajusta la autora la estructura de su artículo: se habla del parentesco en términos generales; se habla del niño como sujeto pasivo del delito; se incluyen los adjetivos de legítimo e ilegítimo; se distingue entre legítimos y naturales; y se menciona exclusivamente al legítimo. De este minucioso análisis se desprende la urgente necesidad de reformar los tipos penales, para lograr la protección integral de los hijos y que su igualdad ante la ley no lo sea sólo ante la ley civil, sino también —como advierte la autora— ante la ley penal.

La sección jurisprudencial de este primer volumen está integrada por dos sucesivas exposiciones —exhaustivas y sistemáticas— de las sentencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y las Audiencias Territoriales; la sección de fuentes normativas, por los preceptos constitucionales que se desarrollan en la reforma —transcritos en los diversos idiomas nacionales—, el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979, los preceptos reformados del Código civil, el Real Decreto de 3 de julio de 1981 por el que se crean los Juzgados de Familia y la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de junio de 1981, sobre consecuencias registrales del nuevo régimen legal de la filiación; y, por último, la sección bibliográfica está integrada por las recensiones de nueve obras relativas a la reforma del Derecho de familia de 1981.

El segundo volumen como subtítulo *Documentos y bibliografía*. A lo largo de doscientas páginas, y bajo el epígrafe *Trayectoria en sede parlamentaria de la Ley 11/ 1981, de 13 de mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, se exponen, en columnas paralelas, los textos remitidos por el Gobierno y aprobados por el Congreso

y el Senado. A continuación se insertan los discursos pronunciados por el Ministro de Justicia ante el Pleno del Congreso al iniciarse el debate del dictamen ante el Pleno del Senado de la Comisión de Justicia sobre el Proyecto de Ley, por el mismo ministro de Justicia al iniciarse el debate del dictamen de la Comisión de Justicia e Interior en relación con el Proyecto de Ley, por el mismo ministro de Justicia ante la Comisión de Justicia del Congreso para presentar el Proyecto de Ley, por el mismo ministro de Justicia ante el Pleno del Congreso de los Diputados en defensa del Proyecto de Ley. Una extensa sección dedicada a la reforma del Derecho de familia en los países occidentales europeos del área de influencia latina reproduce los preceptos familiares del Código belga, el Código civil francés, el Código civil italiano y el Código civil portugués. Cien páginas de apretada reseña bibliográfica —redactada por Miguel López Requena, Jefe del Gabinete de Documentación y Publicaciones del Ministerio de Justicia— permiten conocer en toda su integridad la doctrina científica española y extranjera.

Antonio PAU PEDRÓN

TAMAYO SALAVERRIA, Virginia y Carlos: «Fuentes documentales y normativas del Estatuto de Guernika». Publicación de la Excm. Diputación Foral de Alava, con la colaboración del Instituto de Historia del Derecho de Euskal Herría. 965 págs.

Se trata de una recopilación sistematizada de las fuentes documentales y normativas relativas al Estatuto de Autonomía del País Vasco de 1979. En lugar de escribir una historia del proceso estatutario, los autores han perseguido el mismo fin recopilando exhaustivamente la documentación que ha ido integrando ese proceso. Las razones que les han movido a iniciar y culminar la tarea: evitar la pérdida o el olvido de los documentos que prepararon el anterior Estatuto de 1933 y permitir la valoración del vigente Estatuto de 1979 como esfuerzo común de acercamiento de todas las fuerzas políticas que lo redactaron. La ordenación cronológica de los textos se divide en tres libros: 1.º *Antecedentes históricos más significativos del presente proceso estatutario*, 2.º *La elaboración del Proyecto de Gernika*, y 3.º *Del Proyecto de Gernika a la Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía del País Vasco*.

Cada documento va precedido de una breve síntesis de su contenido de los datos de localización o procedencia y de una doble numeración —sistemática y correlativa—. En muchos casos el texto normativo se ofrece, a doble columna, en castellano y en vasco.

Dos rasgos merecen destacarse de esta voluminosa publicación, además de la *exhaustividad* ya apuntada: la precisión y amplitud de los índices —general y cronológico— y la insuperable calidad de la edición. Como advierte en la *presentación* el Diputado General de Alava, esta obra constituye un material irremplazable para conocer esta última etapa de la historia vasca y para que el lector adquiera un conocimiento objetivo y completo de los antecedentes del Estatuto Vasco de 1979.

Antonio PAU PEDRÓN

I. REVISTAS ESPAÑOLAS

A cargo de José Ramón ANTON RIESCO

OCAÑA RODRIGUEZ, Antonio: «¿Subsiste el matrimonio canónico en España como institución?». Alcance del artículo 80 del C. civil tras la Ley 7-7-81. R.D.P. diciembre 1981, página 1075.

La nueva ley del matrimonio de 7 de julio de 1981, aplicable a los españoles en todo caso como ley personal, va a producir sin duda difíciles problemas de interpretación sobre todo en el campo de las relaciones entre derecho civil del Estado y el derecho de la Iglesia.

El matrimonio canónico ha dejado de ser obligatorio, sopena de ineficacia civil, cuando uno de los contrayentes profesase la religión católica, pero ¿subsiste como posibilidad abierta para los españoles?

Lo importante al respecto sería destacar que el matrimonio para el Estado Español no puede considerarse como acto privado y requeriría el concurso, junto a la voluntad de los cónyuges, de otra voluntad autenticante, reconocida como eficaz por el Estado. El matrimonio es un acto formal y las solemnidades propias contribuyen esencialmente a su eficacia.

Más bien debería decirse que la nueva ley regula el matrimonio de los españoles estableciendo sus requisitos de fondo y de forma y permitiendo, que según las libres convicciones de cada uno, la forma pueda ser meramente civil o religiosa en el sentido explicado.

Las ambigüedades del Código en esta materia tienen su origen en el deseo del legislador de respetar tanto el Acuerdo sobre asuntos jurídicos con la Santa Sede como la igualdad de todas las confesiones que puedan ser reconocidas ante el Estado, quien se define asimismo como aconfesional.

Sin embargo, el matrimonio canónico no es considerado como mera forma de prestar el consentimiento por el código civil. En consecuencia las sentencias eclesíásticas que declaren la nulidad del matrimonio canónico, no habiendo sido dictadas en rebeldía y siendo auténticas y ejecutorias, deben ser tenidas por ajustadas a derecho del Estado, salvo que haya existido previo matrimonio en forma civil y luego los cónyuges contraigan matrimonio canónico. Esta conclusión es apoyada por los argumentos que el autor sentencia a continuación a través de los textos legales o correspondientes partiendo a su vez del artículo 32, 2 de la Constitución Española.

Examina a renglón seguido las posibilidades de contradicción entre ambas

legislaciones, en materias como capacidad para contraer matrimonio, dispensa de la misma edad, impedimentos como impotencia, orden sacro, profesión religiosa solemne, etc., etc.

No obstante, a veces se realizan afirmaciones aventuradas como que la jurisdicción ordinaria puede declarar a solicitud parte legítima, la nulidad de un matrimonio canónico por falta de requisitos fundamentales de forma.

MALUQUER DE MOTES BERNET, J.: «La codificación civil en España. Síntesis de un proceso». R.D.P. diciembre 1981, página 1083.

Existen dos criterios al analizar la codificación civil, que son normalmente aceptados por la doctrina civilística actual: el sentido unionista del artículo 258 de la Constitución de Cádiz y el que la deseaba codificación no se llevó a cabo con motivo de la oposición de las legislaciones forales.

Sin embargo, el autor, opina que acaso sería más oportuno pensar que la razón poderosa para que ello no ocurriese radica en la inoportunidad del propio proceso.

El proceso codificador gira en base a dos postulados básicos: el aspecto político y el aspecto económico. El primero de ellos produce a veces la estructuración de un nuevo régimen político, el liberalismo, cuyo máximo exponente era el contenido de la Constitución de 1812. El segundo, la abolición de las fórmulas tradicionales de las relaciones sociales por medio de la supresión de los mecanismos de carácter feudal y haciendo la propiedad, libre, absoluta y sin limitaciones e individual imputable sólo a personas físicas, pero no a personas morales y jurídicas.

La crisis y transformación de la antigua propiedad hace que Codificación y Constitución vayan siempre juntas. Así se produce una trilogía de causas que influyen de modo decisivo en la connotación del siglo XIX: desvinculación, desamortización eclesiástica y civil y la despatrimonialización del agua. Con ello la propiedad inmueble adquiere y obtiene una perspectiva distinta de que había tenido hasta entonces.

Se produce lo que el autor denomina consolidación de la propiedad adquirida. Pero viene a continuación el Congreso de Jurisconsultos de 1863. La cuestión se va desviando hacia temas como las libertades individuales, entre las que descuellan la del reconocimiento del derecho de asociación, así como la libertad de reunión y expresión que se recogen en el Decreto de 1.º de noviembre de 1868 y todo ello conlleva el respeto de la propiedad privada.

Esa propiedad privada se examina a través del texto del código civil de 1869 en su libro primero.

Es de vital importancia, a juicio del autor, igualmente, la ley de matrimonio civil y la del Registro Civil.

El Registro Civil pretende alcanzar la más absoluta autenticidad y quiere obtener y merecer la fe más absoluta por todo lo cual, además de comprender todos los hechos relativos al estado civil, se encarga su protección a los Tribunales de Justicia.

Unidad no es lo mismo que uniformidad. Aquella significa reducir a una sola la variedad de legislaciones existentes; ésta, el respeto a dichas variedades. Alrededor de estos conceptos gira el verdadero problema codificador. Prevalece el criterio último, es decir, el de la uniformidad. Tal es y no otro, el verdadero estilo y sentido del decreto de 2 de febrero de 1880, de Alvarez Bugallal.

STOLL, H. y LANG, Gerhard: «La evolución del derecho privado alemán durante los años 1979 y 1980». R.D.P., enero 1982, páginas 16 y ss.

Tres apartados distintos se refieren a las materias que son objeto de examen en este trabajo.

Uno, primero, relativo a la legislación del derecho privado alemán, otro, que tiene por objeto todo lo concerniente a la jurisprudencia y un tercero y último que se refiere a la reunión o cincuenta y tres congreso del Jurista Alemán.

Por lo que atañe, al primero, la legislación se hace una enumeración sobre determinadas materias, así sobre patria potestad con sus connotaciones o circunstancias más esenciales. Por ejemplo, el derecho de patria potestad, la educación del menor, el perfeccionamiento de la judicatura estatal, las relaciones de acogimiento o prohijamiento familiar, y la materia de patria potestad después de la separación de los cónyuges.

Es destacable que no se pueden tomar para la educación medidas degradantes, que se ha de tener en cuenta la aptitud de los hijos, se tiene una idea poco común de la familia asociativa, se obliga a padres e hijos a una recíproca consideración, se mejora la situación y responsabilidad de los hijos en casos de irresponsabilidad de los padres, etc., etc.

Se permite la transmisibilidad de la patria potestad al Tribunal de Tutelas, se sienta el principio de que en bien del hijo es el criterio decisivo de todas las resoluciones judiciales, e incluso se puede conceder en caso de separación la patria potestad a uno sólo de los padres.

Otras materias objeto de regulación han sido la ley de contratos de viaje, la ley sobre asesoramiento o consejo, el auxilio en costas procesales, derecho de carteles, ley de patentes comunitarias y el derecho de sociedades de responsabilidad limitada.

Los temas que han sido objeto de la jurisprudencia se refieren a materias como resoluciones del Tribunal Constitucional, sobre pagos de pensiones, ejecución forzosa, responsabilidades de los médicos, o resoluciones del Tribunal Supremo Federal, sobre cuestiones tales como responsabilidad del Estado frente a extranjeros, responsabilidad en caso de infracción administrativa en supuestos de falta de revisión administrativa de automóviles, derecho documental y resoluciones sobre derecho Internacional Privado, teniendo especial importancia la venta de un inmueble sito en España.

Por último, se hace constar que cerca de tres mil juristas se dieron cita en Berlín en el Congreso del Jurista alemán, donde se trataron temas como medidas de protección al consumidor, negocios jurídicos financiados, abusos en prácticas comerciales, etc., etc.

Hacemos constar a efectos de la recensión que la traducción ha sido realizada por el Magistrado señor Santos Briz.

DE LOS MOZOS, José Luis: «La nueva ley de arrendamientos rústicos. Comparación crítica con la legislación anterior». R.D.P., febrero 1982, páginas 99 a 110.

Mantiene el autor la postura de que el presente trabajo es sólo fruto de la visión de un jurista independiente de que se trate de una ley más o menos politizada y dentro de ese prisma y de esa óptica realiza el estudio.

Una primera parte se dedica a examinar el concepto del arrendamiento y el ámbito de aplicación de la ley. Así, es digno de alabanza el que se configure como un instrumento de reforma agraria y no de un contrato de cambio. Tal es el principio del arrendamiento colectivo como el supuesto de la estabilidad del agricultor y la prevalencia de sus derechos frente a los del propietario no cultivador. En cuanto a los elementos personales y la forma del contrato, el autor sostiene que se ha llegado a la creación de una institución intermedia entre el arrendamiento y los censos desde un punto de vista sitomático, ya que se exige la capacidad para enajenar para poder dar bienes en arrendamiento. Existe igualmente un aire renovador en cuanto a las personas que pueden ser arrendaticios, así se enumeran personas individuales y jurídicas recogiendo bastantes de las teorías de la doctrina en relación con el contrato anterior e igualmente en cuanto a las agrupaciones de personas y demás entes colectivos.

No obstante se muestra bastante crítico en cuanto a la materia de la forma y la prueba. No se compagina el hablar de libertad de forma y seguidamente señalar unos requisitos para formalizar por escrito los denominados contratos-tipo.

Se echa, por el contrario, en falta una regulación más minuciosa sobre la finca rústica. No se distingue entre fincas de aprovechamiento ganadero y fincas de aprovechamiento agrícola en cuanto a la duración del arrendamiento; acaso sea éste uno de los mayores fallos de la ley. En cambio, la regulación que hace sobre la renta es casi perfecta. Tanto por los criterios generales que actualiza como por los sistemas que utiliza. A juicio del autor en cuanto a la duración la ley se ha quedado un poco corta. No ha conseguido una claridad esencial para que al terminar los plazos o las prórrogas las fincas vuelvan al propietario con un automatismo que hubiera sido deseable.

Uno de los temas más claros es el del régimen de aprovechamientos y mejoras, así como el de los derechos de adquisición preferente. Es perfecta la

distinción entre gastos y mejoras y técnicamente perfecta. Sin embargo, la sistemática de los derechos de adquisición preferente es un tanto imperfecta porque se regulan temas como tanteo y retracto y derecho de adquisición preferente y adquisición forzosa que a juicio del tratadista no tienen nada que ver.

Sienta, finalmente, su opinión sobre cesiones, subrogaciones y subarrendos, así como aparcerías y normas de derecho procesal, señalando la nota característica de las llamadas Juntas Arbitrales que pueden ser de interés extraordinario.

SOTO NIETO, Francisco: «Caracteres fundamentales de la solidaridad pasiva». R.D.P., julio-agosto 1981, páginas 782 y ss.

El presente estudio constituye una parte o capítulo de la tesis doctoral de su autor dedicada a «La responsabilidad solidaria derivada de los ilícitos culposos civil y penal». Afirma en la introducción que la solidaridad pasiva en la responsabilidad emanante del cumplimiento de las obligaciones inunda hoy día el mercado jurídico y viene a ser, a diferencia de antaño, la respuesta generalizada de los plurales obligados.

El estudio tiene por objeto cuantitativamente un total de seis capítulos o apartados, entre los que descuellan especialmente las materias relativas al principio de no presunción de la solidaridad, una reacción favorable en la actualidad a este principio y el derecho de nivelación o regreso a favor del deudor que paga y el examen de sus características.

Por lo tocante al primer tema, principio de no presunción de la solidaridad, afirma que éste nace de los artículos 1.137 y 1.138 del código civil, con tal claridad que ambos lo hacen evidente, pero frente a ello son dignos de tenerse en cuenta ciertos criterios actuales, como, por ejemplo, las marcadas tendencias socializadoras del derecho, la progresiva mercantilización y publicación del derecho civil, las exigencias de un tráfico jurídico cada vez más fluido e intenso, la instrumentación de una economía de grupo alejada de viejos cánones individualistas, los cuales no habían adquirido pleno reconocimiento o tan sólo apuntaban tímidamente a la publicación del código civil. Este apartado termina con la siguiente frase del autor: «en definitiva, las ataduras del principio de no presunción de la solidaridad no han significado un obstáculo insalvable para el acercamiento de nuestro derecho jurisprudencial a los más progresivos sistemas enarboladores del opuesto postulado».

La tesis contraria sustentada debido a las necesidades del momento actual se divide, bajo el título del «Derecho de nivelación o regreso a favor del deudor que paga» en la razón y características de la acción de regreso, el derecho de repetición o regreso y el derecho de subrogación en el crédito a favor del deudor solidario que paga.

En el primer apartado se examina especialmente el artículo 1.145 del

C. civil, naciendo lo que en la terminología del autor se denomina acción niveladora o de regreso, merced a la que el coobligado que haya satisfecho pueda hacer efectiva la justa compensación del exceso satisfecho.

El derecho de repetición o regreso no es igual en todos los casos, sino que no puede ejercitarse necesariamente de un modo uniforme respecto de los restantes comprometidos en el pago. En esta hipótesis puede decirse que no existe deuda común entre los comprometidos al pago.

El derecho de subrogación viene a ser limitado por el artículo 1.145 del código civil y restringido sus efectos en el sentido de mermar su cantidad y calidad de crédito del deudor que satisfizo la totalidad de la deuda.

JIMENEZ Y FERNANDEZ DE CARVAJAL, J.: «El matrimonio canónico en el proyecto de ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio». R.D.P., julio-agosto 1981.

El proyecto de ley sobre reforma del código civil en materia matrimonial ha suscitado ciertas dificultades y ha producido tensiones con la Iglesia Católica tanto a nivel jerárquico como a nivel de ciudadanos católicos. Los puntos polémicos del proyecto de ley pueden agruparse alrededor de dos temas fundamentales: 1.º El del reconocimiento del matrimonio canónico: su naturaleza jurídica, efectos civiles y disolución. 2.º El divorcio civil, ámbito, causas y procedimiento.

El núcleo del problema puede sintetizarse en la siguiente afirmación: el proyecto de ley ha sustituido el matrimonio canónico optativo, llamado a producir efectos civiles, según el Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español, por el matrimonio civil obligatorio, una de cuyas formas, regulada también por el Estado, puede revestir un aspecto religioso.

El matrimonio canónico en el Acuerdo con la Santa Sede se establece en el sentido más propio y riguroso, es decir, un matrimonio regulado por el derecho de la Iglesia católica y un matrimonio civil con forma religiosa. Tal es lo que establece el artículo 6.1 del Acuerdo. Se dan normas de derecho comparado para corroborar esta afirmación, tales como el Concordato con Italia, Austria, Portugal, República Dominicana y Colombia.

Otro apartado del trabajo se dedica a estudiar las causas canónicas de nulidad y la disolución del matrimonio rato y no consumado. Se erige su regulación en el artículo 6.2 del Acuerdo y viene a confirmar esta disposición lo dicho sobre reconocimiento del Acuerdo con la Santa Sede. Los Tribunales Canónicos al juzgar sobre un matrimonio de este tipo deberán hacerlo con acuerdo a las leyes canónicas y con su sujeción a las civiles. Lo que sí es cierto que para la eficacia civil de una sentencia eclesiástica de nulidad es necesario que sean declaradas ajustadas al derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal competente.

Por último, se hace una referencia al matrimonio canónico y matrimonio

civil, afirmando que dejando a un lado el tema de divorcio sí o no, se trata de aclarar que el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico no implica, por sí necesariamente, la indisolubilidad civil de dicho matrimonio.

Como conclusión el autor afirma la desviación entre el texto del Acuerdo y el Proyecto de Ley, ya que el primero establece un matrimonio canónico optativo frente al Proyecto que trata de configurar un matrimonio civil obligatorio que pueda revestir una formalidad religiosa. Los esfuerzos para paliar o disimular esta radical contradicción son inútiles.

SERRANO ALONSO, Eduardo: «La accesión bien mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 del código civil». R.D.P., julio-agosto 1981, página 669.

La accesión se estudia en primer término desde un punto de vista terminológico o literal en su triple versión para dar a continuación una visión histórica de la cuestión sobre todo en el derecho romano y la Edad Media, sin olvidar entrar en el examen de la construcción histórica de la figura, resumiendo las opiniones en torno a la misma o bien como un modo de adquisición de la propiedad o bien calificándola como un simple derecho de accesión.

El artículo 350 del código se examina a la luz de considerarle como una manifestación del contenido del derecho de propiedad en la más amplia configuración que del mismo hace el 348 del mismo cuerpo legal. Pero sin embargo, el código ha regulado el supuesto de construcciones en suelo ajeno en los artículos 361 a 364, en los que se intenta conjugar el principio de carácter absoluto de predominio de la titularidad dominical del suelo con la debida protección a la buena fe del constructor que construye en terreno ajeno, ignorando tal situación.

Se dice lo que es construcción a efectos de la accesión, recogiendo las opiniones Lacruz Berdejo y Díez Picazo sobre que es toda actividad por la cual se incorpora de forma fija y permanente una nueva instalación que puede ser lo que en sentido vulgar conocemos por edificio. Se señalan igualmente los supuestos en que es posible admitir mejor derecho del constructor frente al titular del suelo sobre el que se construye, distinguiendo especialmente el terreno perteneciente en condominio a varias personas y edificación levantada en dicho terreno por uno de los titulares sin consentimiento de los demás, pero con buena fe en el titular edificante. Un segundo supuesto es el de varios condominios acuerdan edificar y distribuir los pisos en régimen de propiedad horizontal, de forma que construido el edificio sólo subsista la comunidad sobre el suelo y los elementos comunes. Un tercer caso es el supuesto de construcción o incorporación hecha en suelo ajeno con materiales propios del incorporante, existiendo buena fe en él, pero mala fe en el dueño del terreno.

Otros temas examinados son la perfecta aplicacin de los artículos 364, 2.º, 1.902, 358, 453 y 454.

También se estudian los supuestos de los llamados arrendamientos «ad-meliorarum» y el viejo artículo 1.404, 2.º, que hoy no existe porque la ley de 1981 lo ha dejado viejo y se ha cambiado por el artículo 1.359 del nuevo texto legal.

Finalmente, se dan reglas sobre la constancia en el Registro de la Propiedad, sobre la accesión, distinguiendo los casos del artículo 561, 1.404, 2.º y el caso de extralimitación del constructor.

COCA PAYERAS, Miguel: «Sobre el origen y desarrollo del concepto de doctrina legal». R.J.C., 1980, núm. 3, julio-septiembre, pág. 611.

La introducción del término «doctrina legal se produce en España por el decreto de 4 de noviembre de 1838, de aquí en su partida histórica hasta el concepto de doctrina legal sufre una serie de vicisitudes históricas, desde ser considerada como emanación de la doctrina de la ley o autonomía de la doctrina legal respecto de la ley.

Es el Proyecto de Ley de 1842, de donde se deduce o se extrae una iniciación más próxima sobre el estado de la cuestión. El recurso de casación se introduce en España, así como el término de doctrina legal como consecuencia del Real Decreto de 20 de junio de 1852. Pero poco tiempo más tarde la real cédula de 30 de enero de 1855 dando nueva ordenación a la administración de justicia en las provincias de Ultramar inicia una asimilación, a nivel legal entre doctrina legal y jurisprudencial.

Sin embargo, la ley de enjuiciamiento civil de 1855, en los trabajos preparatorios tiene una escasa atención por la doctrina legal y pasa por diversas alternativas en torno a la cuestión.

Así, desde el desarrollo de la ley de bases para lograr un acuerdo en el seno de la comisión, hasta pasar por momentos de confusión en la denominación de la doctrina legal. Sin embargo, es el Tribunal Supremo el que sienta las líneas maestras para delimitar el auténtico sentido de la doctrina legal, señalando entre otros requisitos que la doctrina debe ser legal y además reconocida por la jurisprudencia de los Tribunales. Además, es el propio Tribunal Supremo el que monopoliza la función reconocimiento de la doctrina legal y es asimismo este propio Tribunal el auténtico órgano creador de la doctrina legal.

El autor sienta los requisitos y bases para una interpretación progresista del texto de la ley de enjuiciamiento civil y para ello afirma que las decisiones del T. S. no tiene autoridad de leyes. Es un inconveniente para ello desde el punto de vista práctico en cuantioso número de recursos. Pero no obstante, el T. S. tiene una gran influencia en su concepciones sobre la doctrina. La conclusión es bastante lógica: el concepto de doctrina legal no sufre alteración por la publicación de la L.E.C.

Los intentos de reforma de nuestra ley riuaria son examinados antes de pasar a investigar la ley de casación civil de 22 de abril de 1878, como el texto legal más importante para estudiar hoy y llegar a la comprensión de lo que es la doctrina legal. Concluye el estudio con la última fase que el autor juzga integrada y compuesta por una proposición de ley de Durán y Bas, el proyecto de Alvarez Bugallal y la ley de enjuiciamiento civil de modo especial en su artículo 1.729, 10.

GARCIA GARCIA, José Manuel: «El usufructo vidual abintestato en Cataluña» R.J.C., octubre-diciembre, núm. 4, 1980, pág. 865.

La naturaleza jurídica de este derecho que concede el Derecho Catalán al cónyuge viudo a quien su cónyuge no hubiese dejado nada por vía de sucesión testada se va configurando por el autor desde un punto de vista negativo como cuando dice que no es legítima sino que se trata de un derecho forzoso en el sentido de ser una limitación a la facultad de disponer del causante.

Otras notas son que no es aplicable el artículo 15 de la ley hipotecaria en cuanto a las menciones, que no implica título de heredero, ni es legitimario el cónyuge viudo, así como tampoco le es aplicable el artículo 250 de la Compilación ni siquiera como derecho supletorio.

Lo que es en realidad es una adquisición a título particular «mortis causa», que puede configurarse como legado legal o sucesión particular «ex lege» y que por su contenido es un usufructo universal de herencia o de una cuota de ella.

La figura se relaciona a continuación con otras instituciones típicas del derecho foral catalán.

Así, con el año de luto que se da tanto en la sucesión testada como en la intestada, se da únicamente a la viuda y no al viudo; de la tenuta que tiene una connotación muy clara del derecho de familia que se transmite en algunos casos con carácter personal a los herederos y, sin embargo, se parecen en que ambos derechos se adquieren de modo «ipso iure», manifestando el autor la posible compatibilidad entre uno y otro derecho. La cuarta marital es, sin embargo, de carácter forzoso, y además tiene un distinto ámbito de aplicación, siendo incompatibles, pues hay diferencias de cuantía y de cálculo y además hay casos de que no tiene lugar la adquisición del derecho y los casos de pérdida.

La tercera parte de este estupendo estudio se dedica a comentar las diferencias de la institución con otras figuras forales como la viudedad aragonesa, el usufructo de fidelidad de Navarra y el usufructo de regencia catalán.

SANTOS, Vicente: «Las secciones de las cooperativas en el Derecho Español». R.J.C., octubre-diciembre 1980, núm. 4, página 957.

Una de las direcciones en que se manifiesta de modo más interesante el dinamismo y la vitalidad del cooperativismo, es sin duda, la que apunta hacia la especialización como contrapunto de una compleja y ambiciosa asunción de tareas.

El legislador ha regulado algunos supuestos especiales de secciones, como las de crédito, cooperativas de viviendas o como ya recogió las uniones de cooperativas.

El concepto que el legislador tiene de una sección de cooperativa es aproximadamente el de ser una demarcación autónoma funcional en el seno de una cooperativa. Demarcación que no llega a adquirir una personalidad jurídica propia e independiente de la cooperativa, pero que es gestionada separadamente y en cuyo ámbito pueden concretarse las responsabilidades con referencia aun patrimonio delimitado al efecto, excluyendo así el resto del patrimonio de la sociedad.

En cuanto a la terminología, el legislador habla de juntas, grupos o secciones, pero es necesario una valoración y precisión dentro de esta terminología.

La sección no es más que una parte, aunque objeto de sección separada de la cooperativa toda. Y en tal sentido la constitución no se produce, sino en el marco de la cooperativa toda. Pero se ha de hacer constar que puede constituirse en el acto de constitución de la cooperativa o en momento posterior en caso de modificación de los Estatutos.

El autor afirma que será necesario la existencia de un aparato orgánico para que la sección pueda alcanzar los objetivos que justifican su propia existencia.

El resumen o tema que se estudia más ampliamente es el dedicado a la responsabilidad y la posible afectación de un patrimonio separado. Se examinan efectivamente casos como los de no haya un patrimonio separado, o bien que exista esta separación patrimonial, así como la ordenación de las responsabilidades recayentes sobre el patrimonio de la cooperativa en la que existe alguna sección, y el condicionamiento y requisitos para que la separación patrimonial pueda afectar a terceros. Es necesario la constancia expresa frente a terceros, la forma en que se ha de producir esta constancia o constatación, excluyendo en todo caso la constancia tácita y por último se examina dentro de este apartado la hipótesis de que no se haya constar la separación patrimonial.

Tema aparte y controvertido es el de la personalidad jurídica que precede a las consideraciones finales que a modo de conclusiones sienta el autor de este estudio.

RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio: «La función notarial y la Constitución de las Cooperativas (a propósito del proyecto de 1980)». R.D.N., núm. CVIII, abril-junio 1980, págs. 185.

Partiendo de la Exposición de Motivos de la vigente ley de Cooperativas de 1974, donde se recoge la necesidad de la escritura pública para dar precisión jurídica y solemnidad documental a los actos correspondientes tanto para la seguridad de los socios como de los terceros, dice el autor que este es uno de los momentos más relevantes, especialmente el de su constitución.

Sin embargo, desde algún tiempo a esta parte parecen darse fenómenos de sajonización en nuestra legislación, así como de privatización y registrativización, principios que parecen informar el proyecto de la nueva ley de cooperativas.

En este proyecto la cooperativa se constituye en la Asamblea constituyente y el documento el acta de esa misma Asamblea. No es, pues, un negocio jurídico fundacional, como sucede en cualquier otra persona jurídica, sino una Asamblea constituyente.

Sin embargo, esta posibilidad no resiste la más somera crítica, a juicio del autor. La Asamblea es sólo un órgano, pero nunca puede ser la forma de exteriorización de un acto o negocio jurídico.

El documento constitutivo no es ni un documento público ni privado. El acta puede estar firmada o no por todos los socios fundadores, ¿qué efectos producirá este acta?, ¿favorece o perjudica a los que no firmaron?, etc., etc.

Tamaño dislate parece querer paliarse más adelante cuando se habla de legitimar las firmas o autenticadas por el Registro de Cooperativas. Recoge en este punto la opinión emitida hace un cuarto de siglo por ese jurista insigne que fue Dávila García sobre los efectos y lo que en verdad es la legitimación. Dará lugar a una dualidad documental, el acta por un lado y por otro la legitimación de esas firmas. Es necesario, por tanto, separar terminantemente los efectos de uno y de otro documentos. No merece ni siquiera comentario el que las firmas sean autenticadas por el Registro de cooperativas. Se trata lisa y llanamente de un documento que no es público, sino simplemente privado y negativo.

Pero es que además este acta es título inscribible. Por eso, el autor, a pesar de su mesura, se atreve a decir que este proyecto está mal planteado. Esta forma de nacer una persona jurídica es tibia y confusa, decimos nosotros. Sólo si el documento es un instrumento público notarial no necesitará ser probado, sino que se probará a sí mismo.

MARTINEZ SARRION, Angel: «Línea evolutiva de la actividad notarial». D.D.N., núm. CVIII, abril-junio 1980, página 127.

El presente estudio es una conferencia dada por su autor el día 24 de noviembre de 1979 en la Universidad de Parma, con motivo de la inauguración del Curso Académico de la «Scuola di Notario Pietro Michelli», instituida en la Facultad de Jurisprudencia de dicha Universidad.

A la pregunta de lo ¿qué es el Notario en la actualidad?, Martínez Sarrión responde que las especializaciones no están haciendo desenfocar el cuadro de visión de nuestra problemática, desgajando, minimizando y fraccionando la realidad para con un egoísta insolidaridad entender que los problemas se han resuelto. De aquí que vencido lo circunstancial se pueda convenir con el clásico que desde que el notariado apareció constituido en tal sentido en la Romania en torno al siglo vi, prácticamente se ha mantenido incólume.

Alude a los dos posibles visiones, la funcionarial y la jurista como artesano, siendo esta última la que lleva a la más alta cota a través de la suma ciencia y especialidad la profesión. La Edad Media nos ha transmitido según el autor un precioso legado en el ámbito social y de la cultura: el monacato y el notariado.

El Notariado ha estudiado y laborado durante siglos, plasmando en la vida los protocolos, dejando constancia de hechos menudos presididos unas veces por el equilibrio de las prestaciones o por las notas de concordia, pero sin escribir para él ni una sola página de la historia. La fe en el Notariado es el producto acumulado en la fe de los notarios y en los Notarios, más aún, en el Notario en singular. Es el prestigio del hombre el que da la seguridad, no la mera suscripción del documento.

II. REVISTAS EXTRANJERAS *

A cargo de ANTONIO PAU PEDRON
Registrador de la Propiedad

I. DERECHO CIVIL

I. DERECHO CIVIL

SCHMIDT-RANTSCH: «*Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern-keine gesetzgeberischen Massnahmen*» (Patria potestad conjunta de padres divorciados. Ausencia de medidas legales), ZGF, núm. 1 de 1983.

El Tribunal Constitucional alemán declaró, en sentencia de 3 de noviembre de 1982, que la disposición del párrafo 1.671 IV del Código civil era inconstitucional, procediendo a su anulación. Ese precepto, redactado recientemente por la ley de reforma de la patria potestad (18 de julio de 1979), ordenaba que, en caso de divorcio de los padres, la patria potestad se atribuyera íntegramente a uno de ellos. La laguna normativa provocada por la indicada sentencia suscitó diversas preguntas en el *Bundestag*, que el Gobierno respondió. Tanto las preguntas como las respuestas se transcriben íntegramente en este artículo.

HANS-LUDWIG DORNBUSCH: «*Zum Kinderlastenausgleich*» (Sobre la compensación de cargas familiares), ZGF, núm. 2 de 1983.

Al elaborarse el presupuesto federal para el año 1983 se ha suscitado la revalorización del *Kindergeld* o subvención estatal por los hijos. No se trata en realidad, a pesar de la denominación unitaria, de una única medida de protección, sino de un conjunto de beneficios fiscales y de prestaciones estatales gratuitas. En el presente artículo se estudia detenidamente la evolución jurídica de esa protección y se propone una reestructuración global del *Kinderausgleichssystem*.

* Se recensionan artículos aparecidos en la revista alemana *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, números 1 a 12 del año 1983.

F. W. BOSCH: «Ist das geltende Ehegatten-Erbrecht bei kinderloser Ehe reformbedürftig? (Mit Ausblicken auf die Rechtslage bei Vorhandensein von Kindern des Erblassers und auf die Erbfolge in Fällen einer nicht-ehehellen Lebensgemeinschaft)» (¿Requiere una reforma la vigente normativa sobre la sucesión del cónyuge, en el caso de que no haya hijos del matrimonio? Panorama de la situación jurídica de los hijos del causante, y de la sucesión en los casos de uniones no matrimoniales), ZGF, núm. 3 de 1983.

A la pregunta formulada en el título de este largo ensayo, trata de responder el autor contrastando las normas de diversos Derechos extranjeros —francés, belga, holandés, italiano, austriaco, suizo, israelí— y atomizando su análisis en un sorprendente casuismo, lo que le lleva a proponer variadísimos fraccionamientos del caudal relicto según los numerosos supuestos imaginados. Concluye afirmando que la regulación legal de la sucesión intestada será siempre insuficiente, contemplará sólo situaciones generales, y no debe procederse a una reforma global, sino únicamente a una reforma parcial que trate de contemplar diversos supuestos concretos.

PETER FINGER: «Die Beendigung der Amtspflegschaft des Jugendamtes nach dem Paragraph 1.707 BGB» (La terminación de la curatela oficial de la Oficina de Protección de la Juventud, según el parágrafo 1.707 del Código civil alemán), ZGF, núm. 5 de 1983.

Breve examen de las funciones de guarda que la nueva regulación de la tutela atribuye a la Oficina de Protección de la Juventud, y concretamente de la curatela que le corresponde sobre los hijos extramatrimoniales, según el parágrafo 1.709. El 1.707 prevé que el Tribunal de Tutelas, a instancia de la madre, ordene que se extinga la curatela o que no se constituya, o limite la esfera de actuación del curador, pero atendiendo siempre al bienestar del hijo. Este margen de arbitrio judicial ha dado lugar a una jurisprudencia restrictiva que el autor expone y critica.

GERHARD LUTHER: «Familiengemeinschaft und Pflegekindschaft. Eine rechtsvergleichende Betrachtung» (Comunidad familiar y acogimiento familiar. Un enfoque comparatista), ZGF, núm. 5 de 1983.

El autor considera que el concepto de comunidad familiar desde la perspectiva jurídica se ha visto alterado en los Ordenamientos que han incorporado la figura del acogimiento familiar —el italiano, el alemán, el holandés y el suizo—, pero tan importante modificación del Derecho de familia está insuficientemente regulada por algunos preceptos aislados del Código civil, siendo necesaria la aprobación del proyecto de ley presentado recientemente al Parlamento Federal.

RAINER FRANK: «Gesellschaften zwischen Ehegatten und Nichtehegatten Kritische Überlegungen zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs» (Sociedades entre cónyuges y convivientes. Reflexiones críticas sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo federal), ZGF, núm. 6 de 1983.

Interesante exposición en que el autor, tras advertir la proliferación de las uniones de hecho, examina en apartados sucesivos dos temas claramente diferenciados, pero en algunos puntos confluyentes: las sociedades entre cónyuges y las comunidades de bienes constituidas por quienes conviven *more uxorio*, según los pronunciamientos del *Bundesgerichtshof*.

WOLFGANG THALMANN «Die Organisation des familienrichterlichen Dezernats» (La organización de los Tribunales de Familia), ZGF, núm. 6 de 1983.

Estudio, con extraordinaria minuciosidad estadística, de las cuestiones suscitadas ante los Tribunales de Familia en los años 1981 y 1982, con rigurosa medición de todos los conceptos en términos absolutos y en tantos por ciento.

PETER WINKLER VON MOHRENFELS: «Verfassungswidrige Einbenennung» (Inconstitucionalidad de la denominación unitaria), ZGF, núm. 6 de 1983.

La imposición del párrafo 1.335, apartado 1.º, del Código civil alemán, de que los cónyuges adopten un único apellido común —el *Ehename*— es, en opinión del autor, contrario a un derecho fundamental del cónyuge cuyo apellido no se acuerda emplear como tal, y, en especial, contrario al derecho a la mujer, pues el mismo precepto dispone que a falta de acuerdo entre ambos se adoptará el apellido del marido. Ello se opone tanto al principio de *libre desenvolvimiento de la personalidad* (art. 2 de la Ley Fundamental de Bonn), como al principio de *igualdad entre hombre y mujer* (art. 3, 2 de la misma Ley), y suscita situaciones anómalas en los casos de hijos extramatrimoniales de maridos que llevan como *Ehename* el apellido de su mujer.

HERBERT BRÜNE: «Informationspflichten im Unterhaltsrecht» (Deberes de información en el Derecho de alimentos), ZGF, núm. 7 de 1983.

Un precepto del BGB impone el deber de información —*Auskunftspflicht*— sobre sus ingresos y sobre su patrimonio, al pariente obligado a prestar alimentos. Dado que la cuantía de los alimentos depende del caudal del obligado a prestarlos, entiende el autor que existe también una obligación de informar sobre las alteraciones en la situación económica de aquel. Pero se plantea la necesidad de determinar qué alteraciones han de ser declaradas y si tal declaración ha de hacerse por el deudor de alimentos o a instancia de terceros.

MICHAEL KRENZLER: «Zur Anrechnungsproblematik gemäss den paragraph 1.577, II BGB» (Sobre la problemática de cálculo que plantea el párrafo 1.577, 2 del Código civil alemán), ZGF, núm. 7 de 1983.

El párrafo 1.577 plantea problemas interpretativos no sólo en cuanto a los términos indeterminados que emplea (*ingresos, alimentos adecuados, conforme a la equidad...*), sino en cuanto a su sentido global. Su perfecta intelección resulta, sin embargo, necesaria, pues de ella depende la forma de determinar los alimentos que han de prestarse como consecuencia del divorcio. El autor recurre a los criterios clásicos de interpretación —gramatical, sistemático, teleológico e histórico— y a la única sentencia del *Bundesgerichtshof* dictada según la redacción actual del precepto.

JOHANNES HELLERMANN: «Kindesannahme durch den Ehgatten nach dem Tode des anderen mit der Rechtswirkung des paragraph 1754, Abschnitt I BGB?» (¿Es posible la adopción por uno de los cónyuges tras la muerte del otro con la eficacia jurídica prevista en el párrafo 1.754, párrafo 1 del Código civil?), ZGF, núm. 7 de 1983.

Frente al criterio de la jurisprudencia, que considera inaplicable por analogía el párrafo 1.754, 1 del BGB —*si ambos cónyuges adoptan a un niño, o uno de ellos al hijo del otro, aquél adquiere la condición jurídica de hijo matrimonial común de ambos cónyuges*— al supuesto de adopción por uno solo de los cónyuges después del fallecimiento del otro, el autor sostiene la tesis contraria, aunque reconoce los obstáculos que existen tanto en el BGB como en la Ley del estado civil de la persona (PStG) y en la Instrucción para los Oficiales del Registro Civil (DA).

PAUL MIKAT: «Ehe- und Familienrecht im 19. Jahrhundert» (El derecho matrimonial y familiar en el siglo XIX), ZGF, núm. 8 de 1983.

El autor de este artículo presenta el tercer tomo —en dos volúmenes— recientemente aparecido, de la monumental obra de Helmut Coing *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Privatrechtsgeschichte* (a pesar de las dimensiones —cada volumen tiene cerca de mil quinientas páginas—, la obra se llama *Manual de las fuentes y la literatura de la reciente historia del Derecho privado europeo*, y el propio Coing la subtitula *Preliminares*). Estos dos volúmenes están dedicados al Derecho privado en general y al Derecho procesal civil; se anuncia la inmediata publicación de un tercer volumen sobre los Derechos económico y laboral. La exposición de cada tema se divide geográficamente en tres áreas: el área romanizada del sur (Italia, Francia y Portugal), el área romanizada del norte (Francia, Bélgica y Holanda) y el área germánica centroeuropea (Austria, Suiza y Alemania). Siguiendo este mismo esquema, el profesor Mikat resume la evolución del Derecho de familia en el siglo XIX.

EBERHARD VON OLSHAUSEN: «Geldwertänderung und Zugewinnausgleich» (Alteración del valor monetario y liquidación de ganancias), ZGF, núm. 8 de 1983.

Una de las cuestiones fundamentales que plantea la *Zugewinnngemeinschaft* o régimen legal de participación —y en la que ha puesto especial atención la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof*— es la incidencia de la desvalorización del dinero, que habrá de tenerse en cuenta al estimar el patrimonio inicial (*Anfangsvermögen*) cuando cese este régimen económico matrimonial. El autor revisa los criterios jurisprudenciales de valoración y expone, de modo exhaustivo, las opiniones doctrinales. Una reciente sentencia de la Audiencia Territorial de Hamburgo, que suscita la publicación del presente artículo, ha vuelto a llamar la atención sobre este tema.

WALTER BAYER; THOMAS KNORZER y MANFRED WANDT: «Zur Wirksamkeit einer unter Verletzung von Art. 13, III, EGBGB geschlossenen Ehe» (Sobre la eficacia de un matrimonio contraído con infracción del artículo 13, 3.º, de la Ley de Introducción al Código civil alemán), ZGF, núm. 8 de 1983.

Los autores comentan diversas sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales que interpretan el artículo 13, 3 de la Ley de Introducción al BGB, según el cual la forma del matrimonio concluido en Alemania se determina exclusivamente según las leyes alemanas. Suscita especial atención de los autores el criterio sostenido por una sentencia de la Audiencia Territorial de Coblenza, según el cual se convalida el matrimonio nulo por no haberse celebrado con sujeción a la forma exigida por la legislación alemana, cuando ambos cónyuges pasan a ser posteriormente súbditos de un Estado que considera válido el matrimonio celebrado.

ACHILLES KOUTSOURADIS: «Das neue griechische Eheschlussrech. Kritische Darstellung einer Reform» (La nueva regulación griega sobre la celebración del matrimonio. Exposición crítica de una reforma), ZGF, número 9 de 1983.

En julio de 1982 entró en vigor la ley griega sobre el matrimonio civil, y con ella, escribe el autor, *cayó el último bastión sobre suelo europeo del matrimonio religioso obligatorio*. Siguiendo el orden de materias de la citada ley y su reglamento, el profesor Koutsouradis expone el nuevo sistema matrimonial griego bajo los siguientes epígrafes: 1. La concepción fundamental de la reforma: del matrimonio religioso obligatorio al matrimonio civil facultativo. 2. El procedimiento de celebración del matrimonio. 3. La inscripción en el Registro civil. 4. El matrimonio defectuoso en la nueva regulación: inexistencia, nulidad, anulabilidad. 5. Reglas de Derecho internacional privado. 6. Reglas de Derecho transitorio.

GÜNTER BRÜL: «Entwicklungen des Familienrechts im Ausland» (Evolución del Derecho de familia en el extranjero), ZGF, núm. 9 de 1983.

Reseña de la obra de Bergmann y Ferid, *Derecho internacional sobre el matrimonio y la filiación* (Frankfurt, 1982), y exposición de las recientes reformas legislativas llevadas a cabo en esas materias en Bulgaria, Francia, Grecia, Inglaterra, Irlanda, Italia, Yugoslavia, Malasia, Portugal, Suecia, Singapur, España, Tailandia y Turquía.

THOMAS BECKMANN: «Kein Ehegattenunterhalt wegen «grober Unbilligkeit» (paragraph 1.579, I, BGB)- dann aber Unterhaltsanspruch gegen die Verwandten? (Si no existe derecho a solicitar alimentos al cónyuge por «grave falta de equidad» (parágrafo 1.579, apartado 2.º, del BGB), ¿existe sin embargo derecho a reclamarlos de los parientes?), ZGF, núm. 9 de 1983.

El legislador alemán considera que en determinados casos existe una «grave falta de equidad» que da lugar la extinción del deber de prestar alimentos. Pero esta extinción, ¿es objetiva o se refiere siempre a un único obligado, subsistiendo el deber de prestar alimentos de los demás? La cuestión no tiene una respuesta única, sino que deben analizarse separadamente las cuatro causas de *grobe Unbilligkeit* del parágrafo 1.579 y tratar de responder en cada caso.

MICHAEL GRIESBECK: «Nacheheliche Unterhaltspflicht und ordre public» (Deber postmatrimonial de prestar alimentos y orden público), ZGF, número 10 de 1983.

El número creciente de matrimonios extranjeros que residen en Alemania hace que se susciten numerosos problemas de Derecho internacional privado ante los Tribunales alemanes. El autor analiza aquí diversos supuestos en que el *Kollisionsrech* exige la aplicación de un Ordenamiento extranjero, y esta aplicación se opone a los principios morales y jurídicos que constituyen el orden público alemán.

KARL FRANZ KALTENBORN: «Das gemeinsame elterliche Sorgerecht nach der Scheidung im Spiegel ausländischer Erfahrungen» (La patria potestad conjunta tras el divorcio, en la experiencia extranjera), ZGF, núm. 10 de 1983.

Interesante estudio comparativo del *gemeinsames Sorgerecht* alemán (patria potestad conjunta) y las paralelas figuras anglosajonas del *care and control* inglés y la *joint custody* norteamericana. Se trata fundamentalmente de una investigación sociológica, que, como advierte el autor, es la base necesaria para fundamentar cualquier intervención legislativa en la materia.

HANS-WERNER FEHMEL: «*Kinderschaftsrecht und Gleichberechtigung*» (Derecho de filiación y equiparación jurídica), ZGF, núm. 10 de 1983.

Se trata de un comentario al libro de Gisela Zenz y Ludwig Salgo, *Gutachten zur Frage der Diskriminierung der Frau im Recht der Eltern-Kind-Beziehung* (Informe sobre la cuestión de la discriminación de la mujer en la regulación de las relaciones paterno-filiales), Stuttgart, 1983. El autor expone, con ironía y clara oposición, la tesis del citado libro, según la cual quedan aún reductos en el ámbito de las relaciones paterno-filiales a los que no ha llegado la equiparación jurídica de los cónyuges que han tratado de lograr las recientes leyes reformadoras del BGB.

INGEBORD SCHWENZER: «*Der Anwalt des Kindes*» (El abogado del niño), ZGF, núm. 10 de 1983.

Dado que el *Kindeswohl* o bienestar del hijo se ha erigido en un criterio básico o principio general de la nueva regulación de la patria potestad, y dada la existencia de numerosos niños abandonados, deficientemente educados y desatendidos por la separación de los padres, resulta necesario crear una nueva institución jurídico-pública de protección: el Abogado o Defensor del niño. A esta conclusión se ha llegado en las Jornadas organizadas por la *Evangelische Akademie Bad Boll* sobre el tema *El abogado del niño como consecuencia de la concepción actual de su bienestar*. En este artículo se examinan las diversas ponencias y comunicaciones presentadas: El abogado del niño desde la perspectiva jurídica psiquiátrica, El bienestar del hijo desde las perspectivas jurídica y psicológica, La República Federal de Alemania ¿es también un Estado de Derecho para los niños?... El autor expresa su confianza en que las autoridades públicas acojan la idea y den vida a esta interesante institución que se propone.

F. W. BOSCH: «*Zwei Familienrechts-Reformalien*» (Dos peticiones de reforma del Derecho de familia), ZGF, núm. 10 de 1983.

El ilustre Catedrático de Bonn se une a la vigorosa corriente doctrinal que reclama una reforma del BGB que permita la adopción de los concebidos y aún no nacidos (lo que ya se viene denominando la *Vorgeburtliche o prenatale Adoption*). Se eludiría con ello el destino incierto de muchos hijos no deseados. Pero son numerosos los preceptos vigentes que han de ser modificados para admitir ese nuevo supuesto de adopción. *Se trata de salvar vidas humanas* —concluye el autor—, *incluso cuando el intento no logre siempre el éxito. Pero, en todo caso, el intento merece la pena.*

La segunda reforma propuesta no es de ámbito estrictamente civil: se trata de reducir el ámbito del deber de prestar alimentos y ampliar correlativamente el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social. La reforma debe afectar por tanto al BGB y a la BSHG (*Bundessozialhilfegesetzes*).

JOACHIM GERNHUBER: «Der Richter und das Unterhaltsrecht» (El Juez y el Derecho a alimentos), ZGF, núm. 11 de 1983.

La cuantía de los alimentos que el alimentante tiene el deber de prestar no está determinada con total precisión por el Ordenamiento. De ahí que sea necesaria la intervención en muchos casos de la autoridad judicial. El autor trata de determinar los criterios que ésta debe tener presente para la fijación de los alimentos. En todo caso, el Juez debe actuar *als Politiker*, determinando en cada ocasión lo más adecuado y prudente, según las numerosas circunstancias concurrentes en cada supuesto.

ANDREAS HELDRICH: «Reform des internationalen Familienrechts durch Richterspruch. Neue Anknüpfungsregeln für das Scheidungs-, Ehegüter- und Kindschaftsstatut» (Reforma del Derecho internacional de la familia a través de los pronunciamientos judiciales. Nuevas normas de conexión para determinar el estatuto del divorcio, los bienes del matrimonio y la filiación), ZGF, núm. 11 de 1983.

El Derecho internacional relativo a la familia ha experimentado en Alemania, según indica el autor, una profunda transformación, como consecuencia de diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Mientras el proyecto de reforma de las normas de Derecho internacional privado sigue su curso hasta la aprobación, los máximos Tribunales de la nación han invalidado los artículos 15 y 17 de la Ley de Introducción al BGB. Esta reforma *judicial* del Ordenamiento abarca los aspectos más importantes del Derecho internacional de la familia, y el autor expone los criterios fundamentales que presiden la modificación.

REINHARD WIESNER: «Hilfen zur Erziehung nach dem Jugendwohlfahrtsgesetz. Leistung oder Eingriff?» (Ayudas a la educación en la Ley de beneficencia juvenil. ¿Servicio o intromisión?), ZGF, núm. 11 de 1983.

Las contraprestaciones y controles que la atribución de ayudas económicas a la educación lleva consigo, hace que la doctrina se plantee la cuestión enunciada en el título. También el Tribunal Federal se ha planteado la licitud de tales intromisiones administrativas, por lo que el autor de este artículo procede a examinar las sentencias dictadas sobre la materia. De aquí que el estudio se subtitule *Bemerkungen zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Pflegekinderwesens*.

UWE JOHN: «Probleme des Erbrechts im Spiegel zweier neuer Grosskommentierungen» (Problemas del Derecho sucesorio en tres nuevos y extensos libros de comentarios), ZGF, núm. 11 de 1983.

Recientemente ha aparecido una nueva edición de dos clásicas obras de comentarios al articulado del BGB, y concretamente del volumen dedicado al Derecho sucesorio: el *Münchener Kommentar*, dirigido por Rebmann y

Säcker, y el *Soergelschen Kommentar*, dirigido por Soergel y Siebert. El autor repasa los temas fundamentales y el tratamiento que reciben en cada una de las citadas obras: la interpretación testamentaria, la comunidad hereditaria como comunidad germánica, el prelegado, la ejecución testamentaria, la cuota legitimaria del cónyuge viudo, y otros.

HERMANN LANGE: «Familienrechtsreform und Ersatz für Personenschäden» (Reforma del Derecho de familia e indemnización por daños personales), ZGF, núm. 12 de 1983.

Las recientes leyes reformadoras del Derecho de familia han introducido en el BGB el concepto de *Haushaltsführung*, o gobierno de la casa, encomendado su régimen al acuerdo de los cónyuges. Sin embargo, la escasa regulación de la materia —que se reduce al primer párrafo del parágrafo 1.356— deja muchos puntos oscuros; entre ellos, las consecuencias del accidente sufrido en el ejercicio de la dirección del hogar. El autor trata de precisar las circunstancias que el evento debe reunir para ser considerado como *häuslicher Unfall*, y sostiene la necesidad de una reforma simultánea del Código civil y la legislación sobre seguridad social, en relación con esta materia.

«Empfehlungen des 5. Deutschen Familiengerichtstages» (Recomendaciones de las 5. Jornadas de los Tribunales de Familia), ZGF, núm. 12 de 1983.

Las Jornadas del año 1983 concluyeron con una larga lista de *Recomendaciones*, dirigidas tanto a unificar los criterios de aplicación del Derecho como a inspirar la labor legislativa. La brevedad y claridad de su exposición hace que su estudio tenga especial interés. Se refieren a las siguientes materias: patria potestad, derecho de alimentos, régimen de participación, cuestiones procesales y convenios adoptados en los casos de separación y divorcio.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de ANTONIO PAU PEDRON

Registrador de la Propiedad

II. RESOLUCIONES (1)

1. CANCELACION DE INSCRIPCIONES DE DOMINIO ORDENADA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL: *Donadas por el padre a dos de sus hijos la mitad indivisa de un local comercial y de una vivienda, no cabe cancelar la inscripción hecha a favor de los donatarios, en virtud de un mandamiento expedido en diligencias preparatorias seguidas por delito de alzamiento de bienes consecuencia de la sentencia firme impuesta al donante, cuando con anterioridad a dicha sentencia se había practicado una nueva inscripción de extinción del condominio existente en ambos inmuebles, que aparecen ahora inscritos uno a favor de ambos donatarios y el otro a favor del restante condómino, sin que además ninguno de los tres titulares registrales haya intervenido o sido parte en el procedimiento.* (Resolución de 23 de agosto de 1983, «B. O. E.» de 23 de septiembre.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Don José M. G. donó a sus hijos menores, don José Miguel y don Luis Javier M. R., la mitad indivisa de un local y la mitad indivisa de una vivienda, de carácter privativo. Los conductos extinguieron posteriormente el condominio existente sobre las dos fincas indicadas, adjudicándose a don José Miguel y don Luis Javier M. R. la primera de dichas fincas, y a la otra conductoña, la segunda. El Banco Latino, S. A., interpuso querrela por alzamiento de bienes contra don José M. G., recayendo sentencia en la que se declaraba la nulidad de la escritura de donación, y en consecuencia ordenaba reponer los bienes a su primitivo titular y cancelar las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad. El Registrador denegó la cancelación ordenada por existir inscripciones posteriores respecto de las fincas indicadas, y ser necesario, por tanto, el consentimiento de los titulares o resolución judicial obtenida en el juicio declarativo correspondiente, como exige el artículo 40 L. H.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCION: a) *Principio de legitimación y asiento de cancelación.*—Por exigencias del principio registral de legitimación, tan primordial en Derecho hipotecario, recogido fundamentalmente en los artículos 1 y 38 de la Ley, es obligado el que para cancelar un asiento a nombre de persona determinada, no sólo se ejercite la acción contra la misma, sino que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente.

(1) Resoluciones del segundo semestre del año 1983 relativas al Registro de la Propiedad.

b) *Rectificación de asiento practicado en virtud de título nulo.*—En aplicación de ese principio general, el artículo 40 d) de la L. H., previniendo el supuesto de nulidad del título que hubiere motivado el asiento, exige para su rectificación el consentimiento de sus titulares registrales o, en su defecto, resolución judicial, habiéndose dirigido la demanda contra todos aquellos a quienes el asiento conceda algún derecho.

2. **RECURSO GUBERNATIVO:** *No cabe interponer recurso gubernativo contra la abstención del Registrador de inscribir determinada estipulación, habiendo actuado aquél en virtud de solicitud del interesado.* (Resolución de 24 de agosto de 1983, «B.O.E.» de 26 de septiembre.)

A) **ANTECEDENTES DE HECHO:** Presentada en el Registro una escritura de segregación y compraventa, fue inscrita en el mismo *excluyendo el derecho a utilizar para su riesgo las tuberías accesorias de la finca matriz, por haberse así solicitado.* El recurrente alegó que nunca había pedido la no inscripción del derecho a utilizar las tuberías accesorias, y que conforme a los artículos 2 de la L. H. y 7 de su Reglamento no existe impedimento legal para la inscripción del expresado derecho.

B) **DOCTRINA DE LA DIRECCION:** a) *Manifestaciones del carácter rogado de la actuación registral.*—El carácter rogado que tiene la actuación registral se manifiesta no sólo en la voluntariedad de la práctica de los asientos, sino también en que no se podrá extender la función calificadora más allá o a otros extremos no solicitados por las partes o interesados.

b) *Sólo cabe recurso gubernativo contra la calificación negativa del Registrador.*—El recurso gubernativo sólo puede interponerse contra la calificación del título hecha por el Registrador, en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado, y habrá de rechazarse toda petición basada en otros motivos.

3. **EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACION DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO. CARACTER SUPLETORIO DEL MISMO:** *Es esencial, para que el expediente de dominio pueda ser incoado, la carencia de los títulos intermedios que puedan tener acceso al Registro, ya que cuando estos títulos existen, su presentación, una vez superada la calificación registral, permite la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral. El expediente de dominio hay que dejarlo relegado para los supuestos en que no sea esto posible por faltar la documentación ordinaria o ser defectuosa.* (Resolución de 29 de agosto de 1983, «B. O. E.» de 26 de septiembre.)

4. **HIPOTECA CAMBIARIA:** 1.º *Designación del acreedor hipotecario: Debe hacerse constar expresamente que la hipoteca se constituye a favor de los tenedores presentes o futuros de las cambiarias.*

2. *Identificación de las letras: No es necesario que se haga constar*

en la escritura el lugar de pago de las cambiales. (Resolución de 2 de septiembre de 1983, «B. O. E.», de 26 de septiembre.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Presentada en el Registro una escritura de constitución de hipoteca en garantía de veinticuatro letras de cambio, se denegó su inscripción por el defecto de no establecerse a favor de quien se constituía la hipoteca, y faltar, como dato de identificación de las cambiales, el del lugar de pago de las mismas.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCION: a) *Necesidad de designación precisa del acreedor.*—Al designarse de forma insuficiente la persona del acreedor, puede existir la duda de si la intención de las partes era constituir exclusivamente la hipoteca a favor de este primer tenedor o también a favor de los futuros tenedores, y si la hipoteca se constituyó sobre el crédito que garantizan las cambiales o se trata de una hipoteca cambiaria.

b) *Interpretación del artículo 154 L. H.*—El artículo 154 L. H., al regular la constitución de hipotecas para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador, exige entre sus requisitos, cuando los títulos emitidos sean al portador, la constancia expresa de la hipoteca a favor de los tenedores presentes o futuros de las obligaciones, y esta circunstancia es asimismo aplicable al otro supuesto, dado que en este aspecto hay un idéntico fundamento.

c) *Datos para identificar las cambiales.*—En cuanto al defecto primero de no haberse hecho constar en la escritura como dato de identificación de las cambiales el del lugar de pago de las mismas, no parece deba tomarse en cuenta, dado que las letras aparecen suficientemente identificadas al expresarse su clase y numeración, su importe, vencimiento, librador y personas que las aceptaron, lo que permite conocer en todo momento las que han sido objeto de la garantía por parte de los posibles adquirentes futuros de la finca gravada.

5. ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: *La anotación preventiva de embargo sólo otorga preferencia en cuanto a los actos dispositivos hechos por el deudor con posterioridad a su práctica, pero no en cuanto a los anteriores.* (Resolución de 12 de septiembre de 1983, «B. O. E.» de 3 de octubre.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO: El Magistrado de Trabajo número 10 de B. expidió mandamiento ordenando tomar anotación preventiva de embargo en garantía de cierta cantidad de dinero en concepto de reclamaciones salariales, sobre una finca rústica. La anotación se practicó en el Registro de la Propiedad, expidiéndose ese mismo día la certificación de dominio y cargas que en el mismo mandamiento se pedía. Con posterioridad a la anotación de embargo se presentaron trece escrituras públicas de segregación y venta de parcelas, escrituras que eran, siete de fecha anterior a la anotación de embargo, y seis de fecha posterior a la misma, y todas ellas fueron inscritas en el referido Registro de la Propiedad. Posteriormente fue presentada

en el mismo una escritura por la que se adjudicaba la finca a que se refiere el recurso a «Construcciones A., S. A.», como cesionaria del rematante en la subasta judicial, practicándose la correspondiente inscripción, pero suspendiéndola en cuanto a la extensión, por figurar segregada y vendida una parte a otras personas.

Meses después se presentó mandamiento procedente de los mismos Autos y expedido a petición de la sociedad adjudicataria ordenando la cancelación de la anotación preventiva de embargo y de las trece inscripciones de segregación y venta, mandamiento cuya inscripción fue denegada en cuanto a las fincas transmitidas por escrituras de fecha anterior a la de la anotación de embargo origen del procedimiento. Posteriormente se presentó otro mandamiento del mismo origen, reiterando, también a petición de la Sociedad adjudicataria de la finca, las cancelaciones que fueron denegadas en el mandamiento primero, y disponiendo, caso de ser confirmada la denegación, que se mantuviera la anotación de embargo en cuanto a tales fincas; el Registrador denegó las cancelaciones ordenadas por haberse practicado las inscripciones en virtud de títulos de fecha anterior a la anotación de embargo sobre la finca matriz, y advirtió que no procedía tampoco mantener el embargo inicial sobre la parte de finca correspondiente a las segregaciones no canceladas, por hallarse a su vez cancelada la anotación de dicho embargo, en cumplimiento de otro mandamiento judicial.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCION: a) *Naturaleza y efectos de la anotación preventiva de embargo.*—La anotación preventiva de embargo no crea ni declara ningún derecho ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía ese carácter, y por eso tal anotación no lesiona los derechos adquiridos previamente sobre la finca embargada, ni produce efectos contra terceros cuyo derecho sea anterior a la anotación, ya que ésta sólo otorga preferencia sobre los actos dispositivos posteriores hechos por el deudor, pero no en cuanto a los anteriores al embargo anotado, y ello, aunque tales actos no se hubiesen inscrito, todo ello de acuerdo con los artículos 1.923 C. c. y 44. L. H.

b) *Cancelación de inscripciones de dominio —practicadas en base a títulos adquisitivos de fecha posterior a la anotación de embargo—, en virtud del correspondiente mandamiento de cancelación.*—Ha procedido correctamente el Registrador cancelando las inscripciones de los titulares de aquellos inmuebles adquiridos —según las escrituras públicas— con posterioridad a la práctica de la anotación, y denegando la cancelación en aquellos otros casos en que los titulares adquirieron previamente su derecho, por lo que al subsistir estos asientos surge un obstáculo para que pueda inscribirse la adjudicación hecha a favor de la sociedad recurrente, dado lo dispuesto en el artículo 20 de la L. H.

c) *Requisitos del tercer poseedor de bienes embargados.*—A pesar de lo dispuesto en el párrafo último del artículo 30 L. H., que equipara al tercer poseedor de bienes anotados con el tercer poseedor de bienes hipotecados —por lo que habrían de serle de aplicación a los primeros las normas contenidas para los segundos en los artículos 131 y siguientes de la Ley—, para

gozar de la condición de tercer poseedor de bienes embargados se requiere que el título de adquisición del inmueble sea de fecha posterior al embargo practicado, según señala el mencionado artículo 38 *in fine*.

d) *Imposibilidad de revitalizar un asiento cancelado*.—No es posible poner de nuevo en vigor una anotación preventiva que ha sido cancelada en virtud de un mandamiento anterior al ahora calificado, y en donde por las segregaciones y transmisiones realizadas e inscritas a favor de terceras personas, han quedado los inmuebles libres de los efectos de la anotación, y los asientos registrales que se han practicado se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales mientras no se declare su inexactitud.

6. SUSPENSIÓN DE PAGOS: *Aprobado el Convenio, cesan los interventores judiciales designados al iniciarse el expediente de suspensión, por lo que hay que estar, en cuanto a las facultades del deudor y a las funciones de la Comisión nombrada por los acreedores, a los términos de lo pactado.* (Resolución de 20 de septiembre de 1983, «B. O. E.» de 3 de octubre.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Presentada en el Registro una escritura de declaración de obra nueva, división horizontal y venta de las fincas resultantes —otorgada por don Luis R. G. en nombre y representación de la Sociedad Anónima «E. R. C.», la cual había sido declarada en suspensión de pagos, habiendo sido aprobado el convenio mediante el correspondiente Auto judicial—, se suspendió la inscripción de la misma por *no acreditarse el conocimiento por parte de los interventores de las enajenaciones contenidas en el documento, y por tanto, que ha tenido lugar la fiscalización exigida por la cláusula 3.ª del convenio con los acreedores.*

Presentado nuevamente el documento en unión de un acta de requerimiento, el Registrador de la Propiedad denegó la inscripción del mismo *por el defecto, que a la vista de la citada acta se considera ahora insubsanable, de contar en ella la oposición de los interventores a las enajenaciones contenidas en el documento, de las cuales no habían tenido conocimiento, en contra de lo dispuesto en la cláusula 3.ª del convenio con los acreedores* (Según la repetida cláusula 3.ª, «se creará una Comisión interventora formada por cuatro acreedores que fiscalizarán la gestión de la entidad suspensa y podrá en todo momento intervenir y examinar la gestión comercial y administrativa de la deudora, que vendrá obligada a poner a disposición todos los comprobantes, datos y antecedentes contables que exigirá la Comisión»).

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Contenido del convenio*.—El artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos dispone el cese de los interventores judiciales designados al iniciarse el expediente de suspensión, una vez ha sido aprobado por el Juez el convenio pactado entre el deudor y los acreedores, quienes pueden concertar cuanto estimen conveniente siempre dentro de los límites del artículo 1.255 C. c., y así pueden acordar una mayor o menor libertad en la actuación del deudor en la gestión y disposición de sus bienes, e incluso la continuación de los mismos interventores, o bien el nombramiento de otros nuevos, con idénticas o con distintas funciones.

b) *Capacidad del suspenso*.—En el estado de suspensión de pagos el deu-

dor conserva la administración de su patrimonio, si bien requiere bajo sanción de nulidad, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley, el concurso o acuerdo de los interventores para los actos y contratos que realice, pero esta exigencia desaparece una vez finalizado el expediente judicial de suspensión, que trae como consecuencia el cese de los interventores y que el deudor recobre de nuevo su plena libertad de actuación, salvo que en el convenio pactado se le haya impuesto alguna limitación.

c) *En este caso concreto, el convenio no afecta a la capacidad del deudor ni le prohíbe disponer.*—La lectura del convenio pactado demuestra que no se ha impuesto ninguna prohibición expresa o tácita de disponer y que tampoco aparece limitada la capacidad general del deudor, ya que la Comisión interventora nombrada está investida solamente de una función fiscalizadora que tiene por finalidad enjuiciar si el deudor cumple o no lo convenido.

d) *Las funciones de intervenir y examinar la gestión no pueden extenderse a autorizar o aprobar las ventas.*—Al reducirse la actividad de la Comisión a intervenir y examinar la gestión comercial y administrativa de la Sociedad deudora, no cabe ampliar su campo de actuación a la autorización o aprobación de las escrituras públicas de venta que pueda realizar el deudor o a oponerse a las mismas, pues a esta materia no se hace referencia en el Convenio, y si se hubiera querido así, se habría hecho constar expresamente.

7. RETRACTO ARRENDATICIO, EN ADJUDICACION DE PISOS: *Es necesaria la notificación prevenida en los artículos 47 y 48 de la L. A. U. para poder inscribir la nueva finca creada como consecuencia de haberse dividido en régimen de propiedad horizontal un edificio común y adjudicado a uno de los condueños una vivienda y además como anejo inseparable de ella una participación indivisa en el sótano, aunque con anterioridad a la escritura de división sólo la vivienda, y no el anejo inseparable, se encontrara arrendada a una tercera persona.* (Resolución de 21 de septiembre de 1983, «B. O. E.» de 14 de octubre).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Los treinta y tres cotitulares de un edificio acordaron en escritura pública la disolución de la comunidad ordinaria existente sobre el mismo, y la constitución de una comunidad en régimen de propiedad horizontal, adjudicando en pleno dominio a don Marcelino G. C. la finca número nueve, integrada por una vivienda y un anejo inseparable consistente en una diecisieteava parte indivisa del sótano. En la misma escritura se hizo constar que la vivienda número nueve estaba arrendada a don Faustino S. G.

El Registrador suspendió la inscripción de la finca indicada por no justificarse que hubiera tenido lugar las notificaciones prevenidas en la L. A. U.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCION: a) *Necesidad de que exista absoluta coincidencia entre el inmueble arrendado y el transmitido para que proceda el retracto.*—La norma contenida en el artículo 47, 3.º de la L. A. U.,

que confiere al inquilino la facultad de gozar del derecho de tanteo y en su caso de retracto en los supuestos de adjudicación de vivienda consecuencia de división de cosa común, ha sido matizada por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha declarado que para tal derecho pueda ser ejercitado ha de existir una absoluta coincidencia entre el inmueble transmitido o adjudicado y su ocupación, total por el arrendatario, de modo que cuando el arrendador enajene —en este caso, recibe— una porción de finca mayor que aquella que el inquilino tenía arrendada, no resulta posible el derecho de tanteo o el de retracto.

b) *En este caso concreto, la falta de coincidencia se ha producido por alteración voluntaria del propietario.*—Aun cuando la anterior doctrina pudiera llevar a la conclusión de no ser necesaria la notificación exigida por el artículo 47, al ser la parte arrendada inferior a la finca objeto de la adjudicación, no cabe, sin embargo, desconocer las especiales circunstancias de este supuesto concreto, en donde esa falta de identidad se ha producido por una alteración voluntaria del propietario posterior al contrato de arrendamiento pactado, mediante la creación de una finca que engloba la arrendada con una participación indivisa de otra situada en planta diferente.

c) *Criterio jurisprudencial en el supuesto de agrupación material de fincas.*—Es indudable que al haberse producido esa unidad entre vivienda y sótano, se hace necesario el justificar que han tenido lugar las notificaciones prevenidas en los artículos 47 y 48 de la L. A. U., dada la jurisprudencia del T. S. que interpreta dichos preceptos legales cuando se ha producido una agrupación material de fincas.

NOTA.—Aunque es reiterada la doctrina jurisprudencial que exige absoluta coincidencia entre lo ocupado, lo enajenado y lo retraído, el propio Tribunal Supremo ha afirmado que los derechos de tanteo y retracto han de considerarse aplicables no sólo en los casos en que se venda *un solo piso* destinado a vivienda o local de negocio, sino también a aquellos supuestos en que el propietario proceda a la *agrupación de dos o más pisos* y realice la venta conjunta (Sentencia de 8 de julio de 1952, doctrina que se reitera en las de 4 de noviembre de 1955 y 11 de mayo de 1960), pues de otro modo los intereses sociales que la ley trata de amparar quedarían a merced de confabulaciones dolosas ideadas por los propietarios y terceros adquirentes (S. de 22 de abril de 1969). Taxativamente declara la S. de 26 de marzo de 1960 que cualquier agrupación de una vivienda a otras entidades o elementos no puede ser motivo suficiente para desestimar el derecho a retraerla. Y según la de 23 de noviembre de 1956, *no obstará el derecho de retracto el hecho de que las dos fincas independientes formen por voluntaria agrupación una unidad registral*. Aunque tal doctrina se refiera a casos de compraventa, ha de extenderse a los supuestos de disolución de comunidad (como admite la S. de 30 de julio de 1962), y aunque está referida a casos de agrupación, parece que debe extenderse —como lo hace el último considerando de la resolución anotada— a los de vinculación de elementos accesorios a uno principal.

8. EXTENSION DEL PODER: *No se encuentra autorizado el apoderado para constituir hipoteca en garantía de «una deuda reconocida como consecuencia de las relaciones comerciales mantenidas en relación con la construcción en el solar que se hipoteca», en base a un poder que sólo*

le faculta para constituir hipoteca en garantía de préstamos de «cantidades destinadas a la construcción». (Resolución de 29 de septiembre de 1983, «B. O. E.» de 14 de octubre).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: La Compañía mercantil G. S. A., representadas por don José Carlos I. G., que actuaba en virtud de poder, constituyó hipoteca sobre un solar a favor de la entidad mercantil P. M. S. A., en garantía del pago de una deuda, que en la propia escritura se reconoció que tenía origen en las relaciones comerciales mantenidas en relación con la construcción del solar que se hipoteca. El Registrador suspendió la inscripción: 1.º por no acreditarse el poder otorgado por la sociedad deudora a don José Carlos I. G. mediante copia auténtica del mismo, presentándose en cambio un testimonio por exhibición de aquel documento; 2.º por no acreditarse el nombramiento y facultades del Sr. L. V. como Presidente del Consejo de Administración de P. M. S. A. con la copia de la escritura de transformación social de la compañía, y 3.º por extralimitación de don José Carlos I. G. en el ejercicio del poder, que sólo le autorizaba para tomar a préstamo cantidades destinadas a la construcción, constituyendo al efecto hipotecas sobre bienes de la sociedad.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCION: a) *Inexistencia de poder general. Irrelevancia, desde la perspectiva registral, de la cualidad de factor notorio.* El examen del poder notarial otorgado por el Consejero-Delegado de G. A. S. muestra que no tuvo carácter total, sino que, por el contrario, se le confiaron al apoderado facultades de índole muy concreta, lo que en principio impide estimar su carácter de factor notorio, aparte de que desde el punto de vista de la inscripción de los actos que hubiese podido concluir apoyado en esa situación, tiene escasa trascendencia esa circunstancia, dado el aspecto esencialmente formal del Derecho registral, que en base a los beneficios que el sistema ofrece, a cambio exige un rigor en la calificación del Registrador derivado del principio de legalidad, que no podría llevar a cabo con la eficacia debida en situaciones como la del factor notorio, que están al margen de los títulos y documentos presentados en el Registro.

b) *El otorgamiento de un poder concreto excluye la existencia de representación orgánica.*—Al tratarse en este caso de un poder concreto otorgado a una persona ajena al órgano de gestión, queda fuera de lugar la cuestión relativa a la representación orgánica de la sociedad, por lo que el hecho de que el acto realizado pudiese encontrarse dentro de los comprendidos en el objeto social, no supone en sí que se encuentre el apoderado legalmente autorizado para realizarlo.

c) *Interpretación cuidadosa de los términos y cláusulas del poder.*—Es reiterada doctrina de la Dirección General que todo poder debe ser interpretado con sumo cuidado a fin de impedir que por averiguaciones más o menos aventuradas tenga lugar una extralimitación por parte del apoderado en las facultades que le han sido confiadas. Por eso los funcionarios encargados de autorizar esta clase de escrituras deben poner la máxima atención en la redacción de sus cláusulas.

d) *El poder no contiene una cláusula que permita hipotecar, con carácter general.*—El poder no contiene una cláusula generalizada de hipotecar, sino limitada a un supuesto concreto, por lo que no cabe ampliarlo —dada la interpretación jurisprudencial de los artículos 1.713 C. c. y 139 L. H.— a casos no expresamente indicados.

9. **IMPOSICION DE COSTAS EN EL RECURSO GUBERNATIVO:** *Las costas del recurso sólo podrán ser impuestas al Registrador cuando haya procedido con ignorancia inexcusable.* (Resolución de 23 de noviembre de 1983, «B. O. E.» de 15 de diciembre.)

10. **EXCESO DE CABIDA:** *Para acceder al Registro de la Propiedad un exceso de cabida no superior a la quinta parte de la cabida inscrita es imprescindible, tratándose de suelo urbano, un acto de transmisión de dominio, a la vista de lo establecido en el artículo 205 de la Ley hipotecaria, sin que pueda ingresar a través de un título en que exclusivamente se declare por el propietario la rectificación de la medida superficial de la finca.* (Resolución de 16 de diciembre de 1983, «B. O. E.»)

A) **ANTECEDENTES DE HECHO:** Don Julián L. G. hizo constar en escritura pública la nueva superficie de una finca urbana, resultante de reciente medición, siendo el exceso de cabida exactamente de la quinta parte de la que figuraba en el Registro, y segregó una porción de la indicada finca. El Registrador suspendió la inscripción del documento, porque, tratándose de la inmatriculación de un exceso de cabida conforme al artículo 298, 5.º, D) del R. H., se exige, por razón de lo dispuesto en el artículo 205 de la L. H. que aquél desarrolle, un título que dé forma solemne a la transmisión del dominio.

B) **DOCTRINA DE LA DIRECCION:** a) *Distinto ámbito de los artículos 205 L. H. y 298 de su Reglamento.*—Al referirse el artículo 205 de la Ley a la inmatriculación de fincas, y no a la constancia registral de los excesos de cabida, solamente al primer supuesto habrán de aplicarse las prevenciones que el artículo 298 de su Reglamento contiene acerca de la inmatriculación sin que éstas hayan de tenerse en cuenta en los casos en que el exceso de cabida sea una consecuencia de la rectificación de una medida superficial.

b) *Interpretación del artículo 298, 5.º, D) del R. H. conforme a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado.*—No obstante, en el supuesto del apartado D) del mencionado artículo 298, ha de tenerse en cuenta, a efectos de su interpretación, la distinta realidad social existente hoy día en relación a la época en que se introdujo, pues al no estar entonces suficientemente desarrollada la materia urbanística, así como la diversidad de clases de suelo, se entendía y se pretendió por el legislador en aquel momento que pudieran rectificarse en los libros registrales por un procedimiento muy simple aquellas medidas superficiales de fincas que en su mayoría tenían el carácter de rústicas y que no acogían su total extensión, siempre que este aumento no excediera de la quinta parte de su cabida.

El posterior desarrollo urbanístico, que ha tenido su reflejo en la Ley de Propiedad Horizontal y en la regulación del suelo contenida últimamente en su texto refundido, así como en el incremento de las urbanizaciones privadas, impone el interpretar restrictivamente la norma del artículo 298, 5.º, D) del R. H., dado lo establecido en el artículo 3 del Código civil, y evitar así que, por una simple declaración unilateral, pueda ser aumentada sin limitación, a través de sucesivas declaraciones, la extensión de una parcela de suelo urbano.

NOTA: La Dirección General había afirmado recientemente —R. de 12 de febrero de 1981—, en armonía con la doctrina mayoritaria, que la inscripción de excesos de cabida por la vía de la letra d) del núm. 5 del artículo 298 del Reglamento hipotecario (exceso no superior a la quinta parte de la cabida inscrita) no exige la constancia en título adquisitivo, requisito éste que quedaba circunscrito a los supuestos de la letra c) del mismo número y precepto. Esgrimiendo ahora el criterio sociológico de interpretación —*ciertamente muy delicado*, como reconoce la propia exposición de motivos de la ley que lo introduce en el Código civil—, el Centro Directivo establece una importante diferenciación, exigiendo la constancia del exceso de cabida inferior a la quinta parte en un título traslativo, cuando se trate de suelo urbano. Esta nueva directriz jurisprudencial es loable por la idea de prudencia que la inspira, pero al basarse en el criterio urbanístico de calificación del suelo, incide en la generalizada y perturbadora discordancia entre planeamiento y Registro.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA ACCION DECLARATIVA ORDINARIA Y LA ACCION EJECUTIVA EN CASO DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DE ACCIDENTE DE AUTOMOVIL

(COMENTARIO A LA SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1982 DEL TRIBUNAL SUPREMO)

Breve resumen de los hechos

- El 4 de noviembre de 1975, en el término municipal de Monforte de Lemos (Lugo), al cruzar un autobús el paso a nivel de la vía férrea Palencia-La Coruña, se produjo un choque con un tren de RENFE, sufriendo diversos daños y lesiones los actores, ocupantes del autobús siniestrado.
- Como consecuencia del accidente se instruyeron diligencias preparatorias que se convirtieron en Juicio de Faltas, que finalizó por Auto de sobreseimiento libre el 16 de enero de 1976, que, recurrido por el Ministerio Fiscal, fue confirmado por Auto del Juzgado de Instrucción de 19 de febrero de 1976, que ganó firmeza el 22 del mismo mes.
- Se dictó el auto ejecutivo del artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor el 15 de octubre de 1976, fijándose como tope de reclamación en vía ejecutiva para uno de los actores 74.000 pesetas y 69.000 pesetas para el otro. En septiembre de 1977 los actores formularon demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra la Compañía aseguradora y contra RENFE.
- El Juzgado de 1.ª Instancia de Monforte de Lemos dictó Sentencia el 14 de junio de 1978 condenando a la Compañía aseguradora y absolviendo a RENFE.
- La Audiencia Territorial de La Coruña dictó Sentencia el 26 de abril de 1980, condenando a la Compañía aseguradora y a RENFE al pago de ciertas indemnizaciones.
- La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1982 desestimó el recurso de casación de RENFE.

La Sentencia del Tribunal Supremo plantea el tema de la prescripción de la acción para exigir responsabilidad al amparo del artículo 1.902 del Código civil en los casos de accidente de circulación en que hayan existido actuaciones penales, y de forma paralela, la interconexión entre la citada acción de responsabilidad, que denominaremos acción ordinaria y la acción ejecutiva que nace del Auto dictado al amparo del artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor.

Es sabido que de todo débito o falta nace acción civil para la repara-

ción de los daños producidos (art. 19 del Código Penal). El plazo para el ejercicio de dicha acción es de un año, a tenor del artículo 1.968-1.º del Código civil.

Los accidentes de circulación suelen dar origen a actuaciones penales, y en éstos casos, los perjudicados en el accidente pueden reservarse las acciones civiles, para su ejercicio en la vía civil, a tenor del artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si no lo hacen, el juez penal, al mismo tiempo que juzga sobre la responsabilidad penal, entrará a conocer de la responsabilidad civil, señalando las correspondientes indemnizaciones.

Si el accidente de circulación está cubierto por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil y la causa penal termina con una sentencia absolutoria o con el sobreseimiento, la acción penal se extingue, pero queda viva la acción civil para la exigencia de responsabilidad. En este supuesto, el Juez dictará el auto ejecutivo del artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, Auto que constituye título ejecutivo para que el perjudicado reclame a la (o las) Compañía aseguradora del vehículo causante del accidente la cantidad que como tope máximo se fijará en dicho Auto y siempre dentro de las cuantías establecidas en el Real Decreto de 4 de julio de 1980, que modifica parcialmente el Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil de Vehículos de Motor.

Junto a ello, el perjudicado en el accidente puede ejecutar su acción ex artículo 1.902 del Código Civil exigiendo responsabilidad al causante del accidente y subsidiariamente a la Compañía aseguradora, ya sea porque el importe de las lesiones exceden de los límites cubiertos por el Seguro Obligatorio, ya sea porque los daños sufridos no están cubiertos por ese Seguro, ya sea porque, simplemente, prefiere la vía del juicio declarativo ordinario a la vía del juicio ejecutivo.

Ante este supuesto de hecho, cabe plantear las siguientes preguntas:

1.º ¿En qué momento hay que empezar a contar el plazo de un año para el ejercicio de las acciones ordinarias fundadas en el artículo 1.902 del Código civil: desde la fecha de la resolución que pone fin a las actuaciones penales, desde la fecha en que se dicta el Auto ejecutivo del artículo 10, o supuesto el ejercicio de la acción ejecutiva, desde la resolución que pone término al proceso ejecutivo?

2.º ¿El ejercicio de la acción ejecutiva contra la aseguradora interrumpe la prescripción de la acción ordinaria contra el causante del accidente y su aseguradora?

3.º Supuesto el ejercicio de la acción ejecutiva por la cantidad fijada como límite en el Auto ejecutivo, ¿se puede ejercitar la acción ordinaria para reclamar daños no cubiertos por el Seguro Obligatorio antes de que finalice el proceso ejecutivo?

En el supuesto de la Sentencia que nos ocupa, el Auto, poniendo fin a las actuaciones penales, era de fecha 19 de febrero de 1976, firme el 22 de dicho mes. El Auto ejecutivo del Seguro Obligatorio se dictó el 15 de octubre de 1976 y la demanda se presentó en septiembre de 1977, es decir, más de un año después del Auto de 19 de febrero de 1976, pero menos de un año antes del Auto de 15 de octubre de 1976.

RENFE alegó la excepción de prescripción de un año debía contarse desde la fecha de finalización de las actuaciones penales, es decir, desde el 22 de febrero de 1976. Sin embargo, su recurso fue desestimado.

La Sentencia comentada realiza unas afirmaciones en el primer Considerando que merecen ser objeto de análisis: afirma el Tribunal Supremo:

«aun siendo dos las acciones que de un mismo suceso dañoso acaecido en el campo viario pueden ejercitarse, la ejecutiva contra el asegurador (Texto Refundido de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos a Motor, de 21 de marzo de 1968) y la ordinaria que se apoya en la normativa de la culpa extracontractual (art. 1.902 y 1.903 del Código civil), siendo su origen y fundamento de hecho el mismo, *ello puede originar que los dos procesos se interfieran de seguirse simultáneamente, aunque por separado, al poder suscitarse en cualquiera de los mismos la cuestión de la culpa exclusiva de la víctima con la consiguiente posibilidad de decisiones contradictorias, por lo que al haber de entenderse que el ejercicio de la acción ejecutiva impide el de la ordinaria a los efectos de la iniciación del plazo de prescripción (...), es visto que la interrupción del tracto temporal de la prescripción de la acción aquiliana operó, en supuesto como el de la presente litis (...) cuando menos desde que se dictó el Auto a que se contrae la preceptiva contenida en el artículo 10 del antes meritado texto de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor.»*

A la vista de ello y de la posterior desestimación del recurso de RENFE, parece deducirse que para el Tribunal Supremo:

1. El momento en que se inicia el cómputo del plazo para la prescripción de un año de la acción ordinaria es —al menos en esta sentencia— la fecha en que se dicta el auto ejecutivo.

2. No se pueden seguir simultáneamente, aunque por separado, el proceso derivado de la acción ejecutiva y el derivado de la acción ordinaria.

3. El ejercicio de la acción ejecutiva impide el de la acción ordinaria a los efectos de iniciación del cómputo del plazo de la prescripción de ésta.

Veremos a continuación como se compaginan estas afirmaciones a la luz de otras Sentencias.

1. *Momento de inicio del cómputo de la prescripción para la acción ordinaria.*

Se puede afirmar que no existe un criterio unitario en la jurisprudencia a la hora de tratar este problema. Así, por ejemplo, para la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1981, el punto de partida para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones civiles ejercitadas lo constituye el auto de sobreseimiento del proceso penal debidamente notificado, última actuación en vía penal. La misma línea parece seguir la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1979, al afirmar:

«el cómputo del plazo para el ejercicio de dicha acción (ordinaria) se inició desde el momento en que pudo ser ejercitada, esto es, desde que se dio la sanidad del actor, sin afectarle el que, en vía penal, una vez dictado el auto de sobreseimiento, se siguieran actuaciones reguladas en el procedimiento establecido en el Texto Refundido por D. de 21 de marzo de 1968 de la Ley de 24 de diciembre de 1962 sobre responsabilidades civiles hasta el límite del Seguro Obligatorio.»

El mismo criterio de finalización de las actuaciones en vía penal sustenta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 31 de enero de 1976, cuando dice:

«no es necesario esperar el ejercicio de ninguna acción para exigir por los cauces procesales pertinentes el derecho derivado de la acción del artículo 1.902 del Código civil. Cuando se trata de acciones ejercitadas al amparo del artículo 1.902 o del 1.903, el tiempo de prescripción (art. 1.968 Código civil) es el de un año, que empieza a contarse (art. 1.969) desde el día en que pudieron ejercitarse, esto es, que la acción nació cuando puede ser realizado el derecho que con ella se actúa, y en el presente caso lo pudo ejercitar tan pronto la acción penal concluyó por Sentencia firme, ya que no cabía esperar el Auto a que alude el artículo 10 del Decreto citado de 1968.»

Sin embargo, otras Sentencias siguen el criterio de que dictado el auto ejecutivo e iniciado con base en él, el proceso correspondiente, el punto de partida para el cómputo de la prescripción es el de la última actuación procesal en el juicio ejecutivo. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1981 (R. 4419), señala:

«(...) hay que considerar errónea la apreciación contenida en la Sentencia recurrida de que el cómputo inicial del indicado plazo de un año haya de ser aquel en que se dictó, por la jurisprudencia penal auto de sobreseimiento.

(...) cabe admitir la ruptura del tracto temporal de la prescripción operada por la persistente y originaria voluntad del acreedor de ejercitar su derecho, mediante la acción que la ley le concede para la satisfacción urgente y perentoria del mismo, con la formación del título ejecutivo y subsiguiente juicio de este orden, sin que haya transcurrido el plazo de un año desde las últimas actuaciones procesales del juicio ejecutivo precedente, practicadas en 16 de diciembre de 1976 hasta el 27 de mayo de 1977 en que fue presentada la demanda rectora del juicio de que este recurso dimana.»

Y anteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1979 (R. 4363) refiriéndose al cómputo del plazo de prescripción había afirmado:

«(...) sin que haya transcurrido el año desde las últimas actuaciones procesales del juicio ejecutivo precedente hasta la fecha de la demanda de pobreza, inició del ordinario.»

Y aún existe entre la jurisprudencia un tercer criterio para determinar el momento inicial del cómputo, de la prescripción, que es la fecha en que se dicta el auto ejecutivo. Así, por ejemplo, la Sentencia origen de este comentario de 13 de noviembre de 1982, y más claramente todavía la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1979 (R. 2915), para la cual:

«(...) hay que estimar errónea la apreciación del recurrente en cuanto a la fecha a partir de la cual se ha de computar el plazo de prescripción, que no ha de ser aquella en que se dictó por la jurisdicción penal el Auto de sobreseimiento, ya que, pedido por el perjudicado el Auto ejecutivo, preceptivo a tenor de las normas del artículo 10 del Texto Refundido de 21 de marzo de 1968, es de la fecha de este Auto de la que hay que partir para computar el plazo de prescripción, pues es este Auto el que facilita al interesado, interrumpiendo el plazo de prescripción por el ejercicio de su derecho —una vez perdida por el sobreseimiento la posibilidad de reclamación

en el ámbito penal—, la opción de afrontar la vía ejecutiva, o la ordinaria o compatibilizar ambas.»

2. Posibilidad de seguir simultáneamente, aunque por separado, el proceso derivado de la acción ejecutiva y el derivado de la acción ordinaria.

Ejercitada la acción ejecutiva contra la Compañía Aseguradora con base en el auto ejecutivo dictado, puede ocurrir que existan además daños no cubiertos por el Seguro Obligatorio, como por ejemplo, daños morales.

Para la reclamación de estos daños, el perjudicado dispone de la acción ordinaria ex art. 1.902 del Código civil. Ahora bien, para ejercitar esta acción, que normalmente se dirige contra el causante del accidente y su Compañía Aseguradora ¿hay que esperar a la finalización del proceso ejecutivo, o pueden seguirse simultáneamente ambos procesos?

La Sentencia comentada parece dar a entender que no pueden seguirse simultáneamente, aunque por separado, al poder suscitarse en cualquiera de ellos la cuestión de la culpa exclusiva de la víctima, con la consiguiente posibilidad de decisiones contradictorias.

Nosotros pensamos que dicha solución no es adecuada. Si el problema es la culpa exclusiva de la víctima y la posibilidad de decisiones contradictorias en el juicio ejecutivo y en el ordinario, ¿qué ocurrirá cuando la víctima, por hipótesis, no puede ser culpable porque es uno de los ocupantes del vehículo? Por ejemplo: se produce una colisión entre dos vehículos resultando gravemente lesionado uno de los ocupantes, que ejercita la acción ejecutiva contra las aseguradoras y la acción declarativa ordinaria reclamando daños morales contra los conductores y las aseguradoras. ¿Qué ocurre en este caso?

Creemos que ambos procesos son compatibles. En primer lugar hay que señalar que la sentencia dictada en el juicio ejecutivo no produce cosa juzgada respecto a la del juicio ordinario, según afirma expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1978, por lo que en el juicio ordinario promovido simultáneamente al ejecutivo no cabría la excepción de litispendencia respecto al juicio ejecutivo, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Supremo en el sentido de que «para que pueda existir la litispendencia se requiere la concurrencia de dos litigios iniciado sobre un mismo objeto entre las mismas partes, por demandas que se funden en la misma causa de pedir y tiene un carácter preventivo para evitar que pueda producirse, inadecuadamente, la cosa juzgada con la que guarda íntima relación, y por ello la contradicción no se origina cuando por la sentencia que se dicte no han de quedar definitivamente resueltas las cuestiones que son objeto del pleito. (Sentencias 28 de octubre 1959 y 10 enero 1958.)

En segundo lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1978, señala:

«(...) se parte, en el razonamiento del motivo del supuesto erróneo de la incompatibilidad de la acción ejecutiva con la establecida por los artículos 1.902 y siguientes del Código civil, incompatibilidad inexistente al proclamar el artículo 4.º del Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor y la jurisprudencia de esta Sala *la posibilidad de ejercicio de ambas conjunta o separadamente.*»

3. Interrupción o no del plazo de prescripción de la acción ordinaria por el ejercicio de la acción ejecutiva.

La Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, de 20 de mayo 1980, recoge también expresamente esta idea de compatibilidad entre la acción ejecutiva y la ordinaria.

Según esta línea de pensamiento, ambos procesos podrían tramitarse simultánea, pero separadamente. Y es que, en definitiva, como señala la Sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 4 de mayo de 1977, «aunque ambos procedimientos tienen por origen el mismo hecho, las acciones ejercitadas y el propósito por ellas perseguido son distintos, pues por la declarativa, apoyada en el artículo 1.902 del Código civil, se reclaman los daños materiales, mientras la ejecutiva que se ampara en la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, busca la reparación de los cusados en la persona del ejecutante. Distinción que tiene evidente importancia, pues las reglas aplicables para la atribución de responsabilidad en una u otra clase de procesos tienen las diferencias suficientes para hacerlas compatibles, de tal manera que, así como en las acciones derivadas de culpa extracontractual, los criterios objetivadores son contemplados por los Tribunales con notable vigor, pero sin olvidar la raíz subjetiva de las normas que las otorgan, con el juego de posibles concurrencias de culpa, con o sin efecto compensatorio, total o parcial en caso afirmativo, la legislación especial que por el momento sólo atiende la reparación de los daños causados en las personas, mantiene criterios de objetividad cuasi plena, declarando la responsabilidad en todo caso, con la única excepción prevista en los supuestos de culpa exclusiva de la víctima o fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo».

La Sentencia comentada de 13 de noviembre de 1982, parece dar a entender que el ejercicio de la acción ejecutiva interrumpe el plazo de prescripción de un año para el ejercicio de la acción ordinaria. Y más clara es aún la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1981 (R. 4419), cuando señala:

«aunque no cabe hablar de solidaridad entre las responsabilidades exigidas al asegurador obligatorio y al autor material del daño por el resto indemnizatorio no cubierto por aquél, sí cabe admitir la ruptura del tracto temporal de la prescripción, operada por la originaria y persistente voluntad del acreedor de ejercitar su derecho, mediante la acción que la ley especial le concede para la satisfacción urgente y perentoria del mismo, con la formación del título ejecutivo y subsiguiente juicio de este orden, dado que el origen y fundamento del hecho —causa petendi— es exactamente el mismo, es decir, el accidente automovilístico del que dimanen daños y perjuicios.»

Sin embargo, existen otras Sentencias para las cuales, y a nuestro juicio —con mejor criterio—, el ejercicio de la acción ejecutiva no interrumpe la prescripción de la acción ordinaria.

A este respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 31 de enero de 1976, afirmó:

CONSIDERANDO además que no cabe alegar que la acción se había interrumpido con el ejercicio del proceso ejecutivo derivado del Auto dicho, y por ende, no se cuenta el plazo desde que la Audiencia Territorial resolvió, pues es sabido que para interrumpir es absolutamente necesario se haya ejercitado «esa» acción y no otra que con ella tenga mayor o menor analogía, según revela el posesivo utilizado por el artículo 1973 del Código civil y la Sentencia de 8 de marzo de 1975, recogiendo criterios anteriores.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1975, recogía un supuesto en el que la demanda del actor en reclamación de daños y perjuicios había sido desestimada por estimarse la prescripción de la acción. El recurrente mantenía que «sus manifestaciones constituyen una clara conducta reveladora de su intención de demandar y que produce la interrupción de la prescripción cualquier interpelación judicial». El Tribunal Supremo, desestimando el recurso, afirmó:

«Para estimar la interrupción prescriptiva de una acción determinada es absolutamente necesario se haya ejercitado dicha acción y no otras que con ella tenga mayor o menor analogía —Sentencias de 8 de julio de 1904 y 6 de noviembre de 1928—, como lo revela el posesivo utilizado por el Código civil en el artículo 1.973.

Alberto MANZANARES

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho civil
Universidad Autónoma. Madrid

II. SENTENCIAS

A cargo de Jorge CAFFARENA LAPORTA, Pedro DE ELIZALDE
Y AYMERICH, Gabriel GARCIA CANTERO, Angel LUCINI
CASALES y Alberto MANZANARES SECADES.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

1. *Retracto arrendaticio rústico. Recurso de revisión. Doctrina general sobre irretroactividad de las leyes procesales. No procede la aplicación retroactiva de las normas sobre cuantías a efectos de los recursos de la Ley de 1980.*— No constituye fundamento correcto sostener que «la irretroactividad no tiene cabida en esta esfera procesal», pues si bien en tiempos pasados se llegó a sostener «que las leyes de competencia y procedimiento son de interés público y tienen efecto retroactivo» (SS. de 26 junio 1888 y 29 septiembre 1924), después se corrigió este criterio (SS. de 10 junio 1927 y 19 noviembre 1949) al aplicar a las normas procesales el mismo principio general de irretroactividad de todas las normas que preceptúa el artículo 2.º C. c., y en cuanto a los procesos pendientes, es doctrina mayoritaria que sigan sometidos a la Ley en vigor cuando se iniciaron, incluidos los recursos, por ser más razonable y menos perturbador que lo contrario, a menos que las partes hicieran uso de la facultad que les concede la disp. transitoria 4.ª C. c., optando, pendiente el proceso, por uno u otros procedimientos, el de la nueva o el de la vieja ley. (Sentencia de 8 de abril de 1983; *ha lugar.*)

El recurso de casación se interpone contra Auto de la A. T. que deniega la interposición del de revisión, al haber entrado en vigor la Ley de 1980, que elevó las cuantías para recurrir. La doctrina de esta sentencia es interesante por cuanto sale al paso de una afirmación corriente, la de que las leyes procesales son retroactivas.

3. Obligaciones y contratos

2. *Subrogación de derechos. Cesión de créditos. Subsistencia de garantías.* Dado que el artículo 1.209 C. C. dispone que la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código y siendo obvio que entre dichos casos no puede menos de estimarse comprendida la cesión de un crédito a que se refiere la preceptiva contenida en sus artículos 1.526 y siguientes, con los efectos de que a tenor del artículo 1.528, coincidente con el 1.212, la repetida cesión de un crédito comprende todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, por lo que en el caso de la «litis» la

subrogación de un tercero en los derechos del acreedor operada como consecuencia de la cesión del crédito lejos de extinguir el contenido de la obligación primaria, como es tesis del recurrente, lo conservó en su integridad, ya que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, «la cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aún contra su voluntad, sin que la notificación a éste tenga otro alcance que el obligarle con el nuevo acreedor, no reputándose pago legítimo desde aquel momento, el hecho en favor del cedente».

Fianza. Aval cambiario o fianza civil.—Cualquiera que sea la fortuna de la expresión consignada en la sentencia recurrida en el sentido de que «en general nuestro Derecho no admite el aval por actos separados, al deber constar su prestación en la propia letra», tal expresión carece de trascendencia en el fallo al no determinar o ser base de la principal argumentación de la resolución impugnada al efecto de calificar la «fianza» prestada por el recurrente señor B. S. como de las regladas por la normativa contenida en los artículos 1.822 y ss. C. C., sentando al efecto la afirmación de que el referido señor B. S. afianzó no el pago de las letras de cambio, sino el de la deuda a que obedeció su giro. (Sentencia de 11 de enero de 1983; *no ha lugar*.)

3. *Venta de local construido sin licencia. Resolución por incumplimiento. Cuestiones de hecho.*—Es cuestión de hecho determinar si existió incumplimiento y determinar cuál de las partes incumplió sus obligaciones y fue determinante del incumplimiento de las suyas por la contraparte, cuestiones que incumben por tanto al juzgador de instancia, cuya decisión ha de ser respetada en casación mientras no se impugne en forma a través del número 7.º del artículo 1.692 de la LEC.

Conditio iuris que motivó la celebración del contrato e ineficacia del mismo.—Al no ser posible la utilización pacífica e individualizada del local adquirido por no ser edificable el terreno objeto de la compra es de aplicar la doctrina de esta Sala sancionadora de la ineficacia del contrato bilateral de compraventa, ya que no se cumplió la «conditio iuris» que motivó la celebración del contrato. (Sentencia de 8 de julio de 1983; *no ha lugar*.)

4. *Interpretación de los contratos. Alcance y finalidad de la labor interpretativa.*—Al interpretar los contratos no hay que detenerse en el sentido riguroso o gramatical de las palabras, sino indagar en la intención de las partes, teniendo en cuenta que ha de atenderse a la voluntad general o común de ambas partes, por lo cual la voluntad interna de un contratante no tendrá efecto si, por su declaración, el otro contratante, según los usos y la buena fe, entendió cosa distinta de aquella voluntad interna; dirección objetivista que conduce en los casos de discrepancia, a la decisión de los Tribunales, que habrán de pronunciarse acerca del sentido que haya de darse a los pactos. (Sentencia de 28 de diciembre de 1982; *ha lugar*.)

5. *Cesión de contrato. Admisibilidad y efectos.*—La transmisión o cesión de la relación contractual, que pasa a ligar a personas distintas de quienes originariamente la contrajeron, es posible en nuestro ordenamiento, como la doctrina científica entiende, a la luz del principio de la libertad de pactos

proclamado en el artículo 1.255 C. C. y así lo tiene declarado la jurisprudencia, admitiendo que puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones sinalagmáticas si éstas no han sido todavía cumplidas y la otra parte (contratante cedido) prestó consentimiento anterior, coetáneo o posterior al nê gocio de cesión; y es efecto característico de tal figura que el cedente resulta desligado del contrato y el cesionario subrogado en su lugar. (Sentencia de 26 de noviembre de 1982; *ha lugar*.)

6. *Actos propios y recurso de casación.*—El motivo ha de decaer porque con su formulación la parte recurrente va contra sus propios actos, ya que en sus escritos de alegaciones, después de oponerse a la demanda contraria y a la condena en ella suplicada, formuló reconvencción postulando se declarara rescindido el contrato suscrito entre las partes, sin mantener la subsistencia novatoria del mismo que ahora defiende.

Existencia de la novación.—Las cuestiones relativas a la existencia de los hechos determinantes de la novación es facultad propia y exclusiva de la Sala sentenciadora en la instancia, a cuyo criterio ha de estarse, en tanto no sea adecuadamente impugnado por la pertinente vía, que no es otra que la del núm. 7 del artículo 1.692 de la LEC. (Sentencia de 18 de junio de 1982; *no ha lugar*.)

7. *Compraventa que encubre una donación de inmuebles. Alegación inoportuna del ánimo de liberalidad (cuestión nueva).*—Si la «litis» se condensó en torno a la existencia o realidad del precio de la compraventa y en la instancia se silenció la liberalidad como verdadera causa de la escritura otorgada, no es lícito el envocar ahora la innecesariedad del precio acogiéndose a la liberalidad —elemento nuevo— de la cedente de las fincas.

Documento público notarial. Autenticidad. Alcance y valor de las manifestaciones de los otorgantes y del notario.—La incorporación al juicio de un documento público revestido de externa autenticidad extiende ésta a la interna o de fondo para cubrir absolutamente las declaraciones emanadas del funcionario autorizante (fuera del supuesto de falsificación penal), significándose con la palabra «hecho» todos los que abarca la unidad de acto o sea desde la comparecencia hasta la lectura y suscripción, y comprendiendo las manifestaciones de los otorgantes, pero sin que respecto a éstas la autenticidad pase de haberse realizado o emitido a presencia del fedatario hasta llegar a la verdad intrínseca o sinceridad, porque esos aspectos escapan a la percepción notarial.

Prueba. Distribución de su carga. Presunción de simulación.—No puede decirse, como hace la parte recurrente, que se haya alterado el principio sobre distribución de la carga de la prueba sancionado en el artículo 1.250 C. C., pues, debiendo efectuar cada parte la prueba de aquellos hechos que constituyen el fundamento de su pretensión, la demandante, habiendo suministrado a la Sala de instancia los que ésta declara probados obtiene, merced a una presunción, la afirmación de hecho de que se trató de una «simple puesta de las fincas a nombre de los compradores», sin causa, porque el precio cuya entrega fue «confesada» «en la escritura de compraventa nunca fue pagado

a la compradora», pues, siquiera esa aseveración no se establezca con la rotundidad deseable, al reducirla a «vehementes sospechas de simulación del contrato controvertido», supeditando su formulación última y atendiendo a la índole negativa de la falta o inexistencia de precio, que, como hecho negativo es de imposible o muy difícil prueba por la parte denunciante, a que los demandados la realizaran en referencia al hecho positivo contrario de haberse efectuado el pago, no cabe duda de que, en definitiva, la Sala de instancia aprecia la simulación por el cauce de la presunción, y la convierte en soporte del fallo, luego de poner de relieve que «esa prueba (de la realidad del precio) no puede estimarse lograda por los demandados con la aportación de datos referentes a su situación profesional y familiar. (Sentencia de 14 de febrero de 1983; *no ha lugar*.)

8. *Compraventa. Defectos de la mercancía. Prueba de los mismos.*—Así como al actor (vendedor de determinado número de kilogramos de pavo fresco, que reclama el pago del precio de la mercancía suministrada) le incumbe acreditar la existencia del contrato de compraventa y la entrega de la mercancía, el demandado (comprador) tiene «la carga de probar que las malas condiciones de la mercancía suministrada por el actor y observadas con posterioridad a la entrega de la misma, se debían a vicios de origen». Esta prueba, que en el caso no llegó a realizarse, ni siquiera por la vía presuntiva, hubiera constituido un hecho impeditivo de las consecuencias normales del contrato de compraventa», es decir, del deber del comprador de satisfacer el precio. (Sentencia de 16 de octubre de 1983; *no ha lugar*.)

9. *Compraventa. Defectos de la cosa vendida e incumplimiento relativo.*—No puede prosperar el motivo por el que la sociedad recurrente COBASA, S. A., con base en el artículo 1.692, 1.º LEC, invoca violación por inaplicación de los artículos 1.484, 1.486 y 1.490, en relación con los artículos 1.258, 1.461 y 1.468, todos los del C. C., reprobando a la Audiencia haber considerado que la referida sociedad realizó un defectuoso cumplimiento del contrato de compraventa celebrado con los distintos propietarios individuales de las comunidades demandantes, lo que en su opinión no es factible dado que COBASA, S. A., no fue constructora y sí únicamente vendedora de los inmuebles en cuestión, ni procedió al montaje de las chimeneas francesas que motivaron la «litis», motivo que ha de ser rechazado: Primero) Porque como muy bien dice el Tribunal «a quo», la entidad recurrente no cumplió íntegra y convenientemente su obligación de entregar la cosa vendida en estado de servir a sus fines de adecuada habitabilidad, como es de esencia en la compraventa, al carecer las referidas chimeneas de salida de humos; Segundo) Porque al hacer tales razonamientos no tiene en cuenta que corresponde al Tribunal de Apelación fijar quién incumplió el contrato, declaración que hizo efectivamente el mismo y no ha sido combatida aquí adecuadamente, o sea, por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Adjetiva; Tercero) Porque la declarada posibilidad de ejercitarse una acción de incumplimiento en lugar de las redhibitoria, resolutoria o «*quanti minoris*» se encuentra admitida por la doctrina de esta Sala (véase Sentencia de 18 de febrero de 1981). razón por la cual al rechazar radicalmente tal posibilidad y reprochar al

Juzgador de instancia la posición adoptada, lo que está haciendo la recurrente es intentar sustituir con su parcial criterio el del Tribunal sentenciador.

Compraventa. Incumplimiento inexacto o relativo.—También ha de parecer el segundo motivo instrumentado por la misma vía formal que el anterior y centrado en la aplicación indebida que el Juzgador «a quo» realiza del artículo 1.124, 2.º C. C.: A) Porque todo él gira en torno a los mismos presupuestos y argumentos expuestos en el anterior; B) Por la inexacta afirmación en él hecha de que la acción del citado artículo 1.124 atiende únicamente al incumplimiento pleno, o sea, a aquel en que el acreedor no recibió nada o rechaza inmediatamente, interpretación personalísima del recurrente que contrasta con la siempre más objetiva del Tribunal sentenciador, dada la posibilidad de un «incumplimiento relativo» o «inexacto» admitida por esta Sala, y perfectamente adecuada al principio hermenéutico que se contiene en el art. 3.º, 1.º, del C. C., que impone en la interpretación de la norma una acomodación a la realidad social del momento histórico en que la misma ha de ser aplicada, principio de evidente interés y trascendencia en materia tan compleja como es actualmente la contractual; C) Porque cuando la determinación del incumplimiento depende fundamentalmente de que se haya llevado a cabo u omitido algo, como acontece en el presente caso con la entrega de unos pisos cuyas chimeneas no funcionaban por no tener salida de humos, es evidente la existencia por parte de la vendedora COBASA, S. A., de ese «incumplimiento inexacto» o «relativo», por razón de su inadecuado montaje, lo que da lugar a que tanto por aplicación del citado artículo 1.124, cual hace la Sala de Apelación, como en todo caso por la del artículo 1.101 del mismo Cuerpo legal, haya de llegarse a la misma conclusión.

Comunidad de propietarios. Legitimación activa.—El principio general imperante en materia de Propiedad Horizontal es el de que la representación en juicio y fuera de él de las mal denominadas Comunidades de Propietarios» corresponde al presidente, razón por la cual, si, como en el presente caso, se niega la misma, debería haberse acreditado que el supuesto fáctico motivador de las acciones ejercitadas afectaba única y exclusivamente a los propietarios singulares de pisos o locales, lo cual no sólo no se ha llevado a cabo, sino que contradice ésta, la de que el acuerdo hubo de adoptarse por unanimidad, ya que de ser ello así resulta evidente, dada la redacción del artículo 16, 1.º, pf.º 1.º L. P. H., que la cuestión afectaba a la Comunidad de Propietarios y no únicamente a cada uno de ellos. (Sentencia de 29 de enero de 1983; *No ha lugar.*)

10. *Culpa contractual. Daños en olivar causados por producto mezclado por error en herbicida.*—La acción ejercitada no es la de culpa extracontractual, sino la contractual, de aquí que la obligación de indemnizar se asiente en los artículos 1.101 y 1.108 C. c. y no en el 1.903 del propio Código.

Determinación del «quantum» del daño indemnizable.—Es reiterada la doctrina de esta Sala en el sentido de que declarada la existencia del daño indemnizable, es facultad discrecional de los jueces y Tribunales de instancia, conforme al artículo 360 LEC, remitir a la fase de ejecución de sentencia su determinación, fijando o sin fijar las bases para ello, conteniendo el artículo 928 LEC las previsiones para hacer viable la ejecución de aquélla.

Legitimación activa.—Establecido en la sentencia que la demandante es la propietaria de la finca dañada, nada impide que un tercero ejercite también la acción de resarcimiento cuando demuestra estar interesado en la producción de la finca, por cultivarla directamente y por ser la persona que se relacionó con el distribuidor de los productos, condición de perjudicados que les legitima para el ejercicio de la acción indemnizatoria postulada. (Sentencia de 29 de marzo de 1983; *no ha lugar.*)

Se había adquirido una partida de productos para combatir las plagas del olivar y entre ellos se encontraba, por error, un producto herbicida causante de cuantiosos daños. Puede ser un ejemplo de responsabilidad del vencedor por el producto que la sentencia resuelve correctamente (G. G. C.).

11. *Compraventa de bienes inmuebles. Resolución. Requerimiento del pago.*—Es obvio que la Sala de apelación ha incurrido en violación por inaplicación del artículo 1.504 C. C., por cuanto el actor-comprador, hoy recurrente, no fue requerido de pago ni judicial ni notarialmente por la vendedora, requisito fundamental según el citado precepto para que la resolución del contrato pueda tener lugar según constante doctrina de esta Sala y porque consiguientemente, conforme establece el indicado artículo» ... el comprador podrá pagar, aún después de expirado el término...». (Sentencia de 25 de febrero de 1983; *ha lugar.*)

12. *Opción de compra.*—Señala el Tribunal Supremo que «el derecho de opción de compra consiste en la facultad de adquirir una cosa dentro del plazo y en las condiciones preestablecidas, y como tal, es preparatorio y unilateral, pues mientras se halla pendiente, las partes están vinculadas por el acto y nada pueden hacer para frustrarlo. Su consumación depende por modo exclusivo de la decisión del optante que, realizada dentro del plazo establecido, constriñe al titular del derecho a su cumplimiento (S. 22 junio 1966), y fija, definitivamente, las obligaciones recíprocas que sobre su base han de ser posteriormente exigidas. El plazo establecido es únicamente atinente a la necesidad de formalizar la aceptación durante su transcurso, si bien tal declaración de voluntad tiene carácter recepticio, lo que quiere decir que ha de ser notificada al concedente durante la vigencia del plazo opcional, a fin de ser conocido por este último, pero bien entendido que lo que con la notificación se pretende es tan sólo el conocimiento del oferente, pero no su conformidad con la declaración de compra del optante, debiendo considerarse recibida tal declaración aún en el supuesto de falta de recepción del documento que así lo contenga, cuando no estaba en la potestad del optante, y sí del destinatario oferente el conseguir u obtener tal conocimiento. Sentencia de 29 de septiembre de 1981). (Sentencia de 10 de diciembre de 1982; *no ha lugar.*)

13. *Arrendamientos rústicos. Derecho transitorio. Defectos del recurso. Fundamentación alternativa. Cambio legislativo.*—Aún cuando ante la ausencia de disposiciones transitorias en la nueva L.A.R. de 31 diciembre 1981 para regular los problemas de Derecho transitorio y por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 3.º del Real Decreto de promulgación de la L.E.C., en

relación con la Disposición Transitoria 4.ª C. c., se estimase que la recurrente pudiera optar «per se» y sin haber acreditado acuerdo con el recurrido, por el cambio de legislación aplicable en cuanto a esta impugnación se refiere, es obvio que: A) Dado el carácter extraordinario de la casación, no es posible su fundamentación alternativa en más de un Cuerpo legal, como hace en el presente caso la recurrente, que comienza preparando su impugnación «por infracción de Ley y de doctrina legal» cuando la nueva L.A.R., de 1981 únicamente hace referencia al «recurso de casación», denominación más amplia bajo la cual comprende en el artículo 132.3, las dos manifestaciones recogidas actualmente en la L.E.C. esto es, la «por infracción de Ley y de doctrina legal» y la «por quebrantamiento de forma»; B) Por otra parte, todos los motivos se estructuran sobre la base de ofrecer al Tribunal de casación la opción entre dos Cuerpos legales, la citada Ley Procesal Civil y la igualmente indicada L.A.R. de 1981, lo que resulta también inadmisibile en este recurso; C) Asimismo la confusión aumenta al alegarse como bases de los dos primeros motivos la infracción del artículo 1.º y del 9.º, 6, del Decreto de 29 abril de 1959, que contiene precisamente la regulación derogada y de la cual se ha prescindido en la preparación e interposición de este recurso. (Sentencia de 7 de febrero de 1983; *no ha lugar.*)

14. *Afianzamiento de la obligación de pago del precio en una venta de bienes muebles a plazos con reserva de dominio. El artículo 1.852 del Código civil. Pérdida de la garantía por la vendedora y liberación del fiador.*—No puede estimarse que la conducta del acreedor constituya el hecho determinante de que el fiador solidario no pudiera quedar subrogado en la garantía que para el saldo de la deuda la reserva de dominio significaba, pues la ley exige actividad, acción, hechos, no cualquier falta de diligencia. Y es obvio que el fiador, al margen de su posibilidad o imposibilidad de intervenir en calidad de tercerista en los procedimientos judiciales contra los bienes del deudor principal pudo frente al acreedor desarrollar actividad orientada a la finalidad de que al menos quedara patente la pasividad que le imputa como determinante de la pérdida de la garantía que la reserva de dominio significaba.

Incongruencia.—Conforme a reiterada jurisprudencia la sentencia que estima la acción ejercitada en la demanda y condena al demandado, desestima implícitamente las excepciones opuestas por él mismo.

Prórroga concedida al deudor principal y extinción de la fianza.—Al aceptar el acreedor, sin intervención del fiador, un talón bancario en pago del saldo está concediendo implícitamente al deudor una prórroga, con señalamiento de nuevo plazo, por lo que no puede ya dirigirse contra el fiador si no logró hacerlo efectivo. (Sentencia de 1 de marzo de 1983; *ha lugar.*)

15. *Culpa extracontractual. Daños causados por un menor a otro menor. Responsabilidad de los padres. Culpa «in custodiando» o «in vigilando». Matiz cuasi-objetivo.*—La responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos ilícitos realizados por los hijos constituidos *in potestate*, a tenor del artículo 1.903 C. c., se justifica tradicional y doctrinalmente por la transgresión del deber de vigilancia que a los primeros incumbe, y que el legislador con-

templa estableciendo una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad, con inversión consiguiente de la carga probatoria, de manera que la demostración del empleo de las precauciones adecuadas ha sido entendida en tonos de marcada severidad, exigiéndose una rigurosa prueba de la diligencia empleada, atemperándose a las circunstancias del lugar y del tiempo del caso concreto, lo que comporta la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, por lo cual no viene permitido oponer la falta de una verdadera imputabilidad en el autor material del hecho, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del padre o tutor por omisión de aquel deber de vigilancia, sin relación con la culpabilidad psicológica del constituido en potestad y por lo tanto de su grado de discernimiento.

Prescripción de la acción. Alta médica definitiva.—El sobreseimiento y archivo de las actuaciones fueron acordados sin haberse obtenido la sanidad del lesionado y el alta definitiva, y en el proceso actual obran antecedentes demostrativos de que el hijo del actor seguía recibiendo asistencia médica con posterioridad a aquéllos, por lo que es manifiesto que el alta y la sanidad no consta que hayan tenido lugar con antelación de más de un año a la fecha de presentación de la demanda, debiendo recordarse la doctrina jurisprudencial según la cual el cómputo del plazo de prescripción de las acciones para exigir el resarcimiento por culpa aquiliana ha de contarse, cuando de lesiones se trata, tomando como *dies a quo* el momento en que se conozcan de modo cierto los quebrantos ocasionados por aquéllas a los fines de lograr la pertinente indemnización, que habrá de ser referido a la fecha en que el lesionado obtenga el alta médica definitiva (SS. de 19 abril 1972, 16 junio 1975 y 19 noviembre 1981).

Interrupción por ejercicio extrajudicial del Derecho.—La sentencia de instancia no atribuye significado interruptivo al acto de conciliación, sino que afirma categóricamente la existencia de una conversación mantenida a la búsqueda de un acuerdo entre las partes el mismo día de celebrado dicho acto, así como contactos telefónicos entre los letrados de ambos litigantes que tuvieron lugar con posterioridad, animados de igual designio, conductas que valora como actos de ejercicio extrajudicial del derecho, los cuales, en cuanto volitivos de reclamación a la persona obligada, existirán siempre que el titular del derecho muestre inequívocamente al sujeto pasivo su decisión de obtener el pago, sin que sea menester la personal intervención de los interesados, pues también en esta materia operan las reglas del mandato representativo, con plena eficacia, aunque sea verbal, y no cabe poner en duda la trascendencia que revisten como reclamación del titular frente al obligado las repetidas gestiones del letrado del actor, que obra siguiendo las instrucciones de su cliente, cerca del que llevaba la dirección técnica del demandado, buscando una composición amistosa. (Sentencia de 10 marzo 1983; *no ha lugar.*)

16. *Daños por ruina de edificio. Reclamación de los arrendatarios del inmueble. Irresponsabilidad del propietario.*—La ruina del edificio no se produjo por falta de las reparaciones necesarias a que se refiere el artículo

1.907 C. c., sino, y en todo caso, por los defectos de construcción a que se refiere el artículo 1.909.

Obras de mejora en la finca arruinada. Irresponsabilidad del propietario y del arquitecto director. Falta de relación de causalidad.—Si bien es cierto que la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que lo ha desarrollado en un sentido moderado, preconizando una inversión de la carga de la prueba, pero sin excluir en modo alguno el principio de responsabilidad por culpa; en el presente caso la culpa que se imputa al propietario de la casa siniestrada y al arquitecto director de las obras de mejora que se realizaban en la misma, no aparece patente de los hechos probados en el sentido de que falta relación de causalidad, pues tales obras no generaron o coadyuvaron a la producción del siniestro y, por otra parte, el propietario tampoco podía prever que el edificio se encontrara en estado ruinoso.

Enriquecimiento injusto. Falta de prueba.—Se alega que el propietario de la casa se lucró con la ruina de la misma, habida cuenta de haber obtenido el desalojo de los inquilinos sin indemnización, pero tal enriquecimiento ha de ser desestimado al no poder establecerse, por falta de términos de comparación acreditados, en primer lugar, la diferencia entre el valor de la casa en el estado en que se encontraba y su valor real como solar, y, en segundo lugar, falta toda prueba que sirva de término de comparación entre los beneficios que el propietario percibía por los arrendamientos del inmueble y los que haya podido percibir por el precio que obtuvo de la enajenación del solar resultante de la ruina. (Sentencia de 29 marzo 1983; *no ha lugar.*)

NOTA.—Supuesto de hecho de gran interés en el que lo decisivo ha sido el resultado de los informes periciales sobre la causa de la ruina del edificio siniestrado, la cual se manifestó precisamente con ocasión de unas obras de reforma en los bajos dedicados a locales comerciales. La referencia que el artículo 1.909 hace al «tiempo legal» durante el cual caben reclamaciones contra el arquitecto y el propietario del inmueble por defectos en la construcción, obliga a ponerlo en relación con los diez años del artículo 1.591, plazo absolutamente superado en el presente caso en el que el edificio se había construido hacía más de medio siglo.

La sentencia parece rechazar la reclamación basada en el enriquecimiento injusto por la falta de prueba de los requisitos del mismo. Con todo, hay que negar más bien que el supuesto sea incluíble en tal figura, ya que por simple vetustez y sin culpa de nadie, o lo que es igual, por caso fortuito producido por leyes del mundo físico, se originan unas pérdidas para los ocupantes de los pisos y locales arrendados y un eventual beneficio patrimonial para el propietario del edificio convertido en solar, hechos que no parecen vinculados por una relación de causa a efecto, sino únicamente unidos por relación meramente cronológica (G. G. C.).

17. *Culpa extracontractual. Muerte en accidente de circulación. Prescripción de la acción. Interrupción por acto de conciliación.*—La presentación de la papeleta de conciliación dentro del año interrumpe el plazo de prescripción extintiva de la acción basada en el artículo 1.902 C. c., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.973.

Acción subrogatoria del asegurador. Prescripción.—El plazo de prescripción de un año no se aplica a la acción subrogatoria del asegurador establecida en los artículos 413, 437 y 780 del Código de comercio. (Sentencia de 13 abril 1983; *no ha lugar.*)

18. *Culpa extracontractual. Muerte por caída de caja de camión cargado de material de construcción. Ausencia de culpa o negligencia.*—No puede deducirse de la jurisprudencia del T. S. la radical consecuencia de que la indemnización basada en el artículo 1.902 C. c. pueda ser acogida sin un previo reproche a título de culpa o negligencia a quien se pretende haya nacido la acción u omisión dañosa, y en el presente caso ha quedado demostrado que el demandado o sus empleados hubiesen contribuido con su conducta o negligencia a la producción del hecho dañoso, habiendo dudas de que el material de construcción colocado en la caja del camión fuese defectuoso o estuviese incorrectamente colocado. (Sentencia de 25 abril 1983; *no ha lugar.*)

NOTA.—Se trataba de un accidente laboral producido cuando la víctima sube a un camión de la empresa cargado de bovedillas, cayendo inmediatamente al suelo y falleciendo por causa de la caída en el pavimento; el vehículo estaba parado y el conductor no estaba en su interior. ¿Hay aquí otro ejemplo de «jurisprudencia regresiva»? Sorprende la rigurosidad con que se exige la prueba de la culpa, si bien se deja a salvo el criterio interpretativo que, en beneficio de la víctima, aplica la inversión de la carga de la prueba o la responsabilidad por riesgo. Criterio, sin embargo, que no se aplica en el caso contemplado (G. G. C.).

19. *Culpa extracontractual. Solidaridad del responsable con la compañía aseguradora.*—Es muy reiterada la jurisprudencia en el sentido de que existe una obligación solidaria entre la compañía aseguradora y su asegurado para el pago de los daños causados por el accidente, pues si bien es cierto que la solidaridad no se presume, sino que debe expresamente establecerse, hay casos en que la ley crea la solidaridad pasiva, bien como interpretación de la voluntad de las partes o como garantía para el acreedor, o como sanción de una falta o acto ilícito; solidaridad que es aplicable al contrato de seguro, en el que las obligaciones del asegurador se reducen al pago de los daños causados por el siniestro, por lo que desplaza sobre su propio patrimonio el que gravitaba sobre el asegurado, y debiendo éste indemnizar el daño causado, ambos son responsables ante la víctima del daño, uno directo, y la aseguradora por subrogación; por consiguiente, al existir unidad de objeto en el asegurador y en el asegurado, que es la indemnización a la víctima, se produce una solidaridad legal. (Sentencia de 28 marzo 1983; *no ha lugar.*)

20. *Culpa extracontractual. Daños por filtraciones en edificio colindante. Relación de causalidad.*—La relación de causalidad constituye un concepto puente entre la acción inicial del agente y el resultado originado, lo que si bien implica la necesidad de operar una valoración de la conducta de aquél, lleva igualmente consigo la valoración del supuesto de hecho desencadenante del resultado, lo que requiere acudir casacionalmente a la vía del núm. 7.º del art. 1.692 L. E. C.; y en el presente caso, de la prueba practicada, y en especial de los informes técnicos, se llega a la conclusión de que las humedades fueron producidas por la acción negligente de los demandados al no impermeabilizar adecuadamente la llamada «plancha».

Litisconsorcio pasivo necesario entre el beneficiado por las obras y el arquitecto.—En cuanto ejercitada contra el recurrente una acción derivada de culpa extracontractual por filtraciones provenientes del inmueble de su

propiedad, y acreditado que las obras realizadas en dicho edificio lo fueron en exclusivo beneficio del mismo, está obligado directa e inmediatamente a indemnizar, sin perjuicio de las acciones que estime le corresponden contra quien llevó a cabo tales obras. (Sentencia de 16 marzo 1983; *no ha lugar*.)

21. *Culpa extracontractual. Daños en edificio colindante por obras de cimentación en solar. Relación de causalidad.*—Una normal diligencia hubiera hecho prever que la excavación de los cimientos en la colindancia de la casa vecina, unido al hecho de haber tenido el solar largo tiempo sin edificar, y al desnivel existente entre ambos inmuebles, todo ello sin adoptar las precauciones procedentes, supone un peligro para la edificación del actor; en casación el problema del nexo causal puede traerse a examen por la vía del núm. 1.º del art. 1.692 L. E. C. en relación con los hechos declarados probados, pudiendo discutirse la suficiencia o insuficiencia de la causa y su actuación singular o concurrente con otras para producir el resultado; en el presente caso el juzgador de instancia atribuye los daños producidos en el sector de la casa lindante con el solar del demandado, a la apertura de la cimentación de dicho solar, alterando las condiciones del terreno, y fuera de estas concausas, todas ellas atribuibles a la conducta del demandado, no aparece ningún otro acontecimiento extraño que implique ruptura del nexo causal. (Sentencia de 25 de marzo de 1983; *no ha lugar*.)

22. *Acumulación de responsabilidad contractual y extracontractual. Doctrina general.*—El tema de la coexistencia o conjunción de las responsabilidades contractual y aquiliana, cuando los sujetos se hallan ligados por un negocio bilateral y el daño sobreviene en su ámbito, es resuelto por la generalidad de la doctrina sosteniendo que si la extracontractual, por razón de su naturaleza, de su objeto y de los principios que consagra basados en la amplia regla del *alterum non laedere*, constituye la responsabilidad general y básica estatuida en el ordenamiento, no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial, de suerte que si se trata de negligencia extraña a lo que constituye propiamente materia del trabajo —si de arrendamiento de servicios se trata— desplegará aquélla sus efectos, y, entre otros, el de la vigorosa presunción de culpabilidad del empresario (SS. de 13 junio 1942, 2 enero 1945; 21 marzo 1950, 17 febrero 1956, 2 abril 1957, 2 mayo 1961, 16 abril 1963, 20 mayo 1964, 20 mayo y 3 noviembre 1966, 22 diciembre 1967, 24 junio 1969, 14 abril 1981 y 8 noviembre 1982).

Culpa extracontractual en el contrato de trabajo.—El criterio general de compatibilidad cobra mayor relevancia en la esfera del contrato de trabajo, pues el art. 84, párr. 5, letra b) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, alude a la intervención de culpa civil en el accidente laboral, cuyas respectivas normas no se anulan ni se confunden, y esta Sala tiene afirmado que son compatibles la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante de acto culposo, razonando que la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los ar-

títulos 1.902 y 1.903 C. c., sino que explícitamente reconoció su vigencia a través de los arts. 53 de la Ley de Accidentes y 189 de su Reglamento, al admitir la posibilidad de que pudieran derivarse del hecho discutido otras acciones a favor de los parientes del accidentado en caso de muerte de éste, exigibles ante la jurisdicción ordinaria, sin que sea admisible pretender que no quepa acción contra el patrono y sí contra extraños (S. de 30 octubre 1971).

Muerte de obrero de explotación agrícola. Culpa del encargado. Responsabilidad del dueño.—Es claramente antijurídica la conducta del encargado de una finca que ordena a cuatro obreros el traslado a determinado paraje, utilizando un tractor que habría de conducir cualquiera de ellos, ninguno de los cuales sabía manejarlo, careciendo el vehículo de «pórtico de seguridad» y de remolque, por lo cual dos de los asalariados tuvieron que viajar en el guardabarros o en los mecanismos de tracción; siendo conducido el tractor por la víctima, lo que al menos fue permitido por el capataz, lo que constituye una imprudencia al carecer de los mínimos conocimientos de mecánica y la indispensable aptitud para conducirlo, lo que se agrava por la dificultad del recorrido, que incluso cruzaba el lecho de un río, y en el curso del desplazamiento ocurrió el vuelco del tractor con la muerte de su conductor, siendo de tal hecho responsable el empresario a tenor del art. 1.903 Código civil.

Inexistencia de concurrencia de culpas.—No es equitativo conceder virtualidad alguna a la pasividad del obrero que se limita a obedecer sin protesta la orden de su capataz imponiéndole, explícita o implícitamente, la conducción del tractor, quebrantando todas las reglas de seguridad legalmente establecidas y a sabiendas de que el subordinado carecía de las aptitudes para efectuar ese cometido. (Sentencia de 9 marzo 1983; *no ha lugar.*)

23. *Culpa extracontractual. Camión parado por avería y no totalmente orillado que causa colisión.*—Es constitutiva de culpa civil la conducta del conductor del camión que por haber sufrido un pinchazo, se para en la carretera sin orillar totalmente su vehículo, apartándolo de la circulación rodada, ya que pudo prever que, de noche, ello constituía un peligro para los demás conductores.

Prescripción extintiva. «Dies a quo». Rectificación del primitivo criterio jurisprudencial.—Es cierto que antiguas resoluciones del T. S. marcaron como fecha inicial del cómputo prescriptivo, en las reclamaciones civiles derivadas de actuaciones penales, la del auto de sobreseimiento, pero debido a la evolución legislativa operada en torno a los supuestos de responsabilidad por accidentes, y en particular a lo dispuesto en el art. 10 del Texto Refundido de 1962, se ha derogado el anterior criterio y se ha consolidado la doctrina que fija como día inicial para el cómputo el de la notificación de dicho auto, momento en el que el perjudicado podrá optar por la acción ejecutiva de la ley especial o por la ordinaria de los arts. 1.902 C. c., o por compatibilizar ambas.

Interpretación del art. 1.968 C. c. «Cuando lo supo el agraviado».—Según dijo la S. de 14 julio 1982, cuando la resolución judicial firme abre el camino para el ejercicio de las acciones resarcitorias *ex art.* 1.902 C. c. es lógico y

equitativo sentar que esa posibilidad de ejercicio surge cuando formalmente se le notifica al interesado, o sea, «cuando lo supo el agraviado» como dice el art. 1.968, y en tanto no ocurra ello, no se le puede cargar a la cuenta de la inactividad de aquél —fundamento subjetivo de la prescripción— el desconocimiento de una circunstancia determinante de su derecho; inactividad que sólo puede operar negativamente a partir de la notificación, que es cuando pudo saber el agraviado que podía ejercitar su derecho, y el alcance del mismo, razón por la cual no puede contar a estos efectos el auto de sobreseimiento. (Sentencia de 29 de marzo de 1983; *no ha lugar.*)

24. *Responsabilidad civil del padre por daños cometidos por su hijo menor de edad. Indulto. Aplicación del art. 1.903 C. c.*—El hecho cometido por el menor —conducción ilegal de un vehículo, sobreviniendo un accidente de circulación con resultado de muerte del acompañante— no llegó a ser declarado infracción penal por aplicación del R. D. de Indulto de 14 marzo 1977, lo que redujo la calificación del hecho a acto ilícito civil, por lo cual fracasó la acción penal para el castigo del culpable y no surgió del delito la civil para reparación del daño o la indemnización de perjuicios, siendo aplicables entonces los arts. 1.902 ss. del C. c., habiendo declarado reiteradamente la jurisprudencia que, fuera del supuesto del pár. 1.º del art. 116 L. E. Crim., los Tribunales de lo civil tienen facultades para valorar y encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, y para apreciar conjuntamente la prueba y sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica.

Extinción de la patria potestad por mayoría de edad.—Aparte de ser cuestión nueva, la demanda se presentó cuando el causante del accidente era menor de edad, siendo tal momento el determinante de la jurisdicción, sin que las modificaciones sobrevenidas durante el curso del juicio tengan la trascendencia pretendida, puesto que siempre el hecho origen de los daños sobrevenidos tuvo lugar durante la menor edad del causante material de aquél y fue instado el juicio antes de cumplir la mayor edad.

Legitimación activa. Perjudicados y herederos de la víctima. Ausencia de litisconsorcio activo necesario.—No se trata de un litisconsorcio activo necesario, en cuanto es facultativo para los presuntos perjudicados el ejercicio de la acción resarcitoria, debiendo observarse que es el concepto de perjudicado, y no el de heredero, lo decisivo para acordar la indemnización correspondiente y cualificar la oportuna legitimación activa, que se ha constatado concurría únicamente en la viuda demandante, con quien convivía la víctima y a la que ésta daba sustento económico, del que quedó privada con su fallecimiento; circunstancias que no exigen que el perjudicado sea heredero de la víctima, aunque es frecuente que ambas cualidades concurren en las mismas personas, ya que el derecho a indemnización originado en el perjuicio material y moral a terceros por consecuencia de la muerte no surge *iure hereditatis*, sino como un derecho originario y propio del perjudicado sobreviviente, que no ingresó en el patrimonio del fallecido, pues precisamente surge con motivo de su óbito.

Convivencia del menor con sus padres.—Tal convivencia ha de presumirse por ser obligación legal que impone al padre y a la madre el art. 154-1.º

C. c., salvo la prueba en contrario que no se ha producido, deduciéndose más bién del hecho probado de haber tenido fácil acceso al lugar en que el recurrente demandado tenía su vehículo, que su hijo menor conocía por razón de convivencia dicha circunstancia; llegándose a idénticas conclusiones ante el matiz cuasi-objetivo que se atribuye modernamente a la responsabilidad civil del padre del menor, ante el riesgo que el hijo no sometido a la debida vigilancia origina para otras personas. (Sentencia de 4 mayo 1983; *no ha lugar.*)

25. *Responsabilidad civil de los magistrados de audiencia provincial.*—La responsabilidad civil de los jueces y magistrados a que se refiere la preceptiva contenida en el art. 903 L. E. C., se limita al caso de que se haya procedido con «infracción manifiesta» de la Ley, o faltando a algún trámite o solemnidad mandado observar bajo pena de nulidad, pues sólo para estos supuestos es dable predicar la «negligencia o ignorancia inexcusables» que el precepto legal exige como requisito «sine qua non» para la concurrencia de la responsabilidad dicha.

Excepción de cosa juzgada.—Aunque pudiera ser dudosa la estimación de la excepción de cosa juzgada, no puede predicarse que el pronunciamiento absolutorio de la reconvección, suficientemente elaborado en su fundamentación, infrinja ley alguna y menos por ignorancia o negligencia inexcusable del juzgador en segunda instancia.

Imposición de costas en segunda instancia. Temeridad o mala fe procesal. Según constante doctrina de este Tribunal la temeridad o mala fe procesal, a los efectos de imposición de costas, es punto de libre apreciación de los Tribunales de Instancia, por lo cual es inadmisibile pueda denotar ignorancia o negligencia de clase alguna en los magistrados componentes de la Audiencia Provincial. (Sentencia de 28 abril 1983; *no ha lugar.*)

Se trataba de un juicio de responsabilidad civil tramitado en única instancia por la Sala 1.^a del T. S. de conformidad con el art. 913 L. E. C., al exigirse a todos los magistrados de una Audiencia Provincial que habían conocido en apelación de un pleito de arrendamientos urbanos. Pese al artículo 917 L. E. C. el pronunciamiento que se exige al T. S. obliga a una revisión de lo actuado a la luz del art. 903 de la misma Ley. Es probable también una revisión de este procedimiento especial a la vista del art. 121 de la Constitución (G. G. C.).

26. *Accidente de circulación. Seguro de ocupantes. Legitimación para el cobro. Interpretación de cláusula contractual.*—El artículo 20 de la póliza del seguro contiene una clara y precisa autorización a la compañía, para satisfacer el importe de la indemnización a quien demuestre ser beneficiario de la misma, eximiendo la realización de tal pago, realizado de buena fe, cualquier otra reclamación que terceras personas pudieran hacer de la compañía; en el presente caso el reclamante ha demostrado su cualidad de beneficiario, alegándose *ex abundantia* que también se halla en posesión de la póliza por lo que es de aplicar el art. 1.164 C. c.

Falta de pago de la prima.—Es irrelevante la falta de pago de la prima, que únicamente fue imputable a la compañía aseguradora, no habiéndose probado que la actora se negara a su pago. (Sentencia de 6 de junio de 1983; *no ha lugar.*)

Parece poco precisa la referencia al art. 1.164 C. c. que la doctrina interpreta en el sentido de que no basta la mera posesión material del documento, sino que hace falta que se dé la apariencia jurídica de titularidad. (G. G. C.)

27. *Culpa extracontractual. Daños por incendio causado por caída de cable de alta tensión. Moderación de la responsabilidad cuasiobjetiva.*—Cierta y equitativa como es la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad cuasi-objetiva, también lo es que no siempre se han de seguir sus rigurosas consecuencias con olvido de las circunstancias del caso concreto y, en especial, de la total y tajante eficacia causal que en el acontecer dañoso puede provocar la intervención de un evento o fenómeno de la naturaleza, suficiente por sí mismo, sin más, para eliminar la más mínima posibilidad de culpa en el sujeto presuntamente obligado, mínima posibilidad que es precisamente la base para la exigencia de responsabilidad por riesgo en el sentido de imponer a aquél la prueba de su total ajenidad en la producción del resultado dañoso (inversión del *onus probandi*).

Fuerza mayor. Velocidad del viento superior a los 120 Kms. por hora.—Según la S. de 7 abril 1965, los presupuestos de aplicación del art. 1.105 C. c. son la existencia de un suceso imprevisible o que, previsto, sea inevitable, insuperable o irresistible, por exceder del curso normal de la vida, que no se deba a la voluntad del presunto deudor, y que se dé entre el evento y el resultado un nexo o relación de causalidad eficiente; en el presente caso debe considerarse como suceso de fuerza mayor la caída de un cable de alta tensión por la fuerza del viento superior a los 120 kilómetros por hora.

Error de hecho. Documento auténtico.—La certificación del Servicio Meteorológico Nacional de Levante, acreditativa de que durante los días 1 y 2 de diciembre de 1976 soplaron en la zona de Valencia fuertes vientos, con rachas persistentes que superaron los 100 kilómetros por hora, culminando en la madrugada del 2 con una velocidad máxima de 148 kilómetros por hora, registrada a las seis horas, momento en que se produjo la caída del cable, constituye documento auténtico, expedido por legítima y competente autoridad en la materia, y sin impugnación en el pleito, suficientemente explícito y eficaz para probar que la causa del siniestro obedeció a un evento de entidad y naturaleza inevitable, a una fuerza superior a todo control y previsión, extraordinaria y catastrófica, más allá incluso de una previsión rigurosa y exigente, tal la que marca y ordena el Reglamento de Líneas Aéreas de Alta Tensión, aprobado por D. de 28 noviembre 1969, que prevé como extraordinario un viento de velocidad de 120 kilómetros por hora, relativamente a las medidas de seguridad, que estaban cumplidas por la entidad hidrológica recurrente. (Sentencia de 17 de mayo 1983; *ha lugar*.)

La caída del cable produjo un incendio en un almacén de papel recuperado, causando daños que fueron indemnizados por la aseguradora, la cual ejercita ahora la acción de reembolso contra la empresa hidroeléctrica y su compañía de seguros. En ambas instancias se condena únicamente a la empresa propietaria del cable de alta tensión. La sentencia extractada la absuelve al estimar la concurrencia de una causa de fuerza mayor. De alguna manera, la doctrina de esta S. viene a completar la establecida en S. de 16 mayo 1983, pues a los sectores de la vida social y económica que el T. S. se reserva aplicar la responsabilidad cuasi-objetiva, viene a sumarse la relatividad derivada de las circunstancias del caso (G. G. C.).

28. *Culpa extracontractual. Estado actual de la doctrina jurisprudencial sobre el principio de culpabilidad.*—El fundamental principio de responsabilidad por culpa, inspirador de nuestro sistema positivo (SS. entre otras, de 27 mayo y 4 octubre 1982 y 27 enero 1983), viene siendo matizado en su alcance por la jurisprudencia más reciente a impulsos de los imperativos que surgen de la realidad presente, acompasados a los avances de la técnica y la consiguiente creación de riesgo, según lo obligan las pautas interpretativas a que se refiere el art. 3.1 C. c.; orientación que sin acoger el principio de la llamada responsabilidad objetiva, basada únicamente en la causación del daño, introduce limitaciones en el criterio subjetivista de la culpabilidad, moderándolo, a fin de aplicar la regla general del *alterum non laedere* al mayor número de conductas, bien acudiendo a la inversión de la carga probatoria, con la *praesumptio hominis* del obrar culposo una vez acreditado el daño (SS. de 18 noviembre 1980, 27 abril 1981 y 10 mayo 1982, entre las más recientes), sólo destruible mediante la demostración cumplida de que el agente obró con toda la diligencia posible para evitarlo, ora entendiendo que ha de elevarse la diligencia exigible hasta llegar a su agotamiento, sin que baste la observancia de las prevenciones reglamentarias en cuanto el suceso dañoso sea previsible (SS. de 12 febrero y 17 marzo 1981, 20 diciembre 1982, etc.), teniendo muy en cuenta que a la hora de calificar como imprudente una conducta, ha de atenderse no sólo a la diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar, sino además el sector del tráfico o de la vida social en el que la acción u omisión se proyecta, a fin de dilucidar si el sujeto procedió con el cuidado y atención requeridos, y con la reflexión necesaria para evitar perjuicios a intereses jurídicamente protegidos (S. de 23 marzo 1982).

La apreciación de la culpa como «quaestio iuris». Concurrencia de culpas en accidente de circulación.—La existencia de culpa en el conductor del automóvil, y en qué grado, es una cuestión de carácter jurídico y como tal revisable por el cauce del núm. 1.º del art. 1.692 L. E. C.; ponderación del suceso con todas las circunstancias no sometida a controversia, que lleva a entender ciertamente la concurrencia de culpa en la propia víctima, la cual, con manifiesto olvido de las precauciones que al peatón impone el art. 67, pár. 1.º del C. de la circulación, se lanzó a cruzar la calzada sin cerciorarse previamente de que ésta se hallaba libre a ambos lados, haciéndolo además cuando un ómnibus dificultaba la visión del conductor de cualquier otro vehículo que avanzara por su derecha; pero esta incuestionable imprudencia no elimina la falta de cuidado reprochable al demandado, que no redujo la velocidad hasta límites que le permitieran dominar el automóvil, cumpliendo la regla de prudencia establecida con carácter general en el art. 17, pár. 1.º del mismo Código viario, máxime cuando se trata de horas nocturnas y llovía en el momento de realizar el cruce con un autobús que le impedía percatarse de la presencia de cualquier anomalía en el tráfico que surgiera por su izquierda, absteniéndose de acentuar la moderación de la marcha ordenada por el apartado d) de ese precepto, con mayor razón en este caso puesto que en tal margen existía un bar y a la derecha una explanada con vehículos estacionados, lo que hacía razonablemente pre-

visible la contingencia de que cualquiera de los usuarios irrumpiese en la vía pública para dirigirse a su coche.

Moderación de la indemnización.—En el resultado dañoso concurrió con eficacia relevante en mayor grado la culpa de la perjudicada, que al no constituir causa única del suceso lesivo carece de virtualidad bastante para romper el nexo causal y eliminar el deber de resarcimiento, por lo cual esa co-culpabilidad ha de traducirse en minoración importante de la cantidad a satisfacer en concepto de reparación según lo imponen la equidad y la lógica en estos eventos en que media negligencia de la propia víctima. (Sentencia de 16 mayo 1983; *ha lugar*.)

En la S. extractada puede destacarse: 1.º) Se trata de una «jurisprudencia de principio», pues el primer considerando contiene una acertada síntesis de la doctrina jurisprudencial sobre culpa extracontractual en el momento actual. 2.º) Se insiste en que el principio de responsabilidad por culpa sigue siendo el inspirador de nuestro sistema positivo; ¿representa ello un giro, un alto en la evolución jurisprudencial hacia derroteros que se juzgan más «progresivos»? ¿o más bien un balance para reflexionar sobre el camino recorrido?, ¿hay acaso el temor de que algunos de los postulados jurisprudenciales no se adapten del todo a la Constitución vigente, tal, p. ej., la presunción *iuris tantum* de culpa con la presunción de inocencia? 3.º) Se trata de una sentencia que recoge pormenorizadamente los hechos, lo que probablemente venía exigido por la absolución en ambas instancias, mientras que, al estimarse el recurso, se condena al conductor del vehículo, si bien valorándose en 2/3 la proporción en que la culpa de la víctima ha concurrido a la producción del daño, lo que se traduce en el *quantum* indemnizatorio. Y 4.º) Quizá lo más destacado sea la declaración de que la moderación del principio culpabilístico a través de las conocidas técnicas se hace por sectores del tráfico o de la vida social, e, implícitamente, que el T. S. se reserva soberanamente la fijación o determinación de tales sectores, con el inevitable riesgo de incertidumbre que ello origina al justiciable.

(G. G. C.)

29. *Culpa extrancontractual. Accidente de circulación. Concurrencia de culpas.*—Los conductores de ambos vehículos, al ocurrir el accidente, estaban realizando, respectivamente, dos de las maniobras más peligrosas en la circulación viaria, especialmente cuando se trata de vías de gran circulación: desviación del camión hacia la izquierda, y adelantamiento por éste del autocar; ambas acciones exigen el más estricto cumplimiento de las cautelas y prevenciones que señalan, respectivamente, los arts. 18, 25 y 30 del Código de la circulación, y de la narración de hechos probados no resulta debidamente determinado que los conductores cumplieran las obligaciones consignadas en los indicados preceptos, lo que permite concluir que concurrió falta de la adecuada diligencia por parte de quienes conducían los dos vehículos intervinientes, concurso que a los efectos del resarcimiento ha de tenerse en cuenta para determinar el *quantum* indemnizatorio. (Sentencia de 30 mayo 1983; *ha lugar*.)

30. *Culpa extracontractual. Daños en mercancías almacenadas por filtraciones de agua. Error de hecho. Prueba por acta notarial de presencia.*—El error de hecho es manifiesto si se observa que el Notario autorizante hace expresa constancia de la comprobación que personalmente realiza de la existencia de conducciones de agua adosadas al techo del almacén del deman-

dante, con numerosas filtraciones, «que al dejar caer el agua sobre parte de las mercancías allí depositadas, han afectado a las mismas, así como formado charcos de considerables dimensiones en el piso, estando dichas filtraciones manando abundantemente agua en el momento de mi visita»; observaciones rotundas, ignoradas por la sentencia impugnada, no obstante la autenticidad derivada de un hecho que el fedatario público ha constatado de presencia dentro de su específico cometido, de modo que, a su vista, ya no es aceptable la afirmación de que «no puede reputarse probada cuál sea la causa de los daños», tal como se hace en la sentencia impugnada, una vez que tal causación física de los mismos en el sentido inmediato de la expresión, sí que aparece auténticamente acreditada, sin perjuicio de que alcance, o no, a la totalidad de los reclamados y de la reprochabilidad que haya de hacerse a los demandados, o a terceros, o al propio actor por su originaria causación. (Sentencia de 16 mayo 1983; *ha lugar*.)

Se trata de una de las pocas veces en que el T. S. aprecia con toda nitidez el error de hecho. Pero en la 2.ª sentencia se desestima la reclamación de los daños por apreciación de litisconsorcio pasivo necesario.

31. *Culpa extracontractual. Accidente sufrido por motocicleta conducida por guardia civil. Perjuicios para el Estado.*—Como sancionaron las SS. de 14 febrero 1980 y 14 abril 1981, la existencia real de los perjuicios sufridos por el Estado que satisface a su funcionario lesionado, por culpa imputable a la actuación de un tercero, el importe íntegro de sus emolumentos, no se revela por el simple hecho de que dicho funcionario haya dejado de prestar servicio por causa de su lesión, sino por la acreditación de que el Estado quedó efectivamente perjudicado en la función por aquél desempeñada, con proyección económica por tal motivo, o sea, que para continuar prestándola, precisó realizar prestaciones complementarias que le significaron real perjuicio económico.

El auto ejecutivo no es medio de prueba.—El auto ejecutivo no acredita, sin más, los perjuicios sufridos por el Estado, pues en el juicio ejecutivo puede aducirse y demostrarse, como excepción, la falta de realidad del perjudicado que haya proclamado el auto ejecutivo. (Sentencia de 25 junio 1983; *no ha lugar*.)

4. Derechos reales

32. *Nulidad de pleno derecho. Venta realizada por viuda sin intervención de todos los interesados en la herencia. Falta de titularidad dominical. «Nemo dat quod non habet».*—La demandada, madre de la recurrente, dispuso cuando ésta era menor de edad, y sin hallarse representada por defensor judicial ni en forma alguna, de un inmueble incluido en los bienes relictos del fallecido esposo de la vendedora, y padre de la demandante, sin previa práctica de liquidación de los bienes de la sociedad conyugal, ni acreditar en forma que le había sido adjudicado como formando parte de sus bienes gananciales; lo que evidencia que se está ante un acto dispositivo nulo de pleno derecho por no haber intervenido todos los interesados en la herencia, sin que el acto radicalmente nulo pueda ser sanable ni conva-

lidable, ya que el capítulo que trata en el C. c. de la nulidad de los contratos no se refiere a los radicalmente nulos, que deben considerarse como inexistentes, y cuya ineficacia deben apreciar de oficio los Tribunales; máxime cuando en el caso debatido la vendedora del inmueble, carente de titularidad dominical sobre el mismo, infringió el art. 1.426 en su redacción antigua, y normas complementarias, inspiradas en el principio de Derecho *nemo dat quod non habet*.

Usucapion del adquirente. Falta de justo título.—El adquirente, conocedor de aquella carencia de título, ya que sabía que el inmueble vendido no pertenecía a la vendedora, ni le constaba una fehaciente liquidación de la sociedad conyugal y consiguiente adjudicación a la disponente, sabía que el título adquirido, al no ser verdadero y válido, no podía servirle de justo título para prescribir el dominio, según fue equivocadamente admitido por la sentencia de instancia.

La inscripción no convalida los actos nulos.—Es precepto de orden público el contenido en el art. 33 L. H. en el sentido de que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, habiendo cumplido la actora y recurrente lo dispuesto en el art. 38, párr. 2.º de la misma Ley, al pedir en su demanda la nulidad de la inscripción causada por el comprador demandado.

Ilicitud de la causa.—Ha de admitirse que la Sala *a quo* no tuvo en cuenta la ilicitud de la causa de la intentada compraventa, como resultante de una convención en que la vendedora, carente de título de dominio, dispone a favor de persona concedora de esa carencia o, al menos, con manifiesta negligencia, no se cerciora de la comprobación del derecho de que se disponía, en perjuicio de otros, con todo lo cual se infringió el art. 1.275 en relación con el 1.261-3.º C. c. (Sentencia de 14 marzo 1983; *ha lugar*.)

¿Contradice la doctrina de esta sentencia, en la que se declara que la venta realizada por quien carece de titularidad dominical es nula de pleno derecho, y aún inexistente por ilicitud de la causa, con la conocida doctrina jurisprudencial sobre venta de cosa ajena? En mi opinión, la mayor severidad con que aquí resuelve el T. S. se debe a la circunstancia de tratarse de bienes inmuebles pertenecientes a menores, cuya enajenación antes, y ahora, se somete a especiales requisitos (cfr. nuevo artículo 166, párr. 1.º C. c.), lo que constituye una manifestación más del principio constitucional de la protección integral de los hijos (art. 39,2 C. E.). El argumento relativo a la ilicitud de la causa parece más bien *obiter dictum*, pues el vicio radical del negocio estriba en la carencia de titularidad en el transmitente.

(G. G. C.)

33. *Comunidad de bienes. Pacto de división y liquidación a la muerte de uno de los comuneros.*—La condena a dividir y liquidar es consecuencia lógica y legal del artículo 400 C. c. relativo a la división de la cosa común, así como del pacto constitutivo de una comunidad de bienes entre dos matrimonios, siendo los maridos hermanos, con la cláusula de que fallecido uno de los cónyuges integrantes del matrimonio no administrador, se procedería a la liquidación de la comunidad; para lo cual habrá de procederse a las operaciones precisas para llegar a su final y cumplimiento, es decir, inventario,

liquidación y adjudicación del haber partible, entendiéndose por tal el que reste una vez determinado o liquidado, deducido el pasivo a cuenta o de responsabilidad del conjunto patrimonial, de acuerdo con la referida cláusula que habla de liquidar las cargas y pagar las deudas pendientes.

Interpretación de la cláusula relativa al pago de deudas.—Es desmesurada la tesis de que la cláusula octava introduce en el convenio la condición de no proceder a la liquidación antes de pagarse las deudas, pareciendo que se da a entender que es improcedente la división mientras haya deudas, lo que debe rechazarse, pues no se trata de una condición, sino de un mero y natural presupuesto de las operaciones divisorias. (Sentencia de 23 de mayo de 1983; *no ha lugar.*)

34. *Tercera de dominio. Principio de congruencia.*—Si bien el principio de congruencia, limitativo de los poderes del organismo jurisdiccional, prohíbe toda resolución no acorde a las pretensiones de las partes, las confrontaciones entre pedimento y sentencia para hallar las identidades fundamentales, habrán de hacerse atendiendo a la esencia espiritualista que es propia de toda operación jurídica, y en consecuencia aquel presupuesto no impone ni significa una conformidad rígida y literal con las pretensiones de las partes, sino racional adecuación, y por ello siempre que preste el debido respeto al componente fáctico de la acción, viene permitido al sentenciador establecer su juicio crítico y valorativo del modo que entienda más apropiado, incluso aplicando normas no invocadas por los litigantes para dar la respuesta jurídica correcta, decidiendo todas las materias sometidas a debate y extendiendo el fallo a las lógicas y aún necesarias derivaciones del tema planteado, a fin de su mejor efectividad, como así acontece en el caso actual, pues ajustándose a tal doctrina la Sala de instancia a la petición de que fuesen suspendidas «las actuaciones de apremio» en razón de que «los bienes embargados descritos pertenecen en pleno dominio» a la demandante, afirma la realidad de este derecho, pero rechaza la suspensión del procedimiento de realización seguido contra los inmuebles, añadiendo, para evitar toda duda, que la parte demandante «queda obligada a estar y pasar por las consecuencias del apremio que sobre ellos sigue el ejecutante en los autos principales».

Embargo y anotación preventiva de embargo.—La afectación de los bienes del deudor que el embargo comporta alcanza su significado más relevante por medio de la anotación preventiva, garantía registral en seguridad de la realización ejecutiva de la finca o derecho real embargado frente a posteriores adquirentes, pero ello no significa que la falta de su práctica en los libros tabulares lleva a desconocer la existencia de la traba y la consiguiente limitación del poder dispositivo del deudor, que en principio no podrá enajenar ya libremente, es decir, sin la carga del embargo, sustrayendo los bienes al proceso de ejecución, pues la garantía registral es una fase de la actividad procesal compleja, sin que venga permitido establecer equivalencia entre el embargo y la anotación preventiva.

Eficacia del embargo no anotado preventivamente.—En trance de dilucidar la eficacia de la traba frente al posterior adquirente de los bienes sometidos a la ejecución, hay que partir de que la anotación preventiva de

embargo no es obligada o necesaria, pese a los términos literales de los artículos 1.453 L.E.C. y 43, 2.º L.H., según ya señaló la Resolución de 22 noviembre 1929, lo que permitirá pasar a la realización forzosa de la finca o derecho aun sin aquel asiento, con plenos efectos en relación con el ulterior dueño que conoció antes de adquirir la existencia de la afección.

Asiento de presentación. Efectos.—Dado que el asiento de presentación no sólo determina la prioridad registral (art. 24 L.H.), sino que inicia los efectos tabulares de los títulos, aun sin necesidad de practicar el asiento definitivo (art. 17 L.H.), es claro que, mientras subsista, despliega eficacia como si tales asientos se hubiesen practicado, lo que ha permitido afirmar a la sentencia de 27 enero 1967 que los efectos jurídicos del embargo serán plenos y alcanzarán a terceros «a partir del momento en que se extienda el correspondiente asiento de presentación del mandamiento expedido» (Sentencia de 3 de noviembre de 1982; *no ha lugar.*)

35. *Propiedad horizontal. Legitimación activa.*—La jurisprudencia de esta Sala, ha establecido como doctrina legal inconcusa la que afirma que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad, ya para ejecutarlos, ya para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada en su favor aprovechará a sus compañeros, sin que perjudique la adversa o contraria, doctrina aplicable a la comunidad existente entre los propietarios de un edificio por pisos o locales —regulada por la L.P.H.—, pues el hecho de que el artículo 12 de dicha Ley especial confiera al presidente de la comunidad la representación de ésta en juicio, no es impeditivo para que cada propietario pueda ejercitar las acciones pertinentes para defender, en caso de pasividad, e incluso en el de oposición del presidente y del resto de los partícipes, el interés que ha de estar jurídicamente protegido, en su participación indivisa en los elementos comunes, y es lógico que así sea, ya que el disfrute de lo que le es privativo, requiere necesariamente la utilización de los elementos comunes y si no se concediera acción a cada condueño para impugnar los actos realizados por uno de ellos, sin la previa obtención del consentimiento de los otros, se convertiría en ilusorio el derecho obstativo que a cada uno concede la mencionada norma.

Propiedad horizontal. Alteración de elementos comunes.—Las obras de rasgado de paño —ventanas convirtiéndolas en puerta de acceso al sótano y el cierre del acceso en la fachada principal—, trasciende de lo permitido al propietario de cada piso o local al suponer una alteración en el muro de la fachada posterior, que es indiscutiblemente un elemento común del edificio, y cuya alteración, por afectar al título constitutivo, según el artículo 11 L.P.H., debe someterse al régimen establecido para la modificación del mismo, es decir, al régimen de unanimidad en el acuerdo exigido por la norma 1.ª del artículo 16. (Sentencia de 3 de febrero de 1983; *no ha lugar.*)

36. *Propiedad horizontal. Acuerdos de comunidad. Carácter no contractual.*—Dado que el artículo 11 de la L.P.H. dispone que cualquier alteración en las cosas comunes afecta al título constitutivo y debe someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo, requiriendo, por

mandato del artículo 16, 1.º de dicha norma legal, la unanimidad de los propietarios asistentes a la Junta, es obvio que el acuerdo adoptado en la junta celebrada, en la que, tras conocer la existencia de un informe pericial emitido por un aparejador, se resolvió nombrar a un doctor Arquitecto para que emitiera dictamen y, en el supuesto de que coincidiera con el anterior, «dar por zanjado el asunto», constituye una nueva declaración unilateral de voluntad de un órgano colectivo —la Comunidad de Propietarios—, cuya adopción y manifestación puede vincular a la misma en mayor o menor grado, pero en ningún caso, puede ser reputado como un contrato concertado con la parte que solicitó la autorización para realizar las obras, por lo que no puede entenderse infringido el artículo 1.256 C. C.

Propiedad horizontal. Acuerdos de comunidad. Interpretación sobre coincidencia de dictámenes técnicos.—No pueden prosperar los motivos que, al amparo del artículo 1.692 L.E.C., denuncian infracción por violación en el sentido negativo de la inaplicación del artículo 1.281, 1.º del C. C., en razón, no sólo a que el precepto que se reputa violado se refiere a la interpretación de las cláusulas contractuales, carácter del que, como se anticipó en el anterior Considerando, carece el acuerdo adoptado por la Junta de Copropietarios, lo que sería suficiente para justificar su inaplicación, sino también, y sobre todo, porque la interpretación que deba darse al tantas veces aludido acuerdo de la Junta de Copropietarios es una facultad reservada al Tribunal Sentenciador, que sólo puede ser revisada en casación cuando resulte absurda, ilógica o inverosímil, y en modo alguno puede sostenerse que la interpretación de la Sala de Apelación incurra en tales vicios, si se tiene en cuenta, por una parte, que la decisión de los copropietarios a la hora de otorgar o denegar la autorización para la realización de obras que afecten a los elementos comunes no tiene por qué estar subordinada al hecho de que éstas resulten nocivas para la seguridad y resistencia de la obra, sino que, por el contrario, puede ser libremente denegada, aunque tal circunstancia no se produzca, y, por otra, que, como acertadamente razona la resolución recurrida, basta con examinar el dictamen del aparejador, juntamente con el del doctor arquitecto, para comprobar que, en modo alguno coinciden. (Sentencia de 7 de marzo de 1983; *no ha lugar*.)

37. *La falta de escritura pública en los contratos a los que se refiere el artículo 1.280-1.º.*—Lo dispuesto en el artículo 1.280-1.º C. C. no obsta a la validez y eficacia del documento privado, pues es muy reiterada la doctrina de esta Sala en el sentido de que la falta de escritura pública no obsta a la eficacia del contrato celebrado por documento privado, siempre que reúna los requisitos esenciales para su validez, sin que en modo alguno pueda discutirse la validez del contrato o pedir su nulidad por el defecto de escritura pública.

Gastos comunes en la propiedad horizontal y autonomía de la voluntad.—La jurisprudencia de esta Sala, tratándose de gastos generales en la propiedad horizontal, impone el respeto a lo pactado según el principio de autonomía de la voluntad. (Sentencia de 20 de mayo de 1983; *no ha lugar*.)

5. Derecho de familia

38. *Matrimonio canónico. Derecho transitorio. Separación por sevicias mutuas. Alimentos en favor de la esposa necesitada.*—Tanto la concurrencia de culpas como la falta de ellas, elimina el elemento subjetivo de la culpabilidad, aflorando la pura circunstancia de necesidad del cónyuge en tal estado para obtener del otro los medios de subsistencia necesarios, en tanto no se produzca una situación contraria a derecho por iniciativa exclusiva del cónyuge beneficiario. (Sentencia de 11 de marzo de 1983; *no ha lugar*.)

39. *Matrimonio canónico. Derecho transitorio. Separación conyugal por culpa de la mujer. Incongruencia.*—El tema formal de la congruencia no se concilia plenamente con los superiores intereses que juegan en materia de separación conyugal, máxime habiendo hijos menores y como tales necesitados de protección, no cabiendo desconocer que basta señalar en la demanda la causa determinante y el *petitum*, con la consiguiente apreciación de culpabilidad, para que la ejecutoria lleve aparejada *ope legis* la práctica de las medidas previstas en el derogado artículo 73, en relación con el 104 también derogado del C. c., tanto en lo referente a los efectos personales como a la patria potestad y al orden económico, pudiéndose advertir que los pronunciamientos se ajustan fielmente a las pautas normativas, entre ellas la pérdida de la patria potestad de la mujer por adulterio y vida ignominiosa que tan innegablemente pone en peligro la formación moral de sus hijos, grave decisión que también contempla el vigente artículo 92 párr. 3.º, debiendo advertirse que el hipotético desacierto del sentenciador sólo podría ser denunciado mediante la cita del precepto material vulnerado, y no acudiendo a la aducida incongruencia, carente de base.

Medidas en favor de los hijos. «Favor filii».—La discrecional actuación del Juez en pro de los superiores intereses de los hijos, ya destacada por la legislación precedente, cobra todavía mayor relevancia en el texto actual, informado para todas las situaciones matrimoniales por el criterio primordial del *favor filii* (arts. 92, 93 y 94).

Administración por el marido de los bienes de conquista.—No ha incurrido en exceso el sentenciador al prever las consecuencias de la separación conyugal respecto al régimen económico del consorcio, pues así lo establece la regla 4.ª del derogado artículo 73, así como el vigente artículo 91, y al conferirle «por ahora» al marido la administración exclusiva de los bienes de conquista, con lo que se atuvo a la Ley 86 del Fuero Nuevo de Navarra.

Derecho de visita.—El señalamiento de un régimen de visitas supone acatamiento y observancia de la regla 3.ª del derogado artículo 68 y sería asimismo fijación obligada a la luz del vigente artículo 94. (Sentencia de 2 de mayo de 1983; *No ha lugar*.)

NOTA.—La S. recurrida, confirmatoria de la de 1.ª instancia, había dispuesto en materia de visitas lo siguiente: «El régimen de visitas, y de estancias, en su caso, de la madre apartada con sus hijos, se acordará en resolución aparte, complementaria de la presente, con el carácter limitado que impone su conducta, y si ella lo pidiere en escrito razonado, siendo condición indispensable para ello, que regrese a España, se presente al Juzgado y entregue

los hijos para el padre, y de caución o garantía suficiente de no volver a sustraerlos y cumplir en todo las resoluciones judiciales que le afectan». En el recurso se impugnaba este aspecto del fallo por incongruencia, ya que no había sido solicitado por el marido, denunciándose además el carácter condicionado del reconocimiento de tal derecho. El TS aprueba en un todo el proceder «cauteloso» del Juzgado de 1.ª Instancia, lo que resulta correcto a la vista del carácter de los procesos matrimoniales, no regidos exclusivamente por el principio dispositivo (aunque la reforma haya ampliado el ámbito de aplicación de este último), de las singularidades, en concreto del derecho de visita (Cfr. el excelente volumen sobre *El derecho de visita. Teoría y praxis*, publicado por Eunsa, Pamplona, 1982), y las circunstancias del caso (mujer fugada a los Estados Unidos con los hijos del matrimonio).

(G. G. C.)

40. *Nulidad de matrimonio por bigamia. Doble matrimonio canónico. «Permissio transitus ad alias nuptias» y reaparición del presunto muerto. No es un caso de inexistencia del matrimonio.*—En materia matrimonial, al igual que sucede por modo general, el concepto de inexistencia no tiene consagración en nuestro ordenamiento positivo, siendo usado por la doctrina científica siguiendo la práctica del antiguo derecho, espacialmente el francés, que lo ideó como reacción ante el rigorismo de la regla según la que sólo podía ser nulo el matrimonio que se celebrase en contra de una norma expresamente establecida en un texto legal —«no hay nulidad sin texto»— y que se concreta en aquellos supuestos en que era inconcebible pensar en la realidad efectiva de un acto matrimonial, cual sucede en los casos de identidad de sexo, falta absoluta de consentimiento y ausencia total del acto, quedando por tanto excluidas las hipótesis en las que la ley establece una prohibición específica y decreta la consiguiente nulidad para cuando sea infringida, al modo como ocurre en el caso de bigamia, como ya declaró la S. de 7 marzo 1972 en segunda sentencia.

Ineficacia absoluta del matrimonio. «Quod nullum est, nullum producit»: La sanción de nulidad es común a todos los supuestos de ineficacia absoluta, pues bien se trate de un acto que no existe al faltar alguno de los elementos esenciales para su existencia, o bien si es radicalmente nulo por contrario a una prohibición expresa de la ley, no podrá tener otra sanción que la máxima de carencia total de efectos jurídicos del acto, que se concreta en la clásica fórmula *quod nullum est, nullum effectum producit*, desde el instante mismo de su celebración, pues el no llegar a nacer en el orden del derecho equivale a surgir de algo carente de toda virtualidad con exigencia de previa declaración judicial que así lo constate en el ámbito civil, a fines de hacer desaparecer la apariencia del acto realizado, según tiene declarado la jurisprudencia con carácter general, y, en materia de matrimonio, en S. de 25 enero 1963.

Matrimonio putativo. Legislación derogada. Artículo 69 C. C.—El matrimonio putativo regulado en el derogado artículo 69 C. c. hace salvedad respecto de la improductividad de eficacia *pietatis causa et publice utilitate exigente*, requiriendo tres requisitos que se dan en el caso examinado: a) Que se trate de matrimonio nulo y no existente, por causa de ligamen anterior en este supuesto; b) Que los efectos que obtiene sean de carácter estrictamente civil, en este caso se solicita la liquidación de la sociedad de gananciales del

segundo matrimonio; y c) Que exista buena fe en la realización del segundo matrimonio, que en todo caso se presume, y que se reconoce expresamente en la sentencia por haber sido contraído el matrimonio con autorización eclesiástica después de probada suficientemente la presunta muerte del cónyuge anterior.

Significado del artículo 51. C. C. derogado.—El artículo 51. C. c. derogado, incluido en las disposiciones generales del matrimonio, es una fórmula que no altera, en el terreno estrictamente civil, la genérica sanción de nulidad del artículo 101 C. c., también derogado, puesto que al término «ser nulo» que éste emplea no se puede atribuir otro significado que el de «no producir efectos civiles», y que hay que entender simplemente que se reitera a los exclusivos fines de la coexistencia en nuestro Derecho de las dos clases de matrimonio que mantenía el derogado artículo 42 C. c. después de la reforma de 1958, y actualmente se mantiene con la modalidad normativa acogida en el cap. III, título IV, Libro I, en su artículo 49, en tendencia de adaptación a la prevalente regla contenida en el artículo 32.1 C. E.; pero sin que dicho artículo 51 pueda significar la introducción de un tipo especial de ineficacia más grave que las demás causas de nulidad de matrimonio, ni hay base jurídica para deducir que el matrimonio nulo se convierta en inexistencia, ni por tanto genere las sanciones de índole civil a éste inherente.

Significado de la jurisprudencia que excluye del matrimonio putativo los supuestos de bigamia.—En contra de la tesis sustentada no pueden alegarse con eficacia las SS. del T. S. de 19 enero 1926, 14 julio 1953 y 29 mayo 1962, pues como pone de relieve la referida S. de 7 marzo 1972, con independencia de que las afirmaciones contenidas en aquellas resoluciones lo sean de índole general, con carácter doctrinal no vinculante, es lo cierto que no hacen sino dar predominio a los artículos 69 y 51 del C. c. en su anterior redacción, según se estimó necesario en cada planteamiento concreto, siguiendo la línea trazada por un determinado sector de la doctrina científica que faculta a los Jueces y Tribunales para elegir con prudente arbitrio la norma adecuada que permita resolver cada caso en espíritu de equidad y atendiendo a todas las particularidades del mismo.

Razones de equidad para la producción de efectos civiles del matrimonio nulo por bigamia.—La razón moral, la justicia y la equidad, citada esta última en el artículo 3.2. C. c. avalan la producción de efectos civiles del matrimonio nulo por bigamia, en relación a la sociedad de gananciales, pues siendo la esencia fundamentadora de éstos un régimen de comunidad de adquisiciones que hace emanar de la aportación que cada uno de los cónyuges se entiende hace el acervo común, con su participación y contribución, no sería acomodado a los principios básicos de justicia el excluir de la comunidad económica que de hecho ha existido mientras se mantuvo vivo el matrimonio declarado nulo, y hasta que esa nulidad fue apreciada. (Sentencia de 13 de mayo 1983; *ha lugar.*)

Aunque la S. extractada se refiere a un supuesto de derecho transitorio, su doctrina merece destacarse por consagrar, después de la derogación del artículo 51, la orientación doctrinal y jurisprudencial más progresiva en relación con los efectos civiles del matrimonio nulo por bigamia. Ciertamente el supuesto, como pone de relieve la propia S., es singular: se trataba del

segundo matrimonio contraído por la mujer después de la *permissio transitus ad alias nuptias*, si bien el presunto muerto reaparece años más tarde. La doctrina ahora mantenida, que propugna más bien soluciones de equidad, caso por caso, viene a reproducir literal e íntegramente los argumentos expuestos por la S. de 7 marzo 1972, pero al ser ésta «segunda sentencia», quedan ahora revalorizados. La eficacia para el futuro parece, sin embargo, más reducida; en primer lugar, porque desaparecido —sin que se haya dado explicación convincente— el viejo artículo 51, el conflicto legal no se plantea, y así lo da por supuesto la doctrina (Sancho-Rebullida, en Lacruz y Sancho-Rebullida, *Elementos* IV, 1982, p. 210 s.; García Cantero, *Comentarios a los artículos 42 a 107 C. c.*, Madrid, 1982, p. 243); en segundo lugar, por la ampliación de posibilidades de disolución del vínculo de suerte que, en el presente caso, la declaración de fallecimiento, de haberse intentado, hubiera disuelto el matrimonio a tenor del nuevo artículo 85.

Con todo merecen glosa algunas declaraciones de esta S.: 1.º En el derecho vigente la categoría de la inexistencia matrimonial parece legalmente admitida en el nuevo artículo 45 párr. 1.º (García Cantero, *op. cit.*, p. 217 ss.); 2.º En el quinto considerando la S. hace una alusión a las *clases de matrimonio* que siguen existiendo después de la reforma de 1981, y aunque ello se enmarca en el artículo 32 CE., puede ser significativo en orden a la calificación del sistema matrimonial instaurado por la Ley de 7 julio 1981.

(G. G. C.)

6. Derecho de sucesiones

41. *Legítima de los descendientes. Participación de los nietos en la mejora.*—A la luz de los artículos 808 y 823 del Código Civil se deduce que la parte disponible a favor de los descendientes no queda limitada al tercio libre, sino a los dos tercios del haber, pues el segundo tercio es legítima frente a extraños, pero no contra los descendientes del testador, entre los que puede distribuir los dos tercios, el libre y el de mejora.

Necesidad de que la mejora sea expresa. Interpretación de este requisito. Para que la mejora se considere como tal, habrá de declararlo así el testador expresamente, pero ello no ha de entenderse rígidamente, sino que habrá de ser el contenido del testamento el que ponga de relieve si en su clausulado existe o no una voluntad expresa de mejorar, tanto si la declaración es expresa como implícita y aunque no se haya empleado la palabra mejora.

En el presente caso la disposición testamentaria es clara y expresiva de la voluntad de la testadora, consistente en distribuir sus bienes por terceras partes, entre su único hijo y los dos hijos de éste, de modo que esta clara voluntad implica una voluntad de mejorar expresa y es ley de la sucesión. (Sentencia de 18 de junio de 1982; *ha lugar.*)

NOTA.—Se trata de una sentencia muy bien elaborada que recoge los criterios doctrinales más adecuados sobre dos problemas importantes del régimen de la mejora. Debe hacerse notar que, hasta el presente, la jurisprudencia sobre estos temas no era suficientemente clara. Véase, entre las últimas obras sobre la materia, J. Vallet de Goytisolo, «Panorama del Derecho de Sucesiones», I. Madrid, 1982, págs. 79, 729 y sig.

Quizá el único punto criticable sea la referencia a los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil para la interpretación de los términos del testamento, en lugar del particular artículo 675. (P. E. A.)

II. DERECHO MERCANTIL

42. *Documentos auténticos a efectos de la casación. Certificaciones administrativas y testimonios de la jurisdicción penal.*—Para que un documento tenga el carácter de auténtico a efectos casacionales, es necesario que «per se», demuestre indiscutiblemente, sin necesidad de acudir a deducciones, interpretaciones o exégesis, la realidad irrefutable de lo afirmado por el recurrente: de tal carácter carecen las certificaciones de las autoridades administrativas y los testimonios emanados de la jurisdicción penal.

Acuerdos sociales (S. A.). Disolución y liquidación. Nulidad.—Denunciada por el recurrente la infracción por inaplicación del artículo 67 L.S.A., dado que las facultades que se concedieron a los liquidadores lo fueron en el sentido de que «adjudiquen los bienes del activo social a los accionistas en la misma forma, proporción y naturaleza en que aportaron o les pertenecieran, de no haberse hecho la aportación, arbitrando para ello todos los medios más convenientes», acuerdo que, a su juicio, es contrario a la Ley y lesiona los intereses sociales en beneficio de los accionistas que lo votaron, ha de ser acogida tal denuncia por las razones siguientes: 1.º, porque conforme el artículo 162 L.S.A., la división del haber social habrá de practicarse con arreglo a las normas establecidas en los Estatutos, normativa en el caso enjuiciado inexistente, o en su defecto, por las fijadas en la Junta General de Accionistas, lo que no implica que tal Junta tenga omnímodas facultades a tal evento, ya que, como el propio artículo establece, los liquidadores vienen obligados a respetar lo previsto en orden a que el activo resultante, después de satisfacer los créditos contra la sociedad, se repartirá entre los socios en la forma prevista en los Estatutos, o en su defecto, «en proporción al importe nominal de sus acciones», de aquí que la Junta no tenga facultades para ordenar el reparto del haber social en el modo y forma que tenga por convenientes, habida cuenta que todo accionista tiene un derecho individual a participar en el patrimonio resultante de la liquidación, según ordena el artículo 39 L.S.A., derecho del que no puede ser desposeído ni por disposición estatutaria ni por acuerdo de la Junta; 2.º, porque el proceso liquidatorio ha de verificarse cumpliendo las exigencias del artículo 160, en cuyo número 4.º se establece que los liquidadores habrán de enajenar los bienes sociales, cuya venta, en lo que a los inmuebles se refiere, habrá de hacerse en pública subasta, precepto imperativo que impide su reparto o adjudicación, en forma distinta a la legalmente establecida; 3.º, porque tal es el sentir de la sentencia de 8 mayo 1965, en la que se sienta que la Junta carece de facultades para dejar sin efecto un precepto legal de carácter imperativo; 4.º, porque, aun cuando la propia sentencia exonera del cumplimiento de tal requisito imperativo, en los casos de que la Junta tenga el carácter de universal, por la asistencia de la totalidad del capital, el carácter universal de la Junta deviene de que la presencia de la totalidad del capital desembolsado

esté presente, pronunciándose unánimemente por la celebración de aquélla, unanimidad asimismo exigida para la adopción de los acuerdos liquidatorios (al margen de lo normado en precitado artículo 161, ya que si los mismos son aprobados con la mayoría prevista en el artículo 48, tales acuerdos pueden impugnarse al amparo del artículo 67, por el socio o socios que hubieren disentido de tal mayoría, siempre que sean contrarios a la Ley, se opongan a los Estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la Sociedad) y, 5.º porque en el caso enjuiciado el acuerdo adoptado claramente implica una abierta conculcación de la norma de obligado cumplimiento establecida en el citado artículo 160, 4.º de la Ley. (Sentencia de 1 de marzo de 1983; *ha lugar*.)

NOTA.—Es de advertir que esta Sentencia sólo acoge una parte de las pretensiones del recurrente, pues éste también había postulado sin éxito en la Audiencia como ahora en el Tribunal Supremo la incorporación al patrimonio social, a efectos de su liquidación, de otra parte de la finca que ya había sido vendida con anterioridad y cobrado el precio por los socios mayoritarios. (A. L. C.)

43. *Cooperativas. Impugnación de Acuerdos sociales. Plazo de caducidad.*—El plazo de cuarenta días que fijan los artículos 27.2 de la Ley General de Cooperativas y 54.2 de su Reglamento, es de caducidad; II) Desde el día de celebración de la Junta en cuestión hasta la presentación de la demanda han transcurrido cuarenta y nueve días; III) En el instituto de la caducidad el cómputo de plazos es fatal, comprendiéndose tanto los días hábiles como los inhábiles; IV) A diferencia de lo que acontece con la prescripción, la decadencia de acciones y derechos puede apreciarse de oficio; V) En consecuencia, aún cuando la misma aparezca indicada por vez primera en este recurso dado que la Cooperativa recurrente no la alegó en su contestación a la demanda, ello no puede constituir una «*quaestio nova*» a los efectos del art. 1.729, 5.º, LEC, en cuanto, como queda indicado, puede apreciarse sin necesidad de excitación procesal de parte siempre que aparezca clara como acontece en el presente supuesto. (Sentencia de 30 de diciembre de 1982; *ha lugar*.)

44. *Contrato de seguro sujeto a legislación derogada. Existencia del contrato. Documento reconociendo la existencia del seguro.*—La existencia del contrato se basa en el documento obrante por fotocopia, cuya autenticidad no es puesta en discusión, mediante el que se hace el reconocimiento a nombre de la Mutua Nacional de Automóviles de que el vehículo causante del siniestro quedaba asegurado a partir de una fecha anterior a la en que tuvieron lugar los hechos que dieron origen a la reclamación, con significación de que tan pronto obrase en poder de la aseguradora la documentación definitiva sería enviado el aviso para hacer efectivo el importe de la prima; ello evidencia la existencia de un contrato de seguro consignado por escrito en documento privado por ambos contratantes, en cuanto que la entidad aseguradora lo suscribe con firma de persona que la representaba, y el asegurado se ampara en él, originando la vinculación derivada del principio *pacta sunt servanda*.

La expedición de la póliza como requisito formal.—La doctrina legal re-

gida en las Sentencias de 24 febrero 1927 y 18 febrero 1967, que consideran requisito formal de carácter constitutivo la expedición de póliza suscrita por asegurador y asegurado, se hace sobre la base de que no se haya producido una vinculación escrita del asegurador a que su responsabilidad aseguradora produzca sus normales efectos.

Abono de la prima como requisito del contrato.—La exigencia previa del abono de la prima como requisito del contrato se hace sobre la base de que el beneficiado no la haya renunciado previamente, como ocurre en el presente caso en que la Mutua Nacional del Automóvil se mostró conforme en que su responsabilidad aseguradora entrase en vigor con antelación. (Sentencia de 26 de abril de 1983; *no ha lugar*.)

La doctrina de esta sentencia parece aplicable bajo la vigencia de la Ley de 8 octubre 1980, pues su artículo 5.º reitera que el contrato de seguro deberá ser formalizado por escrito, disponiendo el artículo 6.º que, por acuerdo de las partes, los efectos del seguro podrán retrotraerse al momento en que se presentó la solicitud o se formuló la proposición. En cuanto al pago de la prima, el artículo 15 permite que las partes acuerden que la falta de pago antes de producirse el siniestro no liberará al asegurador.

G. G. C.

III. DERECHO PROCESAL

45. *Congruencia de la sentencia. Doctrina general.*—La incongruencia negativa o por defecto debe ser alegada en casación utilizando el cauce del núm. 3 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, para dilucidar si existe, debe atenderse a la parte dispositiva de la decisión judicial sin aislarla de la fundamentación que la sustenta.

Materia urbanística. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y no de la ordinaria.—Las restricciones al «ius aedificandi» por obra del planeamiento cobra su verdadera significación ante los Tribunales contencioso-administrativos, quienes habrán de discernir los términos del plan de ordenación y las restricciones que impone, así como lo concerniente a la concesión de las licencias, para edificar y las conductas que incurran en infracciones urbanísticas, cuestiones todas que afectan a una materia sustraída, por su naturaleza jurídico-administrativa, al conocimiento de la jurisdicción ordinaria. Sólo se exceptúa de esta regla el supuesto excepcional contemplado en el artículo 236 de la Ley del Suelo, alusivo a la posibilidad de ejercitar la acción de demolición ante los jueces civiles, que debe interpretarse restrictivamente, de modo que, cuando un particular se encuentre legitimado por un acuerdo de la Administración, no podrá acudir directamente a la jurisdicción común.

Presupuestos del deslinde. Confusión de linderos.—La confusión de linderos constituye presupuesto indispensable del deslinde, de modo que éste no es viable cuando los inmuebles están perfectamente identificados y delimitados, como ocurre en el presente caso, sin perjuicio de toda cuestión reivindicatoria que pueda plantearse. (Sentencia de 20 de enero de 1983; *no ha lugar*.)

NOTA.—El urbanismo es una materia interdisciplinaria que, aunque está dominada por el Derecho Administrativo, no es ajena a las demás ramas jurídicas ni obviamente al Derecho común. Esta situación dificulta, en muchas ocasiones, la resolución de las cuestiones suscitadas y ocasiona dudas sobre la jurisdicción competente para conocer de ellas, como se plantea en la presente sentencia.

A pesar de la magnitud de la intervención administrativa sobre el uso del suelo y la edificación, parece exagerado generalizar señalando que todo el urbanismo es Derecho Administrativo y debe encauzarse ante los Tribunales contencioso-administrativos. Esto sólo ocurrirá cuando las correspondientes pretensiones se dirijan contra actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo, en los términos de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956. Al lado de estos casos existen otras muchas relaciones jurídicas, incluso surgidas en instituciones típicamente urbanísticas, que son de derecho privado.

P. E. A.

46. *Quebrantamiento de forma. Diligencia probatoria para mejor proveer practicada en segunda instancia sin citación de las partes.*—Al no existir norma específica al respecto, todo acuerdo para mejor proveer, de ser apreciable como procedente, ha de regirse por la genérica normativa sancionada por el art. 340 LEC, cuyo último párrafo confiere al correspondiente órgano jurisdiccional la facultad de llevar a cabo el ejercicio de los medios de prueba acordados practicar sin otra intervención de las partes que las que se les conceda y sin ella cuando así se disponga.

Recurso de súplica contra providencias de las audiencias de no mera tramitación.—Debe considerarse procedente el recurso de súplica contra las providencias de no mera tramitación dictadas por las Audiencias, que si ha sido omitido *nominatim* por el legislador, tampoco rechaza su procedencia, en evidente lógica como resolución de aspecto y naturaleza intermedia entre las providencias de mera tramitación a que alude el art. 40 ss. de la LEC y las sentencias o autos resolutorios de incidentes, a que se contrae el artículo 402 de la misma Ley; en el presente caso, al no haberse interpuesto el recurso de súplica, tal defecto es causa de inadmisión que ahora lo es de desestimación. (Sentencia de 18 de marzo de 1983; *no ha lugar.*)

47. *Nulidad de compraventa por otorgamiento en domingo.*—Los Notarios tienen el deber de prestación de su función cuando son requeridos por los particulares, y fuera de los casos taxativamente previstos por la legislación notarial y, en todo caso, la nulidad radical no sería la consiguiente a una irregularidad accidental al acto a que se refiere.

Actos propios.—La doctrina prohibitiva del *venire contra factum proprium* es perfectamente aplicable cuando la demanda se dirige contra el comprador de dos fincas urbanas al padre del causante, habiéndose entablado el litigio en interés de la herencia causada por el vendedor y para el efecto real de que, declarada la nulidad de la compraventa, se siga la cancelación en el Registro de la Propiedad, quedando los inmuebles en la situación jurídica anterior al acto combatido, a disposición del titular o de sus herederos, esto es, el demandante-apelante-recurrente y sus hermanos.

Prohibición de la «reformatio in peius».—Consiste en la prohibición impuesta al órgano jurisdiccional *ad quem* de que se agrave a la parte recu-

rente, en cuya perspectiva es obvio que aquel demandante que no obtiene respuesta a las pretensiones deducidas, por ser estimada una excepción con meros efectos dilatorios, se halla cualitativamente en peor posición procesal que aquel que obtiene esa respuesta siquiera negativa, y así lo entendió en caso análogo la Sentencia de 30 diciembre 1959.

Litisconsorcio pasivo necesario.—El demandante, y aquí recurrente, obtuvo en la audiencia la desestimación de sus pretensiones en cuando al fondo, que en el primer grado le había sido denegada, por anteponerle la sentencia del Juzgado la mal llamada *exceptio plurium litisconsortium*, y esa mejora procesal, adquirida por efecto del recurso de apelación, le destituye de la indispensable *legitimatio ad causam* para recurrir en casación, ya que el éxito de este motivo del recurso conduciría a que en la segunda sentencia se restableciese la situación procesal de la de primer grado, más desfavorable a quien, inexplicablemente, la persigue por la vía de este extraordinario recurso de casación. (Sentencia de 20 de junio de 1983; *no ha lugar*.)

48. *Documento auténtico.*—Documento auténtico a los fines del recurso de casación no es otro que el olvidado por el juzgador de instancia, siendo el de su preterición el rasgo que mejor caracteriza un documento como auténtico. El hecho de que el juzgador no sólo no desconociera los documentos invocados como auténticos, sino que juzgara a partir de los mismos les hace decaer de su carácter de tales. Otra exigencia de ese concepto es la de la literosuficiencia, conforme a la cual el documento auténtico ha de revestir tal eficacia demostrativa que la simple lectura de su texto, sin necesidad de aclaraciones interpretativas ni operaciones deductivas, ni analogías ni hipótesis, patentice la equivocación del juzgador de modo irrefutable y desde el literal contraste entre el contenido del documento y el hecho que declaró probado el juzgador en la instancia.

Recurso de casación y disposiciones reglamentarias.—Han de excluirse de la consideración en este trámite de la casación los preceptos reglamentarios, pues como reiteradamente viene declarando esta Sala, el recurso de casación tiene que fundarse en infracción de ley o doctrina.

Error de derecho y artículo 2 del Código de comercio.—El error de derecho consiste y ha de estar representado por el desconocimiento en la sentencia combatida por el recurso de la virtualidad atribuida por la ley a un determinado medio probatorio, siendo por ello el escogido cauce radicalmente inadecuado para aducir supuesta infracción del artículo 2 del C. de c., precepto que el desarrollo del motivo trae a colación para invocar cierto uso cuya aplicación se desea garantizar. (Sentencia de 2 de junio de 1983; *no ha lugar*.)

49. *Documento público y casación.*—Los documentos públicos que fueron ya tenidos en cuenta por el juzgado de apelación no pueden servir de sustento a un motivo de casación.

Prueba pericial.—Es constante doctrina en esta Sala que la prueba pericial no vincula al juzgador, por lo que no puede invocarse en casación la infracción de preceptos legales inspirados en la misma cuando el tribunal *a quo* tuvo en cuenta el conjunto de la prueba practicada.

La confesión.—La confesión no es prueba plena ni privilegiada a menos que se preste bajo juramento decisorio, cosa que no ha acontecido en el presente caso, por lo que su valoración ha de realizarse en conexión con las demás probanzas que se hubieren practicado. (Sentencia de 12 de mayo de 1983; *no ha lugar.*)

50. *Interpretación de los contratos. Prevalencia del criterio del Tribunal sentenciador.*—El documento que recoge el contrato litigioso no se caracteriza por la claridad de sus cláusulas ni de su terminología jurídica, lo cual impide aplicar el párrafo primero del artículo 1.281 del Código civil. Tal documento recoge un negocio calificado por el Tribunal «a quo» de negocio mixto o complejo que reúne un contrato de compraventa con pacto de retro y otro fiduciario, de modo que esta interpretación es perfectamente lógica, no resulta desorbitada, ni contradice ningún precepto legal y ha de prevalecer sobre la interesada por la parte. (Sentencia de 24 de enero de 1983; *no ha lugar.*)

51. *Recurso de revisión. Requisitos, fraude.*—En el recurso extraordinario de revisión, por lo que al empleo de fraude se refiere, dimanante de la conducta dolosa de la parte vencedora, su estimación ha de basarse en *prueba irrefutable, demostrativa de que la sentencia ha sido ganada por medio de ardes o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario y constitutivos por su designio de la maquinación mencionada en el número 4.º del artículo 1.796 LEC, de suerte que concorra un nexo causal eficiente y ostensivo entre el proceder malicioso y la resolución judicial.*

Recurso de revisión. Desahucio en arrendamiento urbano. Legitimación activa y pasiva.—Si la legitimación activa y pasiva en el proceso de desahucio viene determinada por el contrato de arrendamiento, claro es que las consecuencias del incumplimiento de la primordial obligación que alcanza al arrendatario —pago del precio— pueden ser planteadas frente a quien contrató la locación como representante y en tal preciso concepto es llamado también al litigio por lo que manifiestamente no puede imputarse arteria ni la utilización de medios engañosos al arrendador por el hecho de dirigir su demanda contra la sociedad arrendataria, interesando su citación en la persona de quien como apoderado había celebrado el contrato y continuaba ostentando la representación de la compañía. (Sentencia de 21 de febrero de 1983; *no ha lugar.*)

52. *Recurso de revisión. Requisitos.*—El recurso de revisión, extraordinario y excepcional, ha de fundarse precisamente en una de las causas que, en elenco cerrado, ofrece el artículo 1.796 LEC y cuando, como de ordinario ocurre, se apoya en la causa 4.ª y submotivo de haberse ganado la sentencia por maquinación fraudulenta, precisa, para su prosperabilidad, de los siguientes requisitos: 1.º) que la maquinación consista en la conducta dolosa o maliciosa de la parte recurrida que, mediante el empleo de astucia, artificio u otro medio semejante, tienda a conseguir una lesión a quien pretende ampararse en este recurso; 2.º) que esa conducta haya efectivamente conducido a la obtención de una sentencia firme favorable al que,

para ganarla, utilizó semejante modo de proceder; 3.º) que tal maquinación, que puede consistir y de cierto ha consistido en la mayoría de los casos en que se ha concedido la revisión, en la ocultación del domicilio o del nombre de los demandados a pesar de no ignorarlos o en el empleo de cualquier ardid que impida a éstos el conocimiento de la existencia del pleito que contra ellos se pretenda tramitar y, finalmente, 4.º) que se haya interpuesto dentro del plazo establecido por el artículo 1.698 LEC, que es de caducidad, rigiéndose por lo prevenido en el artículo 5.º C. c. en cuanto a su cómputo.

Recurso de revisión. Maquinación fraudulenta. Alcance.—En el concepto maquinación fraudulenta a los fines de la revisión ha de entenderse comprendida cualquier conducta encaminada a dificultar al demandado el planteamiento del juicio a ocultárselo, con el efecto de obstaculizar o impedir su defensa.

Recurso de revisión. Domicilio de la sociedad demandada (y recurrente).—Habida cuenta de la publicidad que el Registro Mercantil significa respecto del domicilio de las sociedades de obligada registración, como es el caso de las de responsabilidad limitada, clase a la que pertenece la recurrente, y máxime habiéndose acudido a sus libros para averiguar por los mismos que las actividades origen de la deuda reclamada, eran atribuibles, no «iure proprio», doña M. N. A. L. C., demandada de conciliación, sino a la sociedad de responsabilidad limitada de la que era administrador único, sociedad que tenía su domicilio social en Hotel Victoria, calle del Puerto Viejo, San Borondón, desde que allí lo dejó establecido el acuerdo social objeto de la escritura pública de 21 marzo 1969, no puede menos que concluirse que el hecho de demandarla en el Hotel Valle-Mar de la Avda. de Colón, obedeció al propósito de ocultar a la dicha sociedad la existencia de la reclamación judicial, origen de la Sentencia de 16 mayo 1980 recurrida. (Sentencia de 18 de enero de 1983: *ha lugar.*)