

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXVII  
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO  
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

LUIS FIGA FAURA: <i>Los civilistas y la evolución histórica del Derecho mercantil</i> ... ..	369
PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH: <i>El Derecho civil en los Estatutos de Autonomía</i> ... ..	389
GIOVANNI PUGLIESE: <i>Leyes, jueces, juristas, en la formación del Derecho romano y del Common Law inglés</i> ... ..	437

### Vida Jurídica

<i>Una nueva revista española de jurisprudencia civil</i> , por Gabriel García Cantero ... ..	451
---	-----

### Información Legislativa

A cargo de Pedro de Elizalde y Aymerich ... ..	455
--	-----

## Bibliografía

Libros ... .. 471

ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, José Antonio: *La propiedad en la formación del derecho administrativo*, por Fernando Zubiri de Salinas.—BERGEL, Jean-Louis: *Le droit des biens*, por Antonio Pau Pedrón.—*Código de Derecho canónico* por Antonio Pau Pedrón.—DESCHENAUD, Henri: *Le registre foncier*, por Antonio Pau Pedrón.—HERNANDEZ MORENO, Alfonso: *El pago del tercero*, por Antonio Pau Pedrón.—LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Regulación procesal de la Ley de divorcio*, por Antonio Pau Pedrón.—MENDEGRIS, Roger: *Le commentaire d'arrêt en droit privé. Méthode et exemples*, por Antonio Pau Pedrón.—NANA, Gérard-Jerôme: *La réparation des dommages causés par les vices d'une chose*, por Antonio Cabanillas Sánchez.—*Nuevo Derecho Canónico*, por Antonio Pau Pedrón.—ROGEL VIDE, Carlos: *Autores, coautores y propiedad intelectual*, por Luis-Humberto Clavería Gosálbez.

## Revista de revistas

### I. REVISTAS NACIONALES.

A cargo de José Ramón Antón Riesco ... .. 491

### II. REVISTAS EXTRANJERAS.

A cargo de Antonio Pau Pedrón ... .. 501

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

### II. RESOLUCIONES.

A cargo de Antonio Pau Pedrón ... .. 505

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

### I. SENTENCIAS COMENTADAS:

*El privilegio de los llamados créditos salariales (Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del T. S. de 27, de octubre de 1983)*, por Ricardo de Angel Yagüez y Manuel María Zorrilla Ruiz ... .. 513

*La naturaleza jurídica de las cláusulas estabilizadoras de la renta arrendaticia (Comentario a la Sentencia del T. S., de 22 de junio de 1983)*, por José Bonet Correa ... .. 553

*La fecha de valoración de los bienes donados sujetos a colación (Comentario a la Sentencia del T. S. de 19 de julio de 1982)*, por José Bonet Correa ... .. 561

*Compra de cosa ajena cuyo precio no llegó a pagar el vendedor «non dominus. Traditio sine causa». ¿Adquisición de buena fe? (Comentario a la Sentencia del T. S. de 5 de mayo de 1983)*, por Antonio Gordillo Cañas ... .. 567

II. SENTENCIAS ... .. 589

# 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 II



ABRIL-JUNIO  
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**

## Los civilistas y la evolución histórica del Derecho mercantil

LUIS FIGA FAURA

Para enfocar correctamente el estudio del que considero factor más influyente en la evolución del Derecho mercantil es necesario aclarar previamente una cuestión en relación con la cual los errores son muchos y fuertemente arraigados. Nadie sabe por qué razones existe la opinión generalizada de que el Derecho mercantil *procede* del *ius commune*, en el sentido de que nació y se desarrolló *con posterioridad a éste* y como consecuencia de sucesivas y repetidas «desviaciones», «corruptelas» o «excepciones» de las normas primitivamente contenidas en el *Corpus Iuris*; como consecuencia, la *jurisdicción especial mercantil* —los Tribunales de Comercio— constituyen una conquista porfiada y trabajosamente ganada o arrebataada por el estamento mercantil a la *jurisdicción ordinaria*.

Esta visión de las cosas es totalmente errónea. Consta la existencia en las plazas de Levante de importantes y prósperas colonias venecianas y amalfitanas antes del año mil. En el año 829, las inversiones del veneciano Justiniano Participazio en empresas marítimas superan las 1.200 libras de plata; y a mediados del siglo XI, Venecia había ya construido un extenso protectorado sobre los puertos del Adriático. Por otra parte, la historia da razón de ciertos acontecimientos que, en El Cairo, produjeron la masacre de un centenar de comerciantes amalfitanos allí establecidos: sus pérdidas económicas se valoraron en 84 libras de oro (90.000 dinares); y el núcleo primario de las Tablas Amalfitanas fue compuesto antes de la invasión normanda (año 1073), por la misma época en que fallecía Pantaleón —uno de los primeros personajes identificados con los que se inicia la historia económica de Occidente.

Los siglos X y XI, por tanto, presencian la existencia de importantes redes comerciales, de importantes metrópolis mercantiles, de importantes colonias; y de una actividad comercial intensa que es impensable sin unas reglas de juego —sin una normativa jurídica existente y vigente con anterioridad al redescubrimiento del *Corpus Iuris*, al Rena-

cimiento del Derecho romano y al nacimiento y afirmación del estamento de los juristas profesionales.

La pregunta acerca del origen de este Derecho no ha sido todavía contestada. Renouard menciona y contrapone tres soluciones distintas —todas ellas posibles: la defendida por Sayous (*Le capitalisme commercial et financier dans les pays chrétiens de la Méditerranée occidentale depuis la première Croisade jusqu'à la fin du moyen Age*) para el cual el derecho de los comerciantes procedería del desarrollo lógico y progresivo de principios y prácticas dejadas por civilizaciones anteriores —principalmente el Bajo Imperio; la sustentada por Kohler (*Die commenda im islamschen Rechte*) y Grasshof (*Das Wechselrecht der Araber*) para quienes procede de unos usos servidos por una técnica, muy evolucionada, existente en el mundo islámico; y la formulada por Mickwitz (*Byzance et l'Occident Medieval*) para el cual esta técnica, procedente en realidad de Siria y Egipto había sido transmitida o los comerciantes italianos y árabes a través de Bizancio. Cualquiera que sea la opinión que en definitiva se adopte —y quizá lo más acertado sería suponer que, en un mundo tan heteróclito como lo es en tales fechas el Mediterráneo oriental, lo ocurrido ha sido consecuencia de una mezcla de elementos orientales, árabes, bizantinos y románticos —lo cierto es que a ningún historiador se le ha ocurrido la peregrina y anacrónica idea de que el Derecho mercantil procede del *ius commune* y es, por tanto, respecto de él un «derecho especial».

Lo mismo cabe decir de los Consulados de Mar de los que proceden los posteriores Tribunales de Comercio. Desde un punto de vista estrictamente lógico es impensable que una institución tan primaria diera sus primeros pasos en lucha con una jurisdicción ordinaria y unos intereses —los del estamento de los juristas— perfectamente establecidos: si muchos siglos más tarde y después de comprobada la utilidad y eficacia de unos Tribunales de Comercio universalmente admitidos, la ciudad francesa de Rouen, en lucha con los juristas, tarda ochenta años en conseguir la erección de un Consulado, puede suponerse cuál hubiera sido el final de haberse producido tal intento como balbuceante ensayo de algo todavía no experimentado.

La estructura misma de los Tribunales mercantiles demuestra que su nacimiento tuvo por objeto llenar un vacío: el existente en unas colonias alejadas de la metrópoli, constituidas por mercaderes unidos por la necesidad de autodefensa, desprovistos de todo apoyo: surgen así unos Tribunales legos en Derecho que juzgan según su leal saber y entender: el procedimiento tuvo éxito y, con toda probabilidad pasó de las colonias a la metrópoli: sólo así puede explicarse el fenómeno —que no se da en sentido inverso— de colonias, como la de Pera que tienen su propio Tribunal de Comercio —su consulado— cuando la metrópoli, Génova, no llega nunca a tenerlo.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que los glosadores —y el mismo Acursio en su glosa *Indefense* al fragmento 2, § 2 del Cap. XVIII, Libro IV del Código— ya hablan de tales Tribunales como de cosa perfectamente establecida mucho antes de que trataran de ellos los Es-

tatutos de las Ciudades italianas. Dicho de otro modo —y no solamente por consideraciones lógicas, sino en base a una documentación suficiente—: cuando el jurista nace y toma conciencia de su *status* profesional, topa con unos Tribunales ya establecidos en los cuales no se le permite la entrada.

Porque lo que, probablemente, fue fruto de la necesidad y consecuencia del aislamiento había demostrado una eficacia inesperada: los jueces *amateurs* decidían de los pleitos con más rapidez que los jueces ordinarios, con menos coste que los jueces ordinarios y con mayor conocimiento de la vida comercial y de sus prácticas que los jueces ordinarios; tres ventajas impagables para quienes la rapidez y la economía son valores supremos y para quienes, en consecuencia la intervención de juristas era una amenaza a la que había que hacer frente de modo decidido.

El primer contacto entre el mundo mercantil y el mundo de los juristas tiene todas las características de una ruptura de hostilidades: la mayor parte de los Estatutos italianos, al regular la actuación de los Tribunales de comercio, poniendo por escrito costumbres inveteradas, prohíben de forma absoluta la intervención en las causas mercantiles de abogados y procuradores (Estatutos de: Verano 1318, Padua 1362 y 1420, Monza 1331, Piacenza 1346 y 1401, Brescia 1429, Milán decreto de 1444 y constitución de 1541, Ferrara 1566, Florencia 1299 y estatutos del Arte de Calimala de 1332 y 1337, Luca 1308, etc., etc.).

Para darse una idea del «tono» adoptado por los comerciantes, basten los siguientes párrafos de la ordenanza barcelonesa de 29 de noviembre de 1456:

*«... la usança antiga no escrita la qual los dits consols han tenguda e servida e vuy tenen a serven ço es: que no admeten ni han admes en lur cort ne juys d'aquella algun jurista o juristes per advocar ni algun causidich per rahonar o procurar, en e sobre qualsevol plets, debats o questions qui's menen devant los dits consols e sien entre qualsevol persones per qualsevol causa e rahó; e aço per tant como los dits plets, debats e questions, lexades totes sollempnitats e intriccions de dret son a maior profit de la mercaderia e de la cosa pública pus prestament e millor determinades e finides segon capitol de lotge e bons consells de bons prohomens llechs, per los dits consols segons que lur ofici ho requer».*

*«... per ço los dits Consellers e prohomens moguts per la dita rahó e volents la dita usança corroborar e aquella haver per ley escrita por cessar e tolre moltes vexacions e alteracions qui s'en porien seguir, per tal com la dita usança no es en ordinació ni ley escrita, ordenaren, loant, approbant, ratifficant e confirmant aquella, ah tenor de la present crida que algún jurista ni causidich no puxen ni degen esser admesos, hoyts ni scoltats en res per los consols o lo un d'ells en e sobre qualsevol plets, questions o debats qui's menen devant los dits consols entre qualsevol per-*

sones e per qualsevol raho o causa. E si sara fet lo contrari que aquell qui'ls hi amanería per advocar o procurar caygua de la causa e perda tot dret que haver puixe en aquella.»

El rechace, como puede verse, es total y las razones de él son perfectamente claras: la intervención del jurista encarece y alarga los litigios y el comerciante prefiere, con la rapidez, correr el riesgo de la injusticia a la seguridad de obtener justicia si ello supone un proceso lento y caro. El procedimiento seguido ante los Tribunales de Comercio tiene, además para el comerciante, otra ventaja: el imperio de la equidad por encima del texto escrito e inmóvil; desde su punto de vista, el jurista no sólo debe ser rechazado como personaje molesto, sino que puede serlo como personaje inútil: la equidad elimina, por innecesario, al concededor del ordenamiento positivo: la actividad mercantil no se rige por éste sino por los usos —mejor conocidos del juez-comerciante que del jurista salido de Bolonia.

Como puede suponerse, este estado de cosas era gravemente perjudicial para los intereses del estamento jurídico. Por tal razón, a la declaración de guerra de los comerciantes, los juristas contestaron con una oferta de tratado de paz —o, por lo menos, de armisticio. La cosa viene de muy lejos —como que pretende basarse en la glosa *Indefense* antes mencionada— y se encuentra variamente expuesta en los más conspicuos autores, entre ellos Jason del Mayno (*Lecture super primam Digestum veteris*; comentario a la ley *Omnes Populi*), Juan Crotta (*Repetitiones*, vol. I, comentario a la ley citada), Ludovicus de Ponte (*Consilia*, consilium 242 y 243), Paulo de Castro (*Commentaria* in 1. eum qui), etc., etc. Pero su formulación más clara se encuentra en Baldo (*Commentaria*; in 1. 2c. de constit. pecunia):

«*Si statum mercatorum respicit actus eorum vel fidem actorum, ut puta dicit statum quod mercator possit conveniri ex nudo pacto vel quod scripturae privatae mercatorum plena habeatur fides et statuta talia valere et in quolibet foro et nedum seculari sed etiam episcopali servanda sunt.*

*Si vero statutum respicit modum procedendi ut puta est statutum eorum consuetudine confirmatum quod procedatur de plano sine strepitu et figura iudici, istud statutum non valet nisi in eorum foro.»*

Dos siglos más tarde la oferta sigue en pie y es resumida por Stracca (*Quomodo procedendum sit in casuis mercatorum*, núm. 10) del siguiente modo:

«*Statutum decisivum concludens iudici non mutat forum. Sed si concludit actioni sive causae valet ubique in decidendo sed non in ordinando iudicium.»*

Lo cual equivale a decir que los juristas están dispuestos a admitir y aplicar las normas mercantiles *sustantivas* siempre que los comercian-

tes se avengan a someterse a las normas *procesales* civiles, renunciando a su pretensión de que los pleitos se resuelvan de plano *sine strepitu et figura iudicii*.

La oferta de los juristas no fue meramente verbal; por el contrario, su buena voluntad se manifestó con hechos —hechos que llevaron a una unilateral y temprana mercantilización del *ius commune* que si fue pronto interrumpida al no recibir la esperada «compensación» por parte del estamento mercantil, no por esto dejó de afectar a centros vitales y puntos estratégicos del Derecho justinianeo.

Para entender lo ocurrido hay que tener en cuenta que las normas aceptadas desde tiempo inmemorial en el mundo de los negocios, aplicadas por los Consulados para resolver los litigios entre comerciantes, y no pocas veces reconocidas y sancionadas explícitamente en los más primitivos Estatutos miraban, fundamentalmente, a la simplicidad, facilidad y rapidez tanto en la conclusión de los contratos como en el cumplimiento de las obligaciones de ellas nacidas.

En cuanto a lo primero, el respeto a la palabra dada, sin consideración alguna respecto de formas y solemnidades, llevaba, no sólo a la plena eficacia de los *nuda pacta*, sino —lo que es mucho más importante— a no admitir diferencias personales entre los contratantes por razón de edad, sexo, estado o situación económica: para el estamento mercantil la entrada en el mundo comercial implica la entrada voluntaria en un juego en el que la responsabilidad por los propios actos y por las expectativas que éstos puedan producir en los demás es absoluta y total; en el mundo comercial está fuera de lugar la alegación de la propia debilidad, de la propia inexperiencia o del propio infortunio; quien promete tiene que cumplir lo prometido.

En consecuencia, toda cuestión entre comerciantes se reduce a saber si alguien prometió o no; y, contestada la pregunta afirmativamente, si el que prometió ha cumplido o no su promesa. Está, por tanto, fuera de lugar la consideración de los motivos por los cuales se prometió o por los cuales se ha incumplido.

Y, dado el incumplimiento, éste se neutraliza de la forma más rápida y expeditiva posible. La sentencia del Consulado o Tribunal de Comercio se cumple inmediatamente; tan inmediatamente que toda promesa escrita —e, incluso, toda promesa verbal hecha ante testigos— es susceptible de ejecución directa e inmediata, sin perjuicio, en algunos casos, de que, quien se considere perjudicado por ella pueda, *con posterioridad*, reclamar la devolución de aquello que indebidamente se le obligó a pagar.

Evidentemente no eran estos los principios en que se basaba el Derecho de los jurisconsultos. El deseo de éstos de ser admitidos en el mundo comercial les llevó a realizar un esfuerzo dirigido a «adaptar» el Derecho civil a la normativa aceptada por los comerciantes. Las principales manifestaciones de este esfuerzo de adaptación son la doctrina de la *renuntiatio* y la del título ejecutivo.

En cuanto a la primera, la estructura del Derecho justinianeo se caracteriza por su preocupación por la protección del deudor y, en ge-

neral, de la parte contractual débil. Pues bien: como consecuencia de la doctrina de la *renuntiatio* se consigue pasar de la renuncia a los derechos adquiridos a la de los beneficios concedidos por la norma jurídica —y, mediante ella a la neutralización de los preceptos establecidos con carácter imperativo en defensa de aquellos personajes. Del *favor debitoris*, característico de la Compilación justiniana, se pasa a un descarado *favor creditoris* mediante el simple procedimiento de admitir la renuncia, por parte del deudor a la protección legal, basándose en el texto según el cual *uniquisque licet renuntiare his quae pro se indulta sunt*. En poco tiempo todo el complicado mecanismo protector originado en el Derecho romano clásico y completado por Justiniano, fue desmontado acomodando la regulación contenida en el *Corpus Iuris* a las necesidades o exigencias del estamento mercantil de modo que las relaciones económicas pudieron construirse sobre el principio de la absoluta libertad de pacto —principio perfectamente defendible en una actividad como la comercial en la que se presupone la igualdad personal de las partes contratantes y en la que toda defensa de la parte contractual débil carece de sentido.

La doctrina de la *renuntiatio* —definitivamente formulada y fundamentada por Bartolo— aparece ya en las *Questiones de iuris subtilitatibus*—, obra contemporánea de los inicios del renacimiento del Derecho romano; cincuenta taños más tarde Rainero de Perugia, en su *Summa artis notariae*, da por sentado el origen contractual del Derecho y, en consecuencia, que los obstáculos legales a la libertad de contratación *deben* ser amablemente apartados. En el Capítulo III de su obra recomienda al Notario que se cerciore de los beneficios de que goza el deudor y se los haga renunciar dado que tales beneficios *sunt in favorem hominum introducta quibus renuntiare debent... ut contractus sortiatur effectum*; y en el Capítulo IV estudia la renuncia a ocho beneficios; Butrigrario aumentará su número a cincuenta y tres; y Paulus Galeratus llegará a los doscientos.

Con ello la mercantilización de una parte importante del Derecho civil patrimonial quedaba realizada en su punto más sensible; con la particularidad de que lo que había sido practicado como necesario para el tráfico *entre comerciantes* se convertía en doctrina general basada en los propios textos del *Corpus Iuris* y aplicable, en consecuencia, tanto a las relaciones entre comerciantes como a las existentes entre quienes no tenían esta condición. El *ius commune*, con pretensiones de *ratio scripta* consagraba incluso *para las relaciones exclusivamente civiles* (las derivadas de contratos entre no comerciantes y de los concluidos entre comerciante y no comerciante) el dominio de la parte contractual fuerte.

Cuando los juristas se cansaron de esperar la aceptación por los comerciantes del trato ofrecido, intentaron neutralizar el destrozo realizado. Las doctrinas de la *cercioratio* y del *intervallum* fueron remedios ingeniosos pero tardíos —tanto más inútiles cuanto paradójicamente la doctrina canónica del *iuramentum confirmatorium* los hacía completamente ineficaces; el Derecho romano deformado se había ya impuesto

en la mayor parte de Occidente, a pesar de las resistencias populares, y la vuelta a los principios justinianos se reveló imposible.

Si la doctrina de la *renuntiatio* es el más claro ejemplo de una temprana y pronto interrumpida mercantilización del Derecho civil, la invención del título ejecutivo lo es de una no menos temprana ni menos pronto interrumpida mercantilización del Derecho procesal.

En materia de ejecución, las normas contenidas en el *Corpus Iuris* eran perfectamente claras: la principal causa legitimadora de la ejecución es la sentencia firme a partir de cuya fecha el condenado dispone de treinta días para cumplir y transcurridos los cuales el actor debe ejercitar la *actio iudicati* contra el deudor; éste puede confesar *in iure* —y ello abre la posibilidad de iniciar el procedimiento ejecutivo— o negar la deuda alegando la invalidez de la sentencia— y con ello se abre un nuevo proceso de cognición, cuya sentencia, de ser favorable al demandante, es directamente ejecutiva. Son, por tanto, dos las sentencias —declarativa y ejecutiva, respectivamente— a obtener y, en consecuencia, dos los procesos —con sus correspondientes posibles apelaciones— a seguir.

Que este complicadísimo mecanismo no era el más adecuado para las relaciones jurídico-mercantiles no exige demostración. Como puede suponerse, todo intento de «adaptación» de la normativa civil a la práctica comercial no podía tener más que un objetivo: lograr la posibilidad de ejecución por la simple existencia de un documento del que resultara una obligación.

Resultado que se consiguió en dos etapas. La primera persiguió la eliminación de la necesidad de ejercitar la *actio iudicati* —la necesidad del juicio ejecutivo— siguiendo el camino de transformarlas en una *actio in factum* —*sin litis contestatio*— que lleva directamente a un *decretum* por el cual se nombra a un *executor* para que represente al demandado en todo el procedimiento. Posteriormente y dado el carácter eminentemente formal del proceso de ejecución así estructurado, no tardó en producirse su absorción por el proceso de cognición que terminaba con un *praeceptum seu mandatum de solvendo executivum*.

La segunda etapa fue más difícil de recorrer dado que el objetivo perseguido era, nada menos, que la eliminación del proceso de cognición y de la correspondiente sentencia declarativa. Los caminos elegidos para encontrar una fundamentación suficiente en el propio *Corpus Iuris* fueron muchos y distintos según los lugares y las épocas. Los más dignos de mención son la sentencia preventiva, la cláusula de *guarentigia*, la *obligatio camerális* y la *cláusula de terç*.

En cuanto a la primera, consistía en la *confessio extra ordinem* hecha por el deudor ante el juez en el mismo acto en que contrae la obligación; y el *iudex facit ei praeceptum secundum consuetudinem locorum*, es decir: dicta sentencia de pagar al vencimiento de la obligación. Normalmente esta sentencia preventiva que a veces lleva consigo el embargo de los bienes del deudor —se incluye en el instrumento que da origen a la obligación y el notario da fe de ésta y de aquélla. Esta fórmula fue corriente en los contratos entre el Papado y los

banqueros encargados de la colecta y remisión del diezmo y Renouart nos da ejemplos de ella en su obra *Les Papes d'Avignon et las Compagnies Commerciales*.

La cláusula de *guarentigia* es más conocida. Ya se ha visto que el *Corpus Iuris* daba los mismos efectos a la *confessio in iure* que a la sentencia —entendiendo por tal la hecha ante el Juez y en presencia de la otra parte. Cuando —a fines del siglo XIII— viene reconocida en el norte y sur de Italia a los Notarios la cualidad de *iudices ordinarii*, con jurisdicción *cognoscendi et iudicandi*, se les da el nombre de *iudices cartularii* con facultad de recibir *confessiones in iure*; los contratos concluidos ante Notario se equiparan a la confesión de modo que la obligación asumida es *res iudicata* provista de *executio parata sine libello et litis contestatio vel alio ordine iudiciale*.

En aquellas regiones o estados en los que, por el principio monárquico no era concebible más que una jurisdicción organizada jerárquicamente y en los que, por tanto, el Notario no podía ser equiparado al juez, se siguieron otros procedimientos. La *obligatio cameralis* o *in forma camera apostólica* fue uno de ellos; su único secreto —al decir de A. M. Galesius— consistía en un apoderamiento conferido por el deudor a un tercero de la confianza del acreedor, facultándole para vender sus bienes en la forma que tuviera por conveniente.

Por último, en Cataluña y Cerdeña la fórmula utilizada es la denominada *escriptura de terç*. Su fundamento teórico se encuentra en el carácter ejecutivo de las deudas fiscales —regidas desde tiempo inmemorial por el principio *solve et repete*— acerca de las cuales afirma Bartolo: *actio si competat fisco pro parte poena et pro alia parte privato, totum debet exigi a fisco et dare debet portio sua privato*. Sobre este fundamento se construye la obligación de modo que, al reconocimiento de deuda se le añade, para el caso de incumplimiento, una cláusula penal *a favor del fisco* en cuantía de una tercera parte de la cantidad debida.

Como en materia de *renunciatio*, las concesiones de los juristas habían ido demasiado lejos: contra el título ejecutivo —en cualquiera de sus formas— no cabía otra excepción que el pago constatado en escritura pública. Con ello, el principio *solve et repete* amenazaba con aplicarse a todas las obligaciones —tanto civiles como mercantiles; y, también aquí, la marcha atrás fue espectacular: no se tardó mucho en encontrar justificación a toda clase de excepciones oponibles por el deudor; a principios del siglo XVIII, Maradei enumeraba ciento cincuenta y cinco.

Ciertamente que la buena voluntad de los juristas, a la vista de tales muestras, no puede ponerse en duda; pero, por lo dicho anteriormente, puede ya suponerse lo sucedido: el estamento mercantil no se dejó ablandar por las amabilidades de los Doctores *in utrumque jus*, y las puertas de acceso al mundo comercial continuaron cerradas. En realidad se ponía de manifiesto la imposibilidad de cualquier acuerdo: lo que exigían —y tenían— los comerciantes era rapidez, simplicidad y eficacia y aquello a que aspiraban los juristas suponía lo contrario.

El punto de vista de los comerciantes quedará crudamente formulado por un autor del siglo XVI:

*«La jurisdiction consulaire fait sècher sur pied la chicane qui meurt d'envie de mettre la griffe sur un morceau si gras qu'est le commerce.»*

No es de extrañar, pues, que el veto de los comerciantes se mantuviera: en Italia los Estatutos no sufrieron, en este aspecto, modificación alguna; en Francia —país al cual había pasado el protagonismo europeo de la actividad mercantil— el Edicto de noviembre de 1563 por el que se erige el Consulado de París y cuyo preámbulo reza:

*«Charles, par la grâce de Dieu, Roi de France: a tous presents et avenir: Salut. Cavoir faisons que sur la Raquête et remontrance a nous faites en notre Conseil de la part des Marchands de notre bonne ville de Paris et pour le bien public et abreviation de tous Procès et differends entre Marchands qui doivent négocier ensemble de bone foi, sans être astreints aux subtilités des Lois et Ordenances...»*

establece en su artículo IV:

*«Et pour couter chemin a toute longueur et'ôter l'ocasion de fuir et plaider voluons et ordennons que tous ajournements soient libellés, et qu'ils contiennent demande certaine... le tout sans aucun ministère d'avocat ou Procureur.»*

Por su parte, la Ordenanza del Comercio —conocida por «Code Marchand» —de marzo de 1673, declara comunes a todos los Tribunales y Cónsules el Edicto de 1563 (título XII, art. 1.º) y ordena que el procedimiento a seguir en la jurisdicción Consular se ajustará a las formas prescritas en la Ordenanza de abril de 1667, cuyo art. 2 del título XVI dispone que:

*«La cause doit être voidé sur le champ sans ministère d'Avocat ni de Procureur.»*

En Castilla, a la que pasa el protagonismo económico español, ocurre exactamente lo mismo. La Pragmática de 1494 —que se reproduce en la de 2 de junio de 1511 por la que se reconoce el Consulado de Bilbao—, dispone:

*«Por la presente damos licencia y facultad y jurisdicción a los dichos Prior y Consules de los mercaderes de dicha villa de Burgos que agora son o serán de aquí adelante para que tengan jurisdicción de poder conocer y conozcan de las diferencias y debates que ovieren entre mercader y mercader y sus compa-*

*ñeros y factores ... para que lo libren y determinen breve y sumariamente según estilo de mercaderes sin dar lugar a luengas ni dilaciones de malicia ni plazos de abogados ... los cuales hagan juramento de se haver bien y fielmente en el negocio que ovieren de entender guardando la justicia a las partes y conociendo y determinando la dicha causa por estilo entre mercaderes sin libelos ni escritos de abogados salvo siempre la verdad sabida y la buena fe guardada como entre mercaderes sin dar lugar a luengas de malicias ni a plazo ni a dilaciones de abogados.»*

Las razones de esta actitud son perfectamente claras:

*«... porque sabíamos que los pleytos que se movían entre mercaderes ... nunca concluir ni fenecían porque se presentaban escritos de niveles de letrados por manera que por mal pleito que fuesen los sostenían los letrados de manera que los hacían inmortales lo qual era en gran daño y perjuicio de la mercadería.»*

Por su parte, la ordenanza XXXVIII de las Generales de Bilbao de 2 de octubre de 1531 establece:

*«... de aquí adelante en el dicho juzgado no se admitan ni puedan admitir demandas ni peticiones algunas por escrito sobre cualquier pleyto o diferencia que sea o ser pueda sin que ante todas cosas los fiel e deputados hagan parescer ante sí personalmente a las partes litigantes ... e quando así de palabra no se pudiere atajar ni determinar, entonces se admitan peticiones por escrito con que no sean formadas de letrados e que lo que en otra manera se hiciere sea en sí ninguna e de ningún valor e efecto.»*

El mismo Hevia Bolaños, en su «Laberinto de Comercio Terrestre y Naval» (1617) reconoce este estado de cosas:

*«En las causas que se trataren en el Consulado en primera y segunda instancia no se pueden admitir peticiones de Abogados y se ha de proceder y determinar breve y sumariamente sin dilación salvo siempre la verdad sabida y la buena fe guardada.»*

Si bien, recordando su condición de jurista, añade a continuación:

*«... aunque se ha de determinar según Derecho... y si se procediere ordinariamente valdrá el proceso porque el guardar el orden judicial no puede perjudicar (Libro II, Cap. XV, núm. 36).»*

En este punto la posición del estamento mercantil, por lo menos hasta el siglo XIX fue irreductible. Una de sus últimas manifestaciones

la encontramos en las Ordenanzas de Bilbao de 1737: la Ordenanza VI del Capítulo Primero dispone:

*«Por quanto en dicho Consulado deben determinarse los pleytos y diferencias entre las partes breve y sumariamente, la verdad sabida y la buena fe guardada por estilo de mercaderes sin dar lugar a dilaciones, libelos ni escritos de Abogados...: Se ordena que siempre que qualquiera persona pareciere en dicho Consulado a intentar qualquiera acción no se le admitan ni puedan admitir demandas ni peticiones algunas por escrito sin que ante todas cosas el Prior y Consules hagan parecer ante sí las partes...; y no lo pudiendo conseguir les admitan sus peticiones por escrito, con que no sean dispuestas, ordenadas ni firmadas de Abogados... Y, procurando en quanto a ésto evitar malicias, si se presumiere que la demanda, respuesta u otra petición y Libelo fuere dispuesta de Abogado, no la admitirán hasta que baxo juramento declare la parte no haverla hecho ni dispuesto Abogado.»*

Si la actitud de los comerciantes fue invariable, no lo fue menos la de los juristas. Durante cinco siglos se desarrolló una batalla de desgaste en la que la iniciativa correspondía al estamento jurídico y la defensiva, cerrada y tenaz al estamento mercantil; lucha que se desarrolló en tres frentes distintos:

El primero —meramente anecdótico y sin resultados decisivos— llevó a escaramuzas que con suerte alterna y siguiendo los vaivenes políticos ampliaron o restringieron la esfera a la que se extendía la jurisdicción de los Tribunales de Comercio— y, en consecuencia, la de los Tribunales ordinarios de los que los doctores de la Ley eran protagonistas. Es en este campo donde los juristas desarrollaron, indirectamente, una eficaz labor de vigilancia logrando impedir la extensión de la normativa mercantil a relaciones distintas de las nacidas entre comerciantes.

El segundo tuvo mayor contenido doctrinal y mayor importancia práctica —visible sobre todo después de conocido el desenlace de la contienda y consistió en un ataque frontal a lo que constituía el núcleo y centro de gravedad del sistema montado por los comerciantes.

Se ha dicho antes que la especialidad más relevante del Derecho mercantil fue, inicialmente, de naturaleza procesal; pero hay que caer en la cuenta que la rapidez y eficacia de los Tribunales de Comercio no habrían sido posibles sin la base sustantiva con arreglo a la cual decidían las cuestiones entre comerciantes que no era otra que *la equidad*. Esta creaba o reconocía a los usos del comercio —el «sentir» de los comerciantes— al compás de los tiempos y circunstancias, y no se hallaba sujeta a norma escrita alguna, como no fueran las meramente formales de procedimiento. Los Estatutos corporativos —y la parte de ellos recogida en los Estatutos municipales— eran simples recopilaciones de usos y, por tanto, derogables por usos posteriores distintos. Como se ha dicho antes, este sistema hacía superflua la asistencia de

los concedores de la Ley: bastaba la de personas concedoras de las prácticas mercantiles, es decir, de comerciantes. La entrada de los juristas al mundo del comercio sólo podía producirse cuando las decisiones de los Tribunales de Comercio se fundaran no en la equidad, sino en la Ley.

De ahí el constante, duro y despiadado ataque de los juristas contra la equidad mercantil. Ya Baldo había afirmado *deberi nos sequi aequitatem rationis coniunctum, non imaginariam et nostri capitis* por cuanto *aequitates hominum non habet in se pondus statuti, nisi legibus vel consuetudine praescripta sint roboratae*.

Más enérgicamente, Paulo de Castro escribió:

*«Professores iuris colunt iustitiam et profitentur se habere et habent notitiam boni et aequi et separant cequum ab iniquo et licitum ab illicito. Contra idiotas mercatores qui faciunt se magistros aequitatis et contemnunt legistas dicentes quod vadunt per cavillationes et ipsi per aequitatem; nam, multo melius cognoscent legistae quid sit aequitas quam ipsi cognoscent quid sit rigor: qui est oppositum aequitatis et unum contrarium melius cognoscitur per aliud et habent notitiam tam per naturam quam etiam per artem, illi vero per naturam tantum et proferunt aliquando multas iniquas sententias confidentes de seipsis. (Commentarium in Primam Digesti Veteris parte: De Iustitia et iure L. 1, núms. 4 y 9).*

Por su parte Stracca, en la última parte de su *Quomodo procedendum sit in causis mercatorum* —en la que no se cansa de dar consejos a los Cónsules— hace referencia a

*«... ignaros imperitosque mercatores qui se aequitatis magistros esse credunt et iniquunt Iurisconsultum cavillationes concupiscere et sequi, mercatores vero aequitatem.»*

y haciendo uso, como Pablo de Castro, de argumentos de procedencia aristotélica afirma:

*Longe enim melius quid aequitas sit, Iurisconsulti norunt quam ipsi quid sit rigor qui aequitate opponitur: nam contrariorum est eadem disciplina; uno enim cognito, cognoscitur et reliquum.*

La recomendación que sigue era perfectamente previsible:

*Consulant itaque mercatores in dicendis sententiis Iurisconsultos bonosque viros. Vetus est enim illud «ne sutor ultra crepidam», et felices essent artes si de illis soli artifices indicarent et se lege ipsa clementiores aut aequiores ne putent.*

Sería interminable la cita de autores que con más o menos virulencia arremeten contra la equidad mercantil. Creo que el capítulo puede quedar dignamente cerrado con la transcripción del siguiente texto de Casaregis (*Discursus legales de Commercio*: Discursus LVI).

«*La maggior disgrazia —dice— que hanno alcune volte le Cause Mercantili è che siccome contengono certe formule particolari, usati tra 'Mercanti nel contrattare, poco intese da' nostri Professori soglionsi quella per lo piu rimettere, per la loro decisione al giudizio de 'Mercanti, i quali bensì fanno piu degli altri la materialità della loro negoziazione; ma non intendono poi la propria sostanza ed esenza de'loro contratti, e così secondo quello che apprendono per equità, col solo lume naturale, pretendono di risolvere tutte la differenze che spesse volte s'incontrano ne'negozii e particolarmente nelle materie de' Cambi, quando per altro e tanto detestabile un simile giudizio, mentre l'equità non e mai quella che pu'suggerire il propio cervello se non e ben instrutto dalle nostre Leggi e regobio colla scorta de' piu insigni nostri Giurisprudenti... Decidere quello que riguarda l'essenza e la qualità delle obbligazioni deve essere solo Provincia de' piu esperti e prudenti Professori.*»

Durante siglos el esfuerzo aplicado a desprestigiar la equidad mercantil es constante y consigue fijarse en fórmulas incansablemente repetidas convertidas en apotegmas de autoridad indiscutida.

«*Cerebrina enim et pro voluntate non ad juris normam regulamque formata, non aequitas sed iniquitas est.*»

«*Orandum est ut Deus nos praeservit ab aequitate Parliamenti.*»

El tercer frente en que los juristas luchan contra la impermeabilidad mercantil es más difícil de caracterizar y concretar. Puede ser calificado, quizá, como de campaña publicitaria del saber de los juristas; pero también puede ser definido como un colosal —y probablemente inconsciente— proceso de mixtificación. Forman parte de él las obras de los denominados «mercantilistas clásicos». Stracca, Scaccia, Marquardus, Hevia Bolaños, De Turri, Ansaldo, De Lucca, Casarregis, etc. Pero quizá donde mejor se aprecie el contenido profundo y el auténtico sentido de esta actitud sea —aparte de obras menores como la de nuestra Acacio de Ripoll *De Magistratus Logiae Maris* —en la recopilación debida a Pierre de Landry, aparecida a finales del siglo XVI y editada repetidas veces con el título *De Mercatura, Decisiones et Tractatus varii, et de rebus ad eam pertinentibus*. En ella se recoge toda la literatura jurídica conocida sobre materia «mercantil», consistente en 215 Sentencias de la Rota de Génova, los distintos tratados constitutivos de la obra de Bienvenuto Stracca *Tractatus de mercaturis seu mercatore* y veintitrés monografías: *De contractibus mercatorum* de

Ioannis Nider; *De Constituto* de Baldo; *De usu maris* de Rodrigo Suárez; *De privilegiis* de Petrus Vanderanus; *De fideiussoribus* de Hippolytus de Marsilis; *De Excussione* de Iacobus de Arena; *De Discussionibus* de Benedictus Barzis; *De Subhastationis* de Iodicus Damhouderius; *De debitori suspecto* de Ioannis Bapstista Caccialupus; *De iure sistenti et iniectione* de Petrus Peckius; *De carceribus* de Baldo; *De represaliarum* de Ioanni Jacobi a Canibus; *De represaliis* de Martinus Ludensis; *De materia securitatis* de Guglielmo de Cuneo; *De Assuractionibus et sponsionibus mercatorum* de Pedro de Santarem; *De Sequestrationibus* de Iacobus de Arena; *De Sequestrorum* de Franciscus Curtius; *De Sequestrorum* de Angelus Perusinus; *De cessione Iuris et actionem fienda* de Ioannis de Grassis; *De Cessione actionum* de Iacobus de Arena; un anónimo *Tractatus Cessionum*; *De renuntiationum Iuris Civilis* de Iacobus Butrigarius y *De Cessione Bonorum* de Matthaeus Brunus.

En relación con esta obra, son de subrayar dos peculiaridades: en primer lugar la inclusión en la compilación del tratado sobre renunciaciones de Butrigarius, circunstancia que ratifica el carácter mercantil, antes afirmado, de la teoría de la *renuntiatio*; en segundo lugar que la Rota de Génova, cuyas decisiones se recogen, no es un Tribunal de Comercio sino un Tribunal Civil.

La lectura de los citados trabajos revela su característica fundamental consistente en el enfoque y tratamiento *civiles* de los temas estudiados en ellos. Basta con la lectura de las Sentencias de la Rota de Génova recogidas para darse inmediata cuenta de que no pudieron ser Sentencias de Tribunales de comercio ni pudieron tener ninguna semejanza con las pronunciadas por éstos. Y lo mismo ocurre con las monografías que siguen —empezando por los tratados de Stracca—; todos los textos recogidos argumentan tomando como base al *Corpus Iuris* —con algunas concesiones a los usos mercantiles que no hay más remedio que admitir— utilizando la misma lógica que podemos encontrar en los grandes comentarios de los civilistas. La recopilación de Pierre de Landry es un lujoso escaparate en el que se exhibe la fabulosa erudición de unos juristas que, con ella y a causa de ella, reclaman el reconocimiento del derecho a entender, mejor que nadie, de las cuestiones mercantiles.

Esta exhibición de conocimientos oculta, sin embargo, un fenómeno mucho más importante. Para entenderlo basta tener en cuenta lo que *en realidad* hacían los juristas al prestar atención a los temas mercantiles; no hace falta, para ello, aguzar el ingenio, porque nos lo dice el propio Casaregis en el *Discursus* LVI anteriormente citado:

«Io non nego che per intendere la forza e il vero senso de'loro conti, scritture e carteggi, praticati generalmente con parole succinte e con termini noti per lo piu a qui professa la mercanzia e poco intensi da'Giuristi, non si debba ricorrere al loro giudizio, anzi ciò e necessario per apprendere la cognizione de'termini senza la quale ne meno potrebbesi intendere la materialità del

*loro operare; ma il decidere poi quello che riguarda l'essenza e la qualità delle obbligazioni deve essere solo provincia de'piu esperti e prudenti Professori. Dovendo essi studiare principalmente di ridurre il caso che accede in pratica a quella specie di contratto que meglio pare adattarsegli, e con cio venir poscia a decidere tutti quei dubbii ed articoli que possono eccitarsi tra le parti per indurre o togliere in alcune di esse la pretesa obbligazione.*

Dicho de otro modo: la única dificultad de la materia mercantil es meramente terminológica; conocido el significado de las palabras utilizadas por los comerciantes lo que el jurista tiene que hacer es reducir el caso, encajarlo *velis nolis* en la figura jurídica que mejor parezca adaptársele: como puede suponerse dicha «figura jurídica» no puede ser otra que alguna de las conocidas y reguladas por el *Corpus Iuris*; en consecuencia, la *compagnia* se explica por la *societas*, el contrato de cambio por el *adjectus solutionis causa*, el seguro por la *sponsio*, el endoso por la *procuratio in rem suam*, el factor por el *institor*, etc., etc.

Pero, sorprendentemente, lo que en definitiva no es más que una demostración palpable de la incapacidad de los civilistas para explicar *por sí mismas* las instituciones mercantiles, y de crear una doctrina original basada en ellas y no apoyada en figuras extrañas, se convierte, en manos de los autores, en ocasión para presentar a las figuras civiles, no como coartada con la cual se disimula la propia inhabilidad, sino como precedente histórico de las instituciones mercantiles; la *societas*, el *adjectus solutionis causa*, la *sponsio*, la *procuratio in rem suam*, el *institor* no se presentan como expedientes a los que por analogía se recurre, a falta de un pensamiento original, para explicar la *compagnia*, el contrato de cambio, el seguro, el endoso o el factor, *sino como antecedentes históricos* de los que, por sucesivas corruptelas y desviaciones éstos se derivan. Con ello la doctrina jurídica de los mercantilistas clásicos impone el reconocimiento, para la normativa mercantil de unos antepasados, de un árbol genealógico imaginarios y, a la larga, que se admita una falsificación histórica a cambio del prestigio que supone no sólo que la normativa mercantil reciba la honrosa calificación de «Derecho» —*ius mercatorum*—, sino que tal disciplina pueda exhibir, como el *Ius Civile* y gracias a él su imperial abolengo: también el Derecho mercantil procede de Justiniano. En consecuencia, ¿quién mejor que los jurisconsultos podrá estudiar, explicar y aplicar el Derecho de los comerciantes, si tal Derecho no es más que el *ius commune* complementado por algunas normas especiales que ni persiguen ni consiguen desvirtuarle?

Variadas circunstancias contribuyeron a que la batalla de desgaste empezada en el siglo XIV terminara, en el siglo XIX, con la victoria del estamento jurídico: en primer lugar, la incapacidad de los comerciantes de crear, por sí mismos, la ciencia de su Derecho. Forma parte de la campaña propagandista de los juristas la afirmación de según el cual Stracca escribió sus tratados a petición y por encargo del estamento mercantil: sin embargo, no hay que pasar por alto que a los párrafos de este

autor antes transcritos pueden añadirse muchos otros que demuestran su poco aprecio —por decirlo con fórmula amable— por los comerciantes, lo cual obliga a aceptar la leyenda *cum grano salis*. En todo caso es evidente que la intelectualidad mercantil no supo hacer otra cosa que escribir unos cuantos manuales prácticos que, si fueron útiles a los comerciantes y son preciosos para nosotros, no pudieron —ni, quizá, se propusieron— neutralizar los efectos publicitarios de los infolios escritos por los juristas.

En segundo lugar, el cansancio de los mismos comerciantes. La reivindicación del derecho a resolver por sí mismos las diferencias y conflictos surgidos en el interior del estamento implicaba aceptar múltiples sacrificios: el más importante para los comerciantes en los que, tan temporalmente como se quiera, recaía el nombramiento de juez, el del abandono de sus negocios —y de sus ganancias— para ponerse al servicio de su profesión. Que esta carga fue aceptada cada vez con mayor desgana está suficientemente documentado. En el año 1702, por ejemplo, los mercaderes barceloneses piden al monarca se conceda a los miembros de Consulado el título de *ciudadans honrats* —con las prerrogativas inherentes— dada la dificultad en encontrar quien esté dispuesto a aceptar el cargo; y lo mismo ocurre en todas partes. La debilitación de la especial ética mercantil aumentó con el tiempo progresivamente y la supresión, en el siglo XIX, de los Tribunales de Comercio de muchos países —entre ellos el nuestro— no produjo ya reacciones apreciables.

Y, en último lugar, la lenta y también progresiva sustitución de los usos mercantiles y de la equidad como únicas fuentes normativas por un Derecho legislado. La primera manifestación sistemática de este fenómeno —las manifestaciones parciales son abundantes, particularmente en Estados caracterizados por su prurito ordenancista como Castilla— se produce con las Ordenanzas de Luis XIV. Hasta entonces, si no habían faltado manifestaciones de derecho escrito —piénsese en el Consulado de Mar, las Tablas Amalfitanas, los «Roles» de Oleron, las mismas normas incluidas en los Estatutos Italianos, etc., etc.— éstas se presentaban como recopilaciones de usos mercantiles que no podían prevalecer contra usos contrarios nuevos. Pero Luis XIV promulga unas Ordenanzas —es decir, una normativa— que no procede de los mismos comerciantes, sino del Soberano— que deben ser obedecidas y contra las que nada puede la costumbre *contra legem*. Este nuevo estado de cosas —que encuentra imitadores en todas partes— implica la obligación de juzgar «con arreglo a la Ley» y deja cada vez menos espacio a la equidad; consecuencia inevitable de la sustitución de los usos por un Derecho legislado es la necesidad de recurrir a los conocimientos del «entendido en Leyes» —del jurista—. La penetración de éste fue lenta y, por decirlo de alguna manera, «controlada»: los Tribunales de Comercio admiten la presencia de juristas asesores sin poder decisorio y la representación del litigante por juristas —los «avoués»—, especialmente calificados, «examinados» y «censurados» por los Cónsules, es decir: comprometidos a respetar las reglas del juego

procesal mercantil tradicional y a no introducir en él novedades dañosas. Precaución ineficaz como se comprueba por la lectura de las sucesivas normas de procedimiento —también «promulgadas»— que lo complican, desvirtúan y alargan bajo pretexto de protección de los derechos de los litigantes. Con todo ello, a mediados del siglo XVIII la brecha abierta en el sistema comercial es ya preludio infalible de lo que no tardará en suceder.

Que no es más que la victoria del estamento jurídico. Todavía antes del desenlace hubo un conato de resistencia: en la discusión del *Code de Procedure Civile* (art. 414) y del *Code de Commerce* (art. 627) se enfrentaron dos posiciones opuestas tanto en relación con la representación de los litigantes (*avoués*) como con su defensa (*avocats* y *agreés*).

La situación existente fue descrita por la Comisión del siguiente modo:

*«Le Tribunaux de Commerce étoient devenus le rendez vous de gens de loi que sembloient vouloir y introduire les habitudes de la chicane et les subtilités d'une vaine éloquence. Ils consommoient une partie des audiences en longs plaidoyens souvent inutiles puisqu'ils parloient a des commerçants un langage d'autant plus étranger, que ces nouveaux défenseurs étoient moins familiers avec les questions qu'ils traitoient.»*

Para algunos el remedio a esta situación se encuentra en la admisión de los *avoués*; el Tribunal de Casación informa:

*«... il faut accorder aux Tribunaux de Commerce le droit de désigner un certain nombre de mandataires avec faculté de les révoquer: c'est le seul moyen d'éloigner de ces Tribunaux la chicane, ennemie mortelle du commerce.»*

Para otros el remedio es peor que la enfermedad. El Tribunal de Apelación de Dijon argumenta:

*«Quoi! le commerçant ne pourra plus venir lui même devant ses paires pour y faire valoir ses droits ou y proposer ses defenses!*

*Quoi! il ne sera plus possible d'arriver aux pieds de la justice commerciale qu'a travers tous les detours de la chicane!*

El resultado de la discusión fue la eliminación de los *avoués*: según el artículo 627 del Código de Comercio: Nadie podrá representar a una parte ante los Tribunales de Comercio... a menos que dicha parte, presente en la audiencia, lo autorice o que esté provisto de poder especial.

En lo que se refiere a la *defensa* de los litigantes, las posiciones no eran menos opuestas. Los Tribunales de Apelación de Burdeos y Rennes exigían que las partes estuvieran obligadas a comparecer personalmente o por apoderado especial *sin intervención de otras personas*. El

Tribunal de Apelación de Caen confirmaba «*qu'il falloit laisser aux parties la faculté de se faire défendre a leurs frais par des avocats dont la moralité seroit une garantie*»; el de Metz que «*l'honneur de la profession qu'ils exercent est un sûr garant de la délicatesse et du désintéressement qu'ils apporteront dans la défense des parties*». Por el contrario, en el Consejo de Estado se afirmó que «*les avocats jettent de l'embaras dans l'esprit des juges de commerce*».

La comisión terminó por ratificar una proposición que, en realidad se refería a los *agréés* (*défenseurs officieux*), dejando en blanco, es decir, sin regulación, la presencia de los juristas en función de defensores de las partes que, a partir de tal momento fue admitida, no como corruptela, sino como legalmente válida.

Si de Francia pasamos a otros países, la evolución se produjo por el camino de la práctica más o menos tolerada hasta que, a mediados de siglo —en España por Decreto de 6 de diciembre de 1868— se suprimieron los Tribunales de Comercio, quedando con ello sometidos los pleitos mercantiles a la jurisdicción ordinaria.

Pero la historia no acabó aquí. La desvirtuación total de lo que constituía la razón misma de ser del Derecho mercantil debía producir resultados catastróficos para el estamento de los comerciantes: el alargamiento, complicación y encarecimiento de los pleitos —consecuencia directa de la intervención en ellos de los juristas, opuestos por razones fáciles de comprender a todo procedimiento rápido y expedito realizado de plano *sine strepitu et figura iudicii*— obligó a los comerciantes a resolver sus diferencias con el simple e insuficiente apoyo de sus propias sanciones y, faltando éstas o siendo inoperantes, a pasar sus créditos impagados a la cuenta de incobrables. A partir de la sustancial mutación del Derecho mercantil, los pleitos —tan numerosos cuanto rápidamente resueltos antes— quedaron reducidos en número a la mínima expresión. Lo que equivale a decir que el estamento mercantil quedaba —y sigue actualmente en tal situación— huérfano de toda cobertura jurídica eficaz.

Por otra parte la supresión de diferencias *procesales* entre ambos Derechos complementada con el precedente de la visión equivocada de los «mercantilistas» clásicos llevó insensiblemente a creer en la inexistencia de diferencias *sustanciales*. Con ello quiero decir que si tan Derecho es el Derecho mercantil como el civil, la estructura de sus normas es idéntica; partiendo de lo cual se pasa fácilmente de afirmar que el Derecho mercantil procede por evolución del Derecho civil, a creer que el Derecho mercantil es una modernización —y por tanto, una «puesta al día», un «aggiornamento»— del Derecho civil. Para no pocos civilistas, el Derecho mercantil está destinado a desempeñar, respecto del Derecho civil el papel que el *ius honorarium* desempeñó respecto del *ius civile*: sustituirle.

Para los comerciantes esta situación brindaba unas posibilidades que nunca se habían atrevido a soñar; porque la entrada de los juristas en el mundo de los comerciantes y la consiguiente imposición de las reglas de juego civiles —y muy particularmente de las reglas de juego del

proceso civil— convertía a ambos mundos en vasos comunicantes y permitía cruzar *en ambos sentidos* la puerta, antes herméticamente cerrada, que los juristas habían conseguido abrir. Con ello quiero decir que se abría, también *para los comerciantes*, la posibilidad, celosamente impedida hasta entonces por los juristas, de imponer sus reglas de juego al mundo civil.

Posibilidad que fue, y es, debidamente aprovechada: para referirnos solamente al Derecho español, la supresión del requisito de la *distancia loci* en las letras de cambio que proporcionó la oportunidad de utilizar este instrumento en funciones de pagaré sin sujeción a los requisitos legalmente exigidos para éste (reconocimiento de una deuda entre *comerciantes* por razón de una operación comercial) institucionalizando por simples razones formales y con manifiesto fraude de ley que obligaciones civiles puedan transformarse en abstractas y ser susceptibles de actuaciones con arreglo al principio *solve et repete*. El montaje de un sistema inmobiliario registral «de desenvolvimiento técnico» —o sea, fundamentalmente legitimador de las titularidades registrales con el que se sustituyó el secular mecanismo civil— en el que una inscripción sólo puede exigirse como requisito de *oponibilidad* por el mecanismo mercantil con arreglo al cual la *diligencia* ya no es necesaria para adquirir un derecho en firme, sino para conservarlo; este mismo sistema hipotecario que postula la total inversión del sistema civil al establecer (art. 41 de la Ley Hipotecaria) un procedimiento que equivale a un interdicto de *obtener la posesión*, no a favor del poseedor sino a favor del titular inscrito con lo que se destruyen todos los efectos y la misma existencia de la protección posesoria; el Reglamento Hipotecario español que, modificando en su artículo 59 el artículo 1.504 del Código civil establece un procedimiento que puede calificarse, sin duda, de *justicia privada* por el cual el vendedor con precio aplazado garantizado con condición resolutoria expresa, por propia autoridad y sin defensa alguna posible por parte del comprador (ni siquiera en el caso en que éste pueda acreditar el pago con documento público) puede resolver la compraventa e inscribir a su nombre la finca vendida; los esfuerzos, secundados por distinguidos juristas, para calificar de mercantil la reventa hecha al consumidor; el intento de configurar como costumbre jurídica vinculante para todas las partes interesadas las «condiciones generales de contratación»; la posibilidad concedida a la parte contractual débil de renunciar a los beneficios que, para su protección la Ley le concede, consagrada no sólo en el Código civil sino en leyes aparentemente dictadas para proteger al consumidor, etc., etc., son sólo unas cuantas muestras de la situación actual: una «confusión de confusiones» que si por una parte deja al estamento mercantil, para sus «relaciones interiores» sin cobertura jurídica eficaz, le compensa permitiéndole imponer sus reglas de juego al mundo civil que, en la esfera patrimonial y obligacional ve sustituido el principio de justicia conmutativa por el del dominio de la parte contractual fuerte —por el principio de la supervivencia del mas listo—; y ello con el beneplácito de distinguidos juristas que argumentan que la configuración del Derecho mercantil

como derecho corporativo aplicable únicamente a las relaciones entre comerciantes equivaldría a conceder a éstos un privilegio intolerable.

Como puede verse, la conquista del espacio mercantil por los juristas ha llevado a la posible conquista por los comerciantes de la totalidad del espacio civil iniciada con la paulatina ocupación de aquella zona fronteriza o cordón sanitario constituido por los comerciantes detallistas: los grandes almacenes, los supermercados, las empresas inmobiliarias, eliminan al clásico «tenderos», pretendiendo imponer al consumidor sus reglas de juego. A ello se opondría en nuestro país, *todavía*, unas normas de colisión —de delimitación del terreno de juego mercantil— perfectamente estructuradas y modélicamente sistematizadas en nuestro Código de comercio: de ahí el empeño en desnaturalizarlo y desprestigiarlo, calificándolo nada menos que de «híbrido e incoherente» y el constante esfuerzo dirigido a vaciarlo de contenido mediante la promulgación de leyes —o la formulación de Proyectos de Ley— que tienden a colocar *fuera* del Código de comercio las instituciones mercantiles inicialmente contenidas en él, sustrayéndolas así a su exigente mecanismo.

La evolución esbozada en las páginas anteriores no ha seguido el mismo ritmo ni el mismo derrotero en todos los países. Por una parte nos encontramos con aquellos —como los Países Bajos— que se encuentran en pleno y declarado proceso de unificación de las normativas civil y mercantil, y con aquellos otros, como Suiza e Italia, en los que tal unificación se ha ya consumado. El sentido de esta pretendida «unificación» es fácilmente visible en los artículos 1.462 y 1.341 del Código «civil» italiano, que consagran la licitud de la cláusula contractual en la que el deudor renuncia al derecho a oponer excepciones a la acción que pueda ejercitar el acreedor.

Pero, por otra parte, en ciertos países se ha iniciado una saludable reacción y no precisamente —o, por lo menos, no solamente— con una legislación «protectora del consumidor» dictada con finalidades propagandísticas y de ineficacia perfectamente previsible: la Ley francesa número 78-22 de 10 de enero de 1978 sobre ventas de bienes muebles a plazos declara nulas las letras de cambio y pagarés suscritos por el comprador e impone una multa de 2.000 a 200.000 francos al vendedor que ha impuesto a aquél su firma, aceptación o aval (arts. 17 y 25-2.º). Con ello se vuelve a los principios tradicionales que siempre calificaron de civiles las ventas al consumidor —y, por tanto, a las obligaciones de ellas derivadas, especialmente los préstamos de consumo y en consecuencia a considerar fraude de ley la conversión de una obligación civil, personal y causal en una obligación mercantil impersonal y abstracta mediante el simple expediente de llenar un impreso de letra de cambio.

# El Derecho civil en los Estatutos de Autonomía

PEDRO DE ELIZALDE Y DE AYMERICH

Abogado del Estado

**SUMARIO:** INTRODUCCION. I. EL DERECHO DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS. 1. En general. 2. Los Estatutos de Autonomía. 3. Las fuentes del Derecho en las Comunidades Autónomas. 4. La legislación autonómica. 5. Otras fuentes del Derecho.—II. LA APLICACION DEL DERECHO DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS. 1. Límites de aplicación. 2. Relaciones con el Derecho general del Estado.—III. COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS EN RELACION CON EL DERECHO CIVIL. 1. Los Derechos Forales. 2. El Derecho consuetudinario. 3. Las fundaciones e instituciones tutelares. 4. El régimen del Notariado. 5. Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. 6. Transferencias de bienes y servicios. CONCLUSION.

## NOTA PRELIMINAR:

Los Estatutos de Autonomía a que se hace constante referencia seguidamente fueron aprobados por las disposiciones siguientes:

País Vasco, Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre; Cataluña, Ley Orgánica 4/1979, de la misma fecha; Galicia, Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril; Andalucía, Ley Orgánica 6/1981; Asturias, Ley Orgánica 7/1981 y Cantabria, Ley Orgánica 8/1981, las tres de 30 de diciembre; La Rioja, Ley Orgánica 3/1982 y Murcia, Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio; Comunidad Valenciana, Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio; Aragón, Ley Orgánica 8/1982, Castilla-La Mancha, Ley Orgánica 9/1982 y Canarias, Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto; Extremadura, Ley Orgánica 1/1983; Baleares, Ley Orgánica 2/1983; Madrid, Ley Orgánica 3/1983, y Castilla-León, Ley Orgánica 4/1983, todas de 25 de febrero. El Amejoramiento y Reintegración del Régimen Foral de Navarra se aprobó por la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto.

## INTRODUCCION

En la actualidad es tópico en la doctrina civilista hacer notar la cada vez mayor incidencia en el ámbito jurídico-privado de las normas calificada como Derecho público. Se habla así de una administrativa-ción o publicación del Derecho civil.

Con mayor razón debe señalarse tal incidencia cuando se alude a la Constitución, norma suprema, cabeza del ordenamiento jurídico

nacional y no sólo norma política, organizadora de las instituciones básicas del Estado, sino también reguladora de cuestiones propias del Derecho privado. La norma constitucional es directamente aplicable en muchos casos y, en otros, contiene un mandato o criterio de obligado respeto para el legislador ordinario y un principio general a tener en cuenta para la interpretación de todo el ordenamiento.

En particular, la Constitución española de 1978 incide profundamente sobre las instituciones del Derecho civil, obligando a los civilistas al estudio de sus disposiciones, hasta el extremo de que puede (y debe) ya construirse un Derecho civil constitucional (1).

La propia Constitución configura la diversidad de regiones dentro de la nación española como un principio básico para la organización política del Estado y le asigna sus correspondientes consecuencias en el ámbito jurídico-privado. Distribuido el territorio nacional en Comunidades Autónomas, sus normas institucionales básicas, los Estatutos de Autonomía han venido a llenar de contenido las previsiones constitucionales, regulando cuestiones que afectan al Derecho civil e incidiendo, de forma parecida a la indicada anteriormente para la norma fundamental, en el campo iusprivatista.

Existe, pues, una perspectiva de Derecho privado para el estudio de las Comunidades Autónomas (2) y un Derecho civil estatutario,

(1) Con carácter general debe hacerse referencia al trabajo de E. García de Enterría, «La Constitución como norma jurídica», publicado inicialmente en el Anuario de Derecho Civil, 1979, II-III, págs. 291 y siguientes, donde se expone el valor normativo de la Constitución de 1978 y el principio de interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución. Los criterios formulados han sido, en su parte fundamental, reiterados luego por la generalidad de la doctrina y son ya doctrina consolidada del Tribunal Constitucional.

En particular, sobre la incidencia de la Constitución en el Derecho Civil deben citarse los antiguos trabajos de D. Federico de Castro, «El Derecho Civil y la Constitución», Rev. Dech. Priv., 1935, págs. 33 y sig., y J. González Palomino, «Valor civil actual de las normas constitucionales», en la misma Revista, 1933, págs. 393 y sig., referentes a la Constitución de 1931. Destaca especialmente este tema K. Larenz, en «Derecho Civil», parte general, EDERSA, 1978, pág. 96 y sig., y, con gran detalle, en España, E. Ruiz Vellido, «La Constitución española y el Derecho Civil», RDP, 1979, págs. 233 y sig.

De Derecho civil Constitucional han hablado recientemente en España, J. L. Lacruz, en su «Parte General del Derecho Civil», Bosch, 1982, pág. 49, y P. Perlingieri, «Por un Derecho civil constitucional español», en ADC, 1983, I, págs. 1 y sig., que intentan abrir el horizonte de la doctrina civilista actual, tal vez reacia a adaptarse a la «motorización legislativa», que se extiende ahora también al Derecho Privado.

(2) Como es sabido, la Constitución no regula exhaustivamente la organización de las Comunidades Autónomas, sino que, respetados los límites que establece, deja a la disposición de los territorios interesados fijar el alcance de su autonomía. Rige, pues, el llamado «principio dispositivo», que no está exento de merecidas críticas por los problemas a que da lugar. Véase: E. García de Enterría, «La primacía normativa del Título VIII de la Constitución. Introducción al estudio del artículo 149 de la Constitución», Civitas R. E. O. A., núm. 33, pág. 289, y S. Muñoz Machado, «Derecho Público de las Comunidades Autónomas», Civitas, 1982, págs. 137 y sig., que expone los criterios más generalizados sobre el tema.

consistente en la exposición de cuantos aspectos de los Estatutos de Autonomía, como normas dotadas de características peculiares, inciden en el Derecho civil. Precisamente la finalidad de este trabajo es llamar la atención de los civilistas hacia estas normas y señalar las cuestiones jurídico-civiles que resultan afectadas por ellas.

Debe hacerse la indicación de que, como punto de partida, se utiliza una concepción amplia del Derecho civil, como Derecho privado general y, más aún, sede de los principios fundamentales de la organización jurídica de la comunidad, centro de los conceptos jurídicos generales; en definitiva «Derecho común». Esto reviste interés porque la gran mayoría de las disposiciones estatutarias que se mencionarán afectan a la llamada parte general del Derecho civil, lo cual es congruente con la naturaleza de los Estatutos de Autonomía, extendiendo su influencia a otras ramas jurídicas (3).

## I. EL DERECHO DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

### 1. *En general.*

La Constitución de 1978 ha proclamado como principio fundamental de la organización estatal el de autonomía, que tiene específica aplicación en el ámbito regional (4) y da lugar a la creación de nuevas entidades políticas, las Comunidades Autónomas. La autonomía hace referencia directa a la potestad de producir normas jurídicas, pero, al mismo tiempo, sólo tiene sentido cuando se utiliza con referencia a una organización o comunidad más amplia en la que se inserta la calificada de autónoma.

Aparece, pues, el principio de unidad no sólo como límite de la autonomía, sino también como punto de partida para llenarla de contenido.

Las Comunidades Autónomas son organizaciones dotadas de poderes normativos de forma que dan lugar a ordenamientos jurídicos especiales, identificables por su origen y por su objeto, las materias competencia de la Comunidad respectiva, pero que se integran en el marco de un ordenamiento más amplio, general, soberano, que comprende a las propias Comunidades Autónomas. Tal es el ordenamiento jurídico estatal, ordenamiento primario y básico.

(3) Las ideas expuestas son comunes en la civilística española; pueden verse en F. de Castro, «Derecho Civil de España», parte general, I, IEP, 1955, página 128; J. L. de los Mozos, «Derecho Civil», I, Bosch, 1978, pág. 39; y, después de la Constitución, J. Puig Brutau, «Introducción al Derecho Civil», Bosch, 1981, págs. 41 y sig.; L. Díez-Picazo y A. Gullón, «Sistema de Derecho Civil», I, Tecnos, 1981, pág. 54, y J. L. Lacruz, obra citada, págs. 45 y sig.

Como exponen los autores citados, la Parte general contiene las instituciones básicas del Derecho, no sólo civil, y en ella se manifiestan con mayor intensidad las relaciones internas de las distintas ramas del mismo y la importancia general de la secular investigación de la doctrina civilista.

(4) Los artículos 2, 137 y 143 p1 se refieren expresamente al derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española.

Así, pues, el Estado español es actualmente un Estado compuesto en el cual las Comunidades Autónomas son subsistemas o subestructuras que forman partes integrantes del sistema o estructura general, el Estado (5). Correativamente coexisten una pluralidad de ordenamientos jurídicos, de los cuales uno, el estatal, es el ordenamiento primario y general, y los demás, los propios de cada una de las Comunidades Autónomas constituidas, son ordenamientos secundarios, derivados. El surgimiento de los ordenamientos comunitarios plantea al jurista dos problemas fundamentales: Determinar su contenido, tanto en cuanto a los tipos de normas que lo integren como respecto a las materias susceptibles de regulación, y descubrir los criterios para su aplicación, sobre todo las relaciones con el ordenamiento estatal.

La indicada pluralidad de ordenamientos jurídicos aplicables en el territorio estatal no constituye un problema desconocido para el Derecho Civil ni para la doctrina civilista española, dado que se ha mantenido hasta el presente la variedad de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional (según expresa el capítulo V, título preliminar del Código civil en su redacción de 1974), así como la tradicional distinción entre el Derecho general y los derechos particulares.

Derecho general es el aplicable a la totalidad del territorio nacional, sin que a tal condición obste su funcionamiento, en ocasiones, como mero derecho supletorio, por reconocerse la aplicación preferente de otras normas.

Por el contrario, los derechos particulares tienen un ámbito de aplicación territorialmente limitado, aunque su aplicación en ciertas materias dependa de un punto de conexión personal (6). La distinción, surgida en la Edad Media para enfrentar el Derecho Común, justiniano, con los «statuta» o derechos propios de las ciudades y países conviene especialmente para marcar las diferencias existentes actualmente en España entre el Derecho estatal y el emanado de las Comunidades Autónomas. Las normas autonómicas son derecho particular, cuya aplicación está territorialmente limitada y dependerá de la existencia del punto de conexión señalado por el Derecho interterritorial, cuyo establecimiento corresponde exclusivamente al Estado.

Esta calificación puede tener relevancia también a otros efectos

---

(5) En las ideas expuestas abundan S. Muñoz Machado, cit. pág. 200 y E. García de Enterría, cit. pág. 284, así como en la 4.<sup>a</sup> ed. de su «Curso de Derecho Administrativo», Cívitas, 1983, págs. 280 y sig. Entre los civilistas se han orientado hacia una configuración semejante del Derecho civil español J. L. Lacruz Berdejo, cit., pág. 102, que se refiere al mismo como una «pluralidad de subestructuras de ámbito territorial limitado», y, sobre todo, E. Roca Trías, en «L'estructura de l'ordenament Civil espanyol», Rev. Jca. de Catalunya, 1983, núm. 1, págs. 125 y sig., que desarrolla criterios ya anunciados en otros trabajos anteriores.

(6) Esta es la opinión generalizada; véase, por ejemplo, en J. Puig Brutau, cit., pág. 61; L. Díez-Picazo y A. Gullón, cit., pág. 44, y J. L. Lacruz, cit., página 129. La sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de abril de 1984 aplica estos criterios a los derechos estatal y autonómico.

(conocimiento y difusión de sus normas, aplicación judicial...), como se verá más adelante.

Por su parte, el Derecho del Estado es un Derecho general, dotado de aplicabilidad general, con una complitud y posibilidades de expansión de las que carecen los derechos particulares. El Derecho estatal contiene los principios que dan unidad, sistematicidad y coherencia al ordenamiento jurídico general, así como las bases de la existencia de los ordenamientos particulares. De ahí que la validez de las normas particulares dependa de su conexión con el ordenamiento estatal y que éste, Derecho completo, permanezca como supletorio de los derechos de las Comunidades Autónomas (7).

La caracterización realizada, aparte de las consecuencias que de ella derivan para la aplicación del derecho autonómico, pone de manifiesto las peculiaridades del llamado «Estado de las Autonomías», frente a los sistemas federales, pues en ellos el ordenamiento federal no cumple todas las funciones características del Derecho general (especialmente la supletoriedad, por no ser sistema jurídico completo).

## 2. *Los Estatutos de Autonomía.*

Para el nacimiento de las Comunidades Autónomas es preciso que sean dictadas normas jurídicas peculiares, los Estatutos de Autonomía; ellos desarrollan las previsiones constitucionales de autonomía regional y posibilitan la construcción de los ordenamientos jurídicos territoriales a que antes se ha hecho referencia.

Indica la Constitución, y cada uno de los Estatutos lo ha reiterado, que son la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma, de modo que vienen a desempeñar el papel de Carta regional (8), estando a la cabeza del derecho autonómico. Su posición es, pues, en la esfera regional, semejante a la que ocupa la Constitución respecto al ordenamiento estatal.

Cuestión discutida es la referente a la naturaleza regional o estatal de los Estatutos, cuya resolución se ha pretendido enturbiar exagerando el alcance de la intervención de órganos territoriales en la elaboración de algunos de ellos y en su reforma. No obstante, la regulación constitucional es clara; los Estatutos de Autonomía son «parte integrante» del ordenamiento jurídico del Estado y revisten la forma de Leyes Orgánicas, aunque están sujetos a un procedimiento especial de elaboración, tramitación y reforma.

Sólo puede descubrirse una cierta mixtificación en las funciones que cumple la norma estatutaria, ya que, al mismo tiempo, es Ley estatal, perteneciente por completo al ordenamiento jurídico del Estado, y soporte, norma fundamental del ordenamiento autonómico, al

(7) Así, el apartado 3 del artículo 149 de la Constitución dispone la supletoriedad, «en todo caso», del derecho estatal respecto del autonómico.

(8) Como señaló N. Pérez Serrano en «La Constitución española de 9 de diciembre 1931», Antecedente, texto, comentarios. Ed. Rev. Dech. Privado. 1932, pág. 91; observación plenamente aplicable a los Estatutos actuales.

que encabeza, pero ello se debe precisamente a su condición de nexo de unión entre los dos ordenamientos, principal y derivado.

Por su contenido, los Estatutos son normas esencialmente políticas. La Constitución prevé que en ellos se regule: La denominación de la Comunidad Autónoma, delimitación de su territorio, las instituciones autónomas propias y las competencias asumidas, además del procedimiento de reforma. Obviamente la regulación que se establezca al respecto incidirá en todas las ramas del ordenamiento jurídico, entre ellas en el Derecho Civil, pues a los Estatutos corresponde atribuir competencias en la materia a la Comunidad, si es posible con arreglo a la Constitución, y distribuir las potestades correspondientes entre sus órganos. Estos aspectos de las normas estatutarias revisten especial importancia si se tiene en cuenta el principio dispositivo que informa la Constitución, en cuanto a la organización y competencias autonómicas, pues la norma fundamental se limita a diseñar un marco de obligado respeto, remitiendo a los Estatutos la fijación del contenido de la autonomía.

Los Estatutos son, además, la sede normal de las normas que atribuyen competencias a las Comunidades Autónomas; aparte de ellos sólo las «leyes marco» y las leyes de transferencia o delegación previstas en el artículo 150 (apartados 1 y 2) de la Constitución son cauce adecuado para realizar tal atribución.

Por el contrario, no es misión suya reservar competencias al Estado, ni desarrollar los preceptos constitucionales reguladores de éstas, aunque coincidan con su contenido, por tratarse de materias ajenas a los Estatutos.

La posición intermedia que ocupan los Estatutos en el ordenamiento jurídico tiene importantes consecuencias. Por una parte, son normas derivadas directamente de la Constitución y subordinadas a ella, cuyos preceptos no pueden vulnerar, so pena de incurrir en vicio de inconstitucionalidad. En consecuencia, como ocurre con cualquier otra norma, los Estatutos han de ser interpretados conforme a la Constitución, y así ha tenido ocasión de señalarlo el Tribunal Constitucional (9).

Por otra, son normas que integran el llamado «bloque de la constitucionalidad», de modo que se utilizan como parámetro para juzgar sobre el ajuste a la Constitución de las restantes normas del ordenamiento. Respecto de las normas autonómicas, dictadas en ejecución de las competencias atribuidas por los Estatutos, la superioridad de éstos es propiamente jerárquica, por lo que cualquier vulneración de

---

(9) Lo destacan E. García de Enterría, cit., pág. 279, «Curso...», pág. 288, y, con aplicación en la materia civil, R. Bercovitz y Rodríguez-Cano en «Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil», ponencia presentada al I Congreso de Derecho Vasco, San Sebastián, 1982, página 62. La sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de mayo de 1982 es tajante sobre esta cuestión: «... el Estatuto de Autonomía, al igual que el resto del ordenamiento jurídico, debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución...».

sus preceptos acarrea la nulidad de pleno derecho de las normas subordinadas.

La disposición adicional primera de la Constitución, al establecer que la propia norma fundamental «ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales», ha pretendido interpretarse como habilitadora de un cauce especial para alcanzar una autonomía política no sujeta a los límites constitucionales, procedimentales y materiales. Sin embargo, tal disposición precisa suficientemente que la actualización foral sólo puede llevarse a cabo «en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía».

La disposición adicional tenía unos destinatarios específicos, el País Vasco y Navarra, y un alcance limitado, el régimen foral administrativo, político y fiscal de que disfrutaban estas regiones a principios del siglo XIX, pero su tenor literal ha permitido que fuese utilizada para otros fines, entre ellos el particularismo en materia civil, que se tratará más adelante.

En términos generales, el foralismo histórico y su contenido competencial se fijan como meta para la futura evolución del régimen autonómico en los Estatutos del País Vasco y de Aragón (10). No obstante, la remisión expresa hecha por los mismos al ordenamiento jurídico y a la disposición adicional primera de la Constitución para llevar a cabo la actualización de los Fueros borra la idea de tercera vía para la autonomía que, en principio, parecían suponer. Las disposiciones estatutarias deben entenderse, pues, reducidas a una formulación de propósitos y, como máximo, a una predeterminación de contenidos competenciales y organizativos, que sólo serán alcanzables en la medida y por los cauces regulados por la Constitución.

Distinto es el caso de Navarra, región que ha alcanzado la autonomía no mediante un Estatuto, sino con la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento de su régimen foral. Los autores navarros consideran que su foralismo es preconstitucional, no está sometido a los límites de la norma fundamental, ni se basa en ella, sino en el pacto político plasmado en la Ley de 16 de agosto de 1841, e interpretan la repetida disposición adicional primera como una confirmación de tal situación. Esta interpretación, sobre incurrir en inexactitudes históricas, privaría de fundamento a la Ley Orgánica, viciándola de inconstitucionalidad.

La disposición constitucional es clara al no admitir más cauce para la autonomía regional, aunque suponga una actualización foral, que el Estatuto de Autonomía, sujeto a los requisitos que establece la Cons-

---

(10) Afirmandose que «la aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica la renuncia del pueblo aragonés (vasco) a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, los que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establece la disposición adicional primera de la Constitución». Disposición adicional del Estatuto del País Vasco y adicional quinta del Estatuto aragonés. Parecido significado tiene la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra, aunque la situación de esta región es peculiar.

titución misma. Así, pues, la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento, que es una Ley estatal sometida a la Constitución sólo puede ser válida si se entiende que es materialmente un Estatuto de Autonomía, con cuyo contenido coincide el de la Ley (11). En cualquier caso, no puede dudarse de que la Ley Orgánica y el régimen de autonomía navarro están sometidos y condicionados por las disposiciones constitucionales, debiendo aplicárseles el principio general de interpretación de sus preceptos conforme a éstas.

### 3. *Las fuentes del Derecho en las Comunidades Autónomas.*

La Constitución, utilizando unos términos y sintaxis confusos, reservó a la competencia exclusiva del Estado la determinación de las fuentes del Derecho, pero con respeto a las normas del derecho foral o especial (art. 149 p.º num. 8, final). De esta atribución, su sentido y eficacia, han sido discutidos múltiples aspectos, especialmente si se reservaba también al Estado la jerarquización de las fuentes y no sólo su enunciación, si las Comunidades Autónomas podrían regular un sistema de fuentes para su ordenamiento particular, incluso aunque careciesen en su actual régimen foral de especialidad alguna respecto al sistema del Código Civil y si esta competencia autonómica tendrá una eficacia superior a los límites marcados por su derecho civil foral (12).

Parece claro que el precepto constitucional con su peculiar salvedad, fue introducido para salvar la vigencia de las normas sobre fuentes contenidas en las Compilaciones forales aragonesa y navarra. No obstante, la innecesariedad del precepto, a tales efectos, ha propiciado que se intente asignarle un sentido distinto y contrario: Competencia autonómica en la materia y obligado respecto del Estado a lo que las Comunidades Autónomas establezcan. Así se llega, pues, a desvirtuar la re-

---

(11) Refleja bien la postura foralista J. Alvarez-Sala, en su informe sobre el Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución, celebrado en Zaragoza en 1981, que publicó el Anuario de Derecho Civil, XXXV-II, pág. 383. Allí resume la intervención de F. Salinas Quijada pretendiendo una independización del Derecho navarro que no fue admitida en las conclusiones del Congreso.

Sobre la naturaleza estatutaria del Amejoramiento, véase: S. Muñoz Machado, cit., págs. 260, 276 y 287 y la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de febrero de 1984, cuyo fundamento jurídico tercero desarrolla con claridad este criterio. La postura de los autores navarros puede verse en M. Pulido Quevedo: «En torno a la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra: Su sistema de competencias», RAP, núm. 99, páginas 155 y sig.

(12) Tratan del tema especialmente, J. J. López Jacoiste en «Constitucionalismo y codificación civil», Lecturas sobre la Constitución Española, II, UNED, 1978, pág. 606; E. Roca Trias, «El Derecho Civil catalán en la Constitución de 1978», Rev. Jca de Cat., 1979, pág. 33; J. Delgado Echeverría, «Los Derechos Civiles Forales en la Constitución», misma Rev., 1979, pág. 662, C. Lasarte, «Autonomías y Derecho Privado en la Constitución Española», Cívitas, 1980, pág. 137; y en mi trabajo, «Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas», de la obra La Constitución Española y las Fuentes del Derecho, I.E.F., 1979, pág. 766.

serva estatal que, sin duda, es el punto básico del precepto de la Constitución.

Los Estatutos de Autonomía no han recogido determinaciones claras sobre el tema de las fuentes, aunque sirven para resolver definitivamente algunas de las cuestiones planteadas. Debe señalarse, en primer lugar, que ni el Estatuto aragonés ni el Amejoramiento navarro contienen precepto alguno que haga alusión a las fuentes del Derecho. Ello se debe, sin duda, a que la conservación o modificación de su sistema vigente, plasmado en sus Compilaciones, se entienden atribuidas a sus instituciones regionales, junto con las restantes normas de su Derecho foral.

Sí se refieren al tema los Estatutos catalán, gallego y balear. Los dos primeros repiten la siguiente disposición: «En la determinación de las fuentes del Derecho civil, se respetarán por el Estado las normas de Derecho civil catalán (gallego)».

El Estatuto balear es aún más enigmático, al decir: «En la determinación de las fuentes del Derecho civil especial de las islas Baleares se respetarán las normas que en el mismo se establezcan» (13).

Los textos estatutarios son, por consiguiente, tan defectuosos e imprecisos como la Constitución, debiendo extraerse su posible sentido de un examen conjunto de todos ellos.

Dos criterios son seguros; primero, que en materias de Derecho no civil, sea público o privado, la regulación de las fuentes jurídicas corresponde en exclusiva al Estado. En especial, el artículo 1.º del Código Civil, que es aplicable en general a todas las materias jurídicas, tiene vigencia en todo el territorio español y sólo se encuentra limitado por las regulaciones discrepantes que existan en los Derechos civiles forales. Segundo, que las especialidades que existan en esta materia en regiones forales sólo podrán afectar a su Derecho civil foral y no al Derecho general del Estado, aunque se aplique en el territorio.

En sentido positivo, la Constitución y los Estatutos expresan que es posible la existencia de sistemas de fuentes civiles en materia foral que difieran de la ordenación general del Estado y que la determinación de las fuentes jurídicas en España, es decir, el señalamiento de las fuerzas sociales con propia potestad normativa creadora en el territorio del Estado, corresponde al propio Estado. De acuerdo con ello, la fijación de las fuentes del Ordenamiento jurídico general deberá respetar las fuentes peculiares de los sistemas forales y no podrá, por tanto, suprimir una fuente del Derecho propia de aquéllos. Precisamente esta consideración, unida al respeto de los regímenes forales declarado por la Constitución (disposición adicional primera), hace que deba defenderse la vigencia actual de la costumbre «contra legem» en los Derechos forales que la reconozcan como fuente jurídica (14).

(13) Artículos 26 p3 del Estatuto de Cataluña, 38 p3 del gallego y 47 p2 del de las Islas Baleares.

(14) La cuestión ya se apuntó por L. Díez-Picazo, en «Constitución y Fuentes del Derecho», en *La Constitución española y las fuentes...*, cit., págs. 656 y sig., llegando E. Roca Trías a la conclusión de que el principio de legali-

Tema no resuelto es si las Comunidades Autónomas carentes en la actualidad de un sistema particular de fuentes en materia foral podrán establecerlo. Los Estatutos catalán y gallego parecen suponerlo, al hacer referencia a unas normas particulares que deberán ser respetadas por el Estado. Dado que en Cataluña y Galicia rige actualmente el régimen general de fuentes (15) sólo cabe entender que se trata de normas futuras que dictará la Comunidad Autónoma en ejercicio de su competencia sobre el respectivo Derecho Civil foral. Más dificultades ofrece el texto del Estatuto balear, pues parece contradictorio reconocer la existencia de una competencia ajena sobre las fuentes del Derecho civil especial de las islas Baleares y luego someterla a las normas del propio Derecho civil especial. Por ello, la única solución admisible consiste en atribuir el mismo sentido a los tres preceptos estatutarios y siempre subordinados a la norma constitucional. A ésta, además, quedan directamente ordenadas las restantes Comunidades Autónomas forales que carecen de referencia estatutaria al régimen de las fuentes del Derecho.

En definitiva, cabe entender que en las regiones forales será competencia de la Comunidad Autónoma el establecimiento de un sistema de fuentes particulares, siempre que el mismo forme parte de su Derecho foral, respecto del cual les corresponde su conservación, modificación y desarrollo. Las normas que al efecto se dicten sólo afectarán a las materias del Derecho Civil foral correspondiente y deberán ser respetadas por el Estado cuando determine las fuentes jurídicas del ordenamiento general. Es obvio que, ante este régimen, carece de relevancia que los Estatutos de Autonomía hagan referencia o no al sistema de fuentes, pues, aparte de que los textos examinados no contienen realmente una atribución de competencias en la materia, debe entenderse que ésta forma parte, en cada caso, del Derecho civil foral de la región (16).

dad, proclamado constitucionalmente, hace imposible admitir la costumbre contra ley en Cataluña (en «L'estatuti el dret civil», Jornades sobre l'estatut d'autonomía de Catalunya, Barcelona, 1980, pág. 31). Obviamente, esta conclusión sería aplicable a los regímenes forales que recogen la costumbre contra ley, también sometidos a la Constitución.

(15) Frente a la interpretación que hace E. Roca Trías de la disposición final 2 de la Compilación catalana de 1960, manipulando su texto en «El Código Civil y los Derechos nacionales, en especial el Derecho Civil Catalán», Rev. Jca. de Cat., 1977, pág. 540. A este respecto deben tenerse en cuenta las innovaciones realizadas por la Ley 13/1984, de 20 de marzo, de la Generalidad, modificando el artículo 1 y la disposición final 2.<sup>a</sup> (ahora 4.<sup>a</sup>) de la Compilación, en el sentido propugnado por los foralistas citados.

(16) Los textos estatutarios han sido ya objeto de varios estudios, principalmente, en cuanto afecta al tema que se examina: E. Roca Trías, «L'estatut i el dret civil», cit.; J. Delgado Echeverría, «La potestad legislativa de la Generalidad de Cataluña sobre el Derecho Civil Catalán», pág. 50; A. Celaya Ibarra, «El Estatuto Vasco y la legislación civil foral», pág. 61; J. Cerdá Gimeno, «La competencia legislativa en materia de Derecho Privado de Baleares», pág. 99, y R. Faus Esteve, «L'esdevenidor del Dret Civil de Catalunya», página 117, todos recogidos en el tomo de las Jornades... antes citado. Además, E. Serrano Alonso, «Las fuentes del ordenamiento jurídico en el Derecho Vasco», comunicación al I Congreso de Derecho Vasco, y J. M. Quintana, «Derecho Civil y sistema de fuentes en el Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares», Rev. Cr. de Decho. Inmob., núm. 554/1983, pág. 184 y sig.

#### 4. *La legislación autonómica.*

La concesión de verdadera autonomía política a las nacionalidades y regiones en base a la Constitución implica que las comunidades Autónomas deban ostentar potestades normativas, es decir, poderes para dictar normas jurídicas de carácter general, tanto de rango superior, legal, como subordinado, por emanar de la Administración propia y ser, así, reglamentos.

En la actualidad es ya indudable que las Comunidades Autónomas ostentan potestad legislativa; la falta de una explícita y general determinación constitucional, que pudo suscitar alguna discusión doctrinal, ha sido superada por los Estatutos de Autonomía que, sin excepción, atribuyen poderes legislativos a los Parlamentos regionales, Asambleas u órganos equivalentes. No se ha introducido, en este concreto punto, ninguna diferencia entre las Comunidades.

De este modo, la potestad legislativa autonómica constituye una atribución estatutaria y no un imperativo constitucional, salvo respecto a las Comunidades cuyo Estatuto se tramitó a través del procedimiento regulado en el artículo 151 de la Constitución, en las que debía existir necesariamente una Asamblea legislativa (art. 152 de la norma fundamental) y, en cualquier caso, la determinación del ámbito material de ejercicio de dicha potestad corresponde hacerla al Estatuto respectivo dentro de los límites constitucionales. Resulta así clara la subordinación de la legislación autonómica no sólo a la Constitución, sino al propio Estatuto de Autonomía, en el que basa inmediatamente su validez (17).

Consecuencia directa de la potestad legislativa autonómica es que la tipología de normas legales se vea enriquecida por una nueva modalidad, las leyes autonómicas, y que los conceptos o definiciones doctrinales de la Ley deban ser ampliados para comprender a dichas leyes, que difieren esencialmente de las estatales por ser emanación de los órganos regionales que señalen los Estatutos de Autonomía. La diferencia del origen de las normas se refleja en otros aspectos de las mismas, como luego se examinará, pero no entraña una distinción sustancial. Las leyes autonómicas son disposiciones generales de rango superior que pueden derogar, sustituir o modificar leyes estatales y cubrir los casos de reserva de ley establecidos por la Constitución o, máxime, por los Estatutos de Autonomía. Las limitaciones que afectan a las leyes autonómicas son simplemente de eficacia y derivan de la propia naturaleza del Derecho de las Comunidades Autónomas como particular, o bien del carácter tasado de las materias sobre las que éstas pueden legislar. Esta última limitación simplemente resulta del principio de competen-

---

(17) Por ello no parece exacta la opinión de J. L. Lacruz (cit., pág. 155) recogiendo la tesis de Badosa de que se trata de una competencia constitucional. Precisamente el artículo 149 de la Constitución establece límites a las competencias asumibles por las Comunidades y su apartado 3 expresa con claridad lo ineludible de su atribución estatutaria, pues, en otro caso, tales competencias corresponden al Estado.

cia, rector fundamental del funcionamiento de las Comunidades Autónomas. Así configurado el sistema, no existirá relación de jerarquía entre las leyes estatales y las autonómicas, salvo en los casos concretos en que una ordenación de este tipo resulte de la Constitución.

Buena parte de los criterios expuestos son trasladables a las normas reglamentarias emanadas de las Comunidades Autónomas, que, por otra parte, están sujetas al régimen general característico de los Reglamentos (18).

Los Estatutos de Autonomía, al regular los poderes de la respectiva Comunidad, se refieren a la potestad legislativa y al órgano que debe ejercerla; así como a la potestad reglamentaria regional, aunque, a veces, de forma menos explícita. Con mayor detenimiento se regulan los requisitos formales de las leyes autonómicas, e incluso el régimen de su entrada en vigor, siendo conveniente la exposición separada de las sucesivas etapas objeto de regulación. Obviamente el procedimiento legislativo completo no se regula por ningún Estatuto, acertadamente, pues no es materia propia de estas normas.

a) *La sanción de las leyes.* La Constitución de 1978 configura la sanción como un acto procedente del Rey (arts. 62 a) y 91) y distinto, al menos formalmente, de su promulgación. Es evidente que ello no supone volver a las antiguas construcciones del principio monárquico ni de configurar un veto regio, sino que la sanción es un mero requisito formal y de emisión obligatoria dentro de un plazo tasado.

Frente a este régimen, los Estatutos de Autonomía omiten toda referencia a la sanción de las leyes autonómicas, probablemente por considerarse incluida en la promulgación. La sanción no puede tener hoy más significado que ser un trámite formal para que la nueva disposición se incorpore al ordenamiento jurídico y, así, es difícilmente separable de la promulgación.

En definitiva, la sanción de leyes autonómicas deberá entenderse incorporada a su promulgación.

b) *La promulgación.* También la Constitución atribuye al Rey la función de promulgar las leyes, como acto solemne por el que atestigua la existencia de la ley y ordena a las autoridades que la cumplan y hagan cumplir.

Este acto, también mero requisito formal, pues no afecta al contenido de la norma, sí se regula por los Estatutos de Autonomía en relación con las leyes regionales. La promulgación de éstas se hará en nombre del Rey, por el presidente de la Comunidad Autónoma respectiva; sistema éste recogido por los Estatutos y único compatible con la atribución Constitucional. Sólo existe una discrepancia en el Estatuto del

---

(18) Las exposiciones generales sobre estos temas se realizan por E. García de Enterría y T. R. Fernández, cit., págs. 255 y sig.; S. Muñoz Machado, cit., pág. 388 y «Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas», Cívitas, 1979; L. Díez-Picazo y A. Gullón, cit., pág. 123; J. L. Lacruz, cit., pág. 103 y J. Tomás Villarroya, «Las fuentes del Derecho en las Comunidades Autónomas», en la obra *La Constitución Española y las fuentes...*, cit., pág. 156.

País Vasco, que no hace remisión a la actuación en nombre del Rey; sin embargo, la necesidad de interpretar el texto conforme a la Constitución debe imponer para esta Comunidad Autónoma el régimen generalizado (19).

Algunos textos estatutarios imponen un plazo de quince días, contados desde la aprobación de la Ley, para que desarrolle su actuación el presidente de la Comunidad. Tal plazo es, evidentemente, un reflejo del establecido por la Constitución para la sanción real (art. 91), pero en su traslado a los Estatutos se han producido diferencias carentes de sentido. Existen, así, Estatutos que no establecen plazo alguno al respecto (20), otros que fijan el plazo de quince días para que el presidente de la Comunidad promulgue y ordene la publicación de las leyes (21) y dos que suponen sendas especialidades. El Estatuto de la Región de Murcia es, probablemente, el más ajustado al modelo constitucional, pues señala que las leyes serán promulgadas en el plazo de quince días desde su aprobación (art. 30), mientras que el de la Comunidad Valenciana impone el plazo a un acto o requisito formal distinto, como es la publicación de la Ley (art. 14, p. 6).

Parece obvio señalar que la disparidad en las regulaciones de un mismo aspecto del procedimiento de creación de las leyes carece de justificación y es un claro motivo para criticar el proceso seguido en la elaboración de los Estatutos de Autonomía. A pesar de todo, y en relación con el tema expuesto, las discrepancias indicadas por afectar sólo a las actuaciones de los órganos autonómicos, carecen de consecuencias prácticas.

c) *La publicación.* La publicidad de las normas es una garantía proclamada por la Constitución (art. 9, p. 3), interesándonos, en este momento, señalar cómo se cumple esta exigencia respecto a las normas escritas que integran el Derecho autonómico (22).

La publicación oficial de las normas da fe de su existencia y contenido y, precisamente, es nota característica de las normas autonómicas la ordinaria dualidad de su publicación.

Ya se indicó anteriormente que corresponde al presidente de cada Comunidad ordenar la publicación de las leyes, fijándose, en algunos Estatutos, un plazo concreto para que actúe en este sentido. Claro está que la publicación material corresponde a los órganos ejecutivos de la

(19) El régimen general se contiene en los artículos 33 p2 del Estatuto Catalán, 13 p2 del gallego, 31 p2 del andaluz, 31 p2 del asturiano, 15 p2 del cántabro, 21 p1 del de La Rioja, 30 p2 del murciano, 14 p6 del valenciano, 20 p1 del aragonés, 12 p2 del de Castilla-La Mancha, 11 p7 del canario, 52 p1 del extremeño, 27 p2 del de las Islas Baleares, 41 p1 del madrileño, 14 p3 del de Castilla-León y 22 del Amejoramiento navarro.

El precepto discrepante es el artículo 27 p5 del Estatuto para el País Vasco.

(20) Son los de Galicia, Cantabria, La Rioja, Castilla-La Mancha, Extremadura, Madrid y Castilla-León.

(21) Los Estatutos del País Vasco, Cataluña, Andalucía, Asturias, Aragón, Baleares y el Amejoramiento navarro.

(22) Obviamente, la costumbre y los principios generales del Derecho tienen unas formas de conocimiento o publicidad distintas y características.

Comunidad, igual que ocurre en el ámbito estatal (el Rey simplemente ordena la publicación, artículo 91 de la Constitución).

Pues bien, las disposiciones de las Comunidades Autónomas suelen ser objeto de doble publicación, en el «Boletín Oficial de la Comunidad» y en el «Boletín Oficial del Estado». Así lo disponen tajantemente y sin excepción todos los Estatutos para las leyes aprobadas por los Parlamentos o Asambleas regionales, que, por tanto, han de insertarse en ambos periódicos oficiales, sin perjuicio del régimen de su entrada en vigor (23).

La dualidad puede suscitar algún problema cuando las leyes sean publicadas en algún idioma regional, además de en castellano; por ello, los Estatutos de Cataluña y Baleares atribuyen la condición de versión oficial castellana a la realizada por la propia Comunidad Autónoma (24).

Para las normas reglamentarias dictadas por las Administraciones Autonómicas la doble publicación no es, sin embargo, regla general, sino que los Estatutos difieren notablemente entre sí. En casos limitados se prevé también la publicación en el «Boletín Oficial del Estado», incluso con alguna restricción; otras veces los Estatutos se remiten a lo que establezca la normativa estatal o no regulan esta cuestión, con lo que, en principio, los reglamentos autonómicos quedan excluidos de publicación a nivel estatal (25).

La disparidad de regulaciones en esta materia, carente también de justificación, tiene importancia por su conexión con la aplicación de las normas por las autoridades y Tribunales. Parece, en efecto, que el principio «iura novit curia» sólo podrá actuar en relación con órganos que tengan su sede en el territorio donde la norma en cuestión haya sido publicada oficialmente. La pretensión de aplicación extraterritorial de una norma autonómica no publicada en el «Boletín Oficial

(23) Tiene interés señalar la irregularidad con que la doble publicación y, concretamente, la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de las leyes autonómicas, viene produciéndose. Es notable la ausencia en dicho «Boletín» de las leyes del País Vasco, a pesar de que buen número de ellas y de gran importancia han sido promulgadas y publicadas normalmente en el «Boletín Oficial del País Vasco». Por el contrario, las leyes emanadas de las restantes Comunidades se encuentran en el «B.O.E.», aunque con cierto retraso.

(24) Artículos 33 p2 del Estatuto catalán y 27 p2 del balear, este último de redacción más precisa. La Ley 7/1983, de 18 de abril, de Normalización lingüística en Cataluña indica que el Parlamento Catalán hará la versión oficial castellana de las leyes que apruebe y que el texto catalán será el auténtico para resolver dudas (art. 6).

(25) Al primer grupo pertenecen los Estatutos asturiano y madrileño; al segundo, los de Cataluña, Valencia, Extremadura y Baleares. El tema se regula más detallada y completamente en las diversas leyes autonómicas sobre el régimen de su administración propia. De ellas ha publicado el «B. O. E.» las de Cataluña, de 23 de marzo de 1982; de Asturias, de 24 de mayo; de Cantabria y Murcia, de 4 y 18 de octubre, todas del mismo año; de Canarias, de 18 de abril, de Navarra de 11 de abril, de Andalucía, de 21 de julio, de Valencia, de 30 de diciembre, éstas de 1983. Véase también la ley aragonesa de 28 de septiembre de 1983, sobre la iniciativa legislativa ante las Cortes de Aragón, que llega a regular la promulgación, publicación y entrada en vigor de las leyes que aprueben.

del Estado» requerirá que se acredite su contenido y vigencia, de modo semejante a como sucede con el Derecho extranjero (art. 12, pág. 6, del Código civil). Esta conclusión sólo podría superarse con la elaboración de una ley estatal que regulase el tema, en ejercicio de la competencia exclusiva del Estado para regular la aplicación de las normas jurídicas (art. 149, pág. 1, núm. 8, de la Constitución) y sin que suponga una modificación de los Estatutos de Autonomía que, como se indicó, sólo se refieren limitadamente al mismo.

d) *Entrada en vigor de las leyes.*—Aunque no se trata ahora de un requisito formal de las leyes, su entrada en vigor está tan íntimamente vinculada a la publicación que los Estatutos de Autonomía contienen disposiciones al respecto, aunque no se trate, en realidad, de una materia estatutaria.

La entrada en vigor de las leyes se regula actualmente de forma general por el artículo 2, p. 1, del Código civil, precepto aplicable en todo el territorio nacional y a todo tipo de normas escritas, cualquiera que sea su rango y contenido. Surgido un Derecho autonómico, emanado de las propias Comunidades y dotado de un medio territorial de publicación, era menester llevar a cabo una adaptación del precepto del Código a las peculiaridades de las normas autonómicas. Tal adaptación, factible por vía interpretativa, es lo que pretenden realizar la mayoría de los Estatutos de Autonomía cuando, en relación con las leyes de la Comunidad, disponen: «a efectos de su entrada en vigor, regirá la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma» (26). Con ello parece establecerse que, para el cómputo del plazo de «vacatio legis» previsto en el Código civil, se atienda como «dies a quo» al de publicación de la ley en el Boletín o Diario Oficial de la Comunidad, no al de publicación en el «Boletín Oficial del Estado», lo cual es totalmente lógico y adecuado.

Pero hay Estatutos discrepantes; unos con diferencias de poca importancia, porque son reconducibles al sistema general, como el asturiano, que no regula esta materia, o los de Cantabria y Extremadura, que innecesariamente, indebidamente aún, repiten el texto del Código civil con la previsión de un plazo de «vacatio» de veinte días, salvo disposición contraria (arts. 15, p. 2, y 52, p. 2, respectivamente). Otros textos estatutarios se separan más del régimen general; son el Estatuto de La Rioja, que remite la entrada en vigor de las normas a los veinte días siguientes a su última publicación (art. 21, p. 2), con lo que la doble publicación juega como requisito de eficacia y, sobre todo, el Estatuto de Madrid, que suprime la «vacatio legis». Las leyes madrileñas, por virtud de un error del Estatuto, entrarán en vigor forzosamente el día de su publicación en el «Boletín Oficial de la Comunidad» y no es admisible ninguna disposición en contrario (art. 41, p. 1).

---

(26) Estos son los términos con que se expresan los Estatutos, aunque a veces aluden la vigencia, en vez de la entrada en vigor. Véanse en los artículos de los respectivos textos, citados en la anterior nota 19.

Este es el tema en que las discrepancias de los Estatutos revisten mayores consecuencias prácticas; sobre todo porque el proceder adecuado de la gran mayoría de ellos contrasta con la singularidad del Estatuto madrileño que, además, se separa injustificadamente de la regulación tradicional de la materia y fija una regla excesivamente rígida, sin duda no querida por el legislador.

Por otra parte la existencia de regímenes singulares en esta materia resulta incongruente con la reserva constitucional al Estado de la regulación de la aplicación y eficacia de las normas jurídicas (art. 149, p. 1, núm. 8). Ciertamente es que los Estatutos de Autonomía son leyes estatales, pero la reserva de una materia al Estado persigue especialmente que sea regulada de forma unitaria y uniforme en todo el territorio nacional, no en los Estatutos, que son normas particulares. La propia naturaleza y función de las normas estatutarias imponen que no se integren en ellos regulaciones de materias no transmisibles a las Comunidades Autónomas o reservadas a la competencia estatal, so pena de vulnerar el espíritu del texto constitucional (27).

Producida, sin embargo, la regulación de estas materias en los Estatutos debe buscarse algún sistema para lograr su uniformidad. Obviamente el procedimiento más correcto y eficaz sería la reforma de los Estatutos discrepantes y su reconducción al régimen general, pero dada la superrigidez característica de estas normas, es utópico pensar en su viabilidad. No es utilizable, además, en estos casos el cauce de las leyes de armonización, reguladas en el artículo 150, p. 3, de la Constitución, ya que nos encontramos en una materia de competencia estatal no autónoma (28).

Por consiguiente, sólo pueden señalarse dos caminos posibles y no del todo satisfactorios: uno partiría de entender que la regulación de la entrada en vigor de las normas es, por naturaleza, extraestatutaria y, por tanto, aunque se incluya en el texto, no resulta amparada por su rigidez especial, por lo que una norma estatal ordinaria que estableciese nuevos criterios se impondría al texto formalmente estatutario. Este criterio es de difícil admisión, pues podría implicar un fraude a los preceptos reguladores de la reforma de los Estatutos (29).

---

(27) Así lo indicaba D. Nicolás Pérez Serrano para los Estatutos previstos en la Constitución de 1931, cit., pág. 94, y sus observaciones son perfectamente adecuadas al régimen constitucional vigente.

(28) Sobre los supuestos necesarios para que sea admisible el empleo de las leyes de armonización se ha extendido el Tribunal Constitucional en su reciente sentencia sobre la LOAPA, de 5 de agosto de 1983, señalando que el Estado no puede dictar leyes armonizadoras si dispone de otros títulos específicos previstos en la Constitución para dictar la regulación de que se trate, pues el artículo 150.3 de la misma constituye una norma de cierre del sistema.

(29) A las normas de carácter no estatutario recogidas en los Estatutos, como las que nos ocupan, se refiere S. Muñoz Machado, cit., pág. 300, indicando que condicionan el contenido de la futura normación estatal, pero también alude más adelante (pág. 311) a las reformas «extra ordinem» del Estatuto.

La cuestión planteada en estos casos es similar a la originada por la in-

El otro camino consistiría en realizar una interpretación correctora de las disposiciones estatutarias, pero así sólo podría llegarse, como mucho, a flexibilizar el régimen del Estatuto madrileño, haciendo posible que cada ley regional dispusiese el tiempo de su entrada en vigor y nunca a lograr la debida uniformidad en esta materia.

### 5. *Otras fuentes del Derecho.*

El Derecho de las Comunidades Autónomas constituye un sistema integrado no sólo por normas escritas, sino también por las normas de otra forma y origen admitidas en el ordenamiento jurídico general. Son escasas las referencias y la incidencia de los Estatutos de Autonomía sobre estas otras normas, pero debe hacerse alusión a las mismas, que afectan al Derecho consuetudinario, a los principios generales del Derecho y a la jurisprudencia.

a) *Derecho consuetudinario.*—Tanto las costumbres locales como las regionales o comarcales, por su condición de Derecho particular con vigencia en el territorio de una Comunidad Autónoma, debe entenderse que forman parte del Derecho de ésta.

Algunos Estatutos de Autonomía al referirse a un Derecho consuetudinario de la región, reconocen, en primer lugar, su existencia y después determinan las actuaciones que deba realizar la Comunidad en relación con él. En cualquier caso no se altera la naturaleza de las costumbres por obra del Estatuto, sino que continúan siendo fuente independiente del Derecho, pero subordinadas a las leyes (salvo las indicaciones que se hicieron más arriba respecto a los Derechos forales) y de condición secundaria.

b) *Principios generales.*—Los Estatutos de Autonomía plantean, a este respecto, cuestiones semejantes a la Constitución. Como norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma, fijan objetivos, finalidades, criterios rectores de funcionamiento que, conjugados con los principios constitucionales, alcanzan la condición de principios generales del Derecho autonómico como principios políticos.

c) *Jurisprudencia.*—La Constitución de las Comunidades Autónomas ha tenido reflejo en la organización del Poder Judicial fundamentalmente con la previsión en los Estatutos de la creación de Tribunales Superiores de Justicia. Estos Tribunales de establecimiento generalizado en todas las Comunidades Autónomas (salvo en la Rioja), cuando entre en vigor la Ley Orgánica Judicial, que sustituya a la vigente y más que centenaria, ostentarán jurisdicción sobre el territorio completo de cada Comunidad, pudiendo plantearse la cuestión de si crearán verdadera jurisprudencia con sus resoluciones.

---

clusión en una Ley Orgánica de materias no reservadas a normas de este tipo, aunque conexas. A este respecto, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 13 febrero 1981, sobre el Estatuto de Centros Escolares, indicó: Primero, que las materias conexas reguladas quedaban también sometidas a la congelación de rango, y segundo, que este régimen sólo podía excluirse por la propia Ley Orgánica, señalando sus preceptos modificables por la Ley ordinaria, o por el propio Tribunal en la correspondiente sentencia.

Aunque con las limitaciones derivadas de la falta de precisión de las competencias que ostentarán estos Tribunales y con la apoyatura principal de los textos estatutarios, que delimitan el ámbito de competencias de los órganos jurisdiccionales con sede en el territorio autonómico, este tema fue abordado en otro trabajo anterior (30), por lo que bastará con señalar aquí las conclusiones obtenidas, que están sujetas además a lo que, en definitiva, establezca la citada Ley Orgánica.

Sin necesidad de hacer referencia, siquiera a la reiterada discusión sobre la naturaleza de la jurisprudencia, cabe señalar, a la luz de la Constitución y de los Estatutos, que los Tribunales Superiores de Justicia, al ver sus resoluciones sometidas al ulterior recurso de casación ante el Tribunal Supremo, no sentarán propiamente jurisprudencia. Como única excepción a ello se configura su posición de decisores últimos en los litigios que versen sobre instituciones del Derecho civil foral existente en su territorio; sólo en este ámbito limitado podrá, por tanto, hablarse con propiedad de jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia.

## II. LA APLICACION DEL DERECHO DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

### 1. Límites de aplicación.

Los Derechos autonómicos son, como hemos visto, Derechos particulares, caracterizados por ser aplicables sólo en una parte del territorio nacional, no en la totalidad de éste, como ocurre con el Derecho general del Estado. Por tanto, la misma naturaleza de los Derechos autonómicos impone que su aplicación no sea general, sino limitada, y las limitaciones afectan tanto al territorio como a las personas sometidas a cada uno de tales derechos.

a) *El territorio de la Comunidad Autónoma.*—Para las Comunidades Autónomas, de forma parecida al Estado, su territorio aparece como límite de la validez de su sistema normativo (31). Estas Comunidades son corporaciones públicas de base territorial y el territorio autonómico es el ámbito de validez de su propio Derecho.

La nota de territorialidad se utiliza reiteradamente por la Consti-

(30) «La Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Posibilidad y límites», publicado en la obra colectiva *El poder Judicial*, vol. II, I.E.F., 1983, págs. 1047 a 1094, así como en el ADC, XXXVI, III, págs. 703 y sig. Un planteamiento totalmente contrario puede verse en el trabajo de J. J. Pintó Ruiz, «Competencias de la Generalitat en materia de justicia», *Jornadas sobre l'Estatut...*, cit., pág. 159. Véase también a C. Lasarte y V. Moreno, «Los Tribunales Superiores de Justicia y sus competencias», en *El Poder Judicial*, pág. 1693.

(31) Son expresiones de H. Kelsen, al estudiar el territorio del Estado, en *Teoría General del Estado*, Ed. Nac. 1979, traducción de Legaz, pág. 181.

tución y los Estatutos de Autonomía, sirviendo para deslindar las competencias estatales y las autonómicas. Buen número de Estatutos proclaman expresamente que las competencias conferidas a las Comunidades Autónomas se entienden referidas a su territorio (32), elemento éste de tal importancia que siempre está determinado en uno de los primeros y capitales artículos de los Estatutos.

Mayor interés para nuestra exposición tienen las referencias estatutarias al carácter territorial de las normas autonómicas, que suele expresarse de la siguiente forma: «Las normas y disposiciones de la Comunidad Autónoma tendrán eficacia territorial» (33), lo cual es predicable, como regla general, de todos los Derechos autonómicos. No obstante, la territorialidad no puede entenderse en términos absolutos, pues es ineludible la producción de efectos fuera del territorio de la Comunidad, como consecuencia del ejercicio de las potestades autonómicas, tanto normativas como ejecutivas. Así lo indican algunos Estatutos que significativamente aluden al estatuto personal como razón de ser de la extraterritorialidad.

En cualquier caso, el desbordamiento del territorio autonómico para la aplicación del Derecho propio se contempla como una excepción a la regla general de territorialidad, pues se afirma la eficacia territorial de las normas «sin perjuicio de las excepciones que se puedan establecer en cada materia y de las situaciones que se hayan de regir por el Estatuto personal o por otras normas extraterritoriales».

b) *La condición personal.*—Admitida la posible aplicación extraterritorial de los Derechos autonómicos, los Estatutos se ocupan de precisar el punto de conexión habilitante, la condición política de ciudadano de la Comunidad, que se hace coincidir con la vecindad administrativa.

Conviene destacar, en este momento, que tal punto de conexión no es aplicable para determinar la sujeción al Derecho civil común o a algunos de los Derechos forales sobre los que ostentarán competencias las Comunidades Autónomas. En esta materia el criterio determinante del estatuto personal continúa siendo la vecindad civil (arts. 14, p. 1, y 16, p. 1, núm. 1, del Código civil), sin que haya lugar a confundirla con la condición política autonómica ni con la vecindad administrativa. Las dudas que pudieron abrigarse a este respecto deben entenderse superadas por los textos estatutarios que han venido aludiendo separadamente a la vecindad civil. Especialmente claro es el Estatuto aragonés, que separa expresamente la vecindad civil del lugar de residencia, criterio que debe estimarse más adecuado, sin perjuicio de las dificultades a que puede dar lugar (34).

---

(32) Véanse los artículos 37, del Estatuto gallego, 41 del andaluz, 15 del asturiano, 32 del cántabro, 15 del murciano, 39 del castellano-manchego, 39 del canario, 43 del Amejoramiento navarro y 35 del Estatuto madrileño.

(33) Artículo 7 del Estatuto para Cataluña, 8 del valenciano, 9 del aragonés y 7 del balear. La sentencia del Tribunal Constitucional de 27 marzo 1984 alude también expresamente a la característica territorialidad.

(34) Véase el artículo 9 p2 del Estatuto aragonés. Los problemas civiles

La condición política autonómica ve, así, reducida su incidencia principal al ejercicio de los Derechos políticos, como suelen también indicar los Estatutos, al permitir la persistencia de la misma a pesar de la residencia en el extranjero. Dicha condición, ligada a la vecindad administrativa, cabe pensar que ha adquirido la naturaleza de estado civil, por afectar directamente a la situación personal y al ejercicio de los derechos y que debería tener acceso al Registro Civil.

c) *La vecindad civil*.—Como ya se ha indicado la sujeción al Derecho civil común o a alguno de los Derechos forales continúa siendo determinada por la vecindad civil después de la promulgación de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, algunos de los cuales se refieren a ella. Su regulación, como elemento básico para la resolución de los conflictos de leyes interregionales, corresponde exclusivamente al Estado, según la Constitución, y no puede ser de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas (35). Esta reserva viene exigida por razones no sólo políticas, sino también prácticas, pues es imprescindible la existencia de una normación única y de general aplicación en la materia.

Precisamente la necesidad de una regulación única hace criticable la persistencia o introducción por los Estatutos de normas especiales sobre vecindad, válidas, por ser dictadas por el Estado, pero inadecuadas por el cauce formal utilizado. Así ocurre con el Amejoramiento navarro que, al remitirse a la regulación de la condición foral de navarro existente en la Compilación de 1973, parece intentar separar esta regulación de las posibles modificaciones del régimen general que realice el Estado o bien encomendar la competencia para modificarlo al Parlamento de Navarra (art. 48, pág. 2). Ambas pretensiones chocarían abiertamente con la reserva de competencias al Estado que hace la Constitución.

En los tratamientos estatutarios de la vecindad civil cabe señalar el distinto enfoque de la condición de las normas forales en los Estatutos de Cataluña y Baleares, por una parte, y de Aragón, por otra, aunque, en definitiva, no resulten de ello consecuencias prácticas (36).

---

de la regionalidad se apuntaron por J. Delgado Echeverría, en «El Derecho aragonés», Alando ed., 1977, pág. 75, y ya en el régimen constitucional han sido estudiados por M. Coca Payeras, en «Vecindad administrativa y vecindad civil. Génesis de un concepto legal», Rev. Jca de Cat., 1981, núm. 1, págs. 133 y siguientes.

El artículo 50 p1 c) del Estatuto Valenciano plantea, a este respecto, un problema especial, al incluir en el patrimonio de la Generalidad los bienes procedentes de herencias intestadas «cuando el causante ostentare la condición jurídica de valenciano». Con ello parece aludirse a la condición política y no a la vecindad civil, por lo que un punto de conexión administrativo sería el determinante del régimen de sucesión intestada aplicable.

(35) Así resulta del artículo 149 p1, núm. 8, de la Constitución. Véase R. Bercovitz y Rodríguez-Cano, «La vecindad civil en los Estatutos de las Comunidades Autónomas», Univ. Autónoma de Madrid, 1982, pág. 481 y sig. y los trabajos del Congreso de Zaragoza de 1981, expuestos por J. Alvarez-Sala en el Anuario de Derecho Civil, cit., pág. 389 y sig.

(36) Los artículos 7 del Estatuto catalán y 6 del balear parten de con-

Más lejos llegan los estatutos catalán y balear, al incluir una norma especial reguladora de la vecindad civil de los extranjeros que adquieran la nacionalidad española (37). Indudablemente la finalidad de tales preceptos era superar el trato discriminatorio dispensado a los Derechos forales por el artículo 15, p. 1, del Código civil, en su redacción de 1974 y equiparar a los Derechos catalán y balear con el navarro, que contiene una norma especial para el caso en su Compilación (ley 13).

Los problemas surgen no sólo de la inclusión de estos preceptos en los Estatutos, con lo que supone de rigidez para su posible modificación y de desigualdad respecto de otras Comunidades Autónomas forales, que carecen de otros equivalentes, sino también de la defectuosa redacción, que ya ha sido objeto de críticas. En efecto, los artículos en cuestión, sobre todo el del Estatuto Catalán adolecen de imprecisión en la determinación de su ámbito de aplicación, ligan inadecuadamente a la vecindad civil con la administrativa y discriminan entre nacionales según la forma de adquisición de la nacionalidad. Resulta, por último, especialmente llamativa su discrepancia con las conclusiones del Congreso de Zaragoza de 1981, que perfilan, al respecto, un sistema más completo y adecuado. La limitación de los excesos a que conducen los preceptos citados sólo puede lograrse restringiendo al máximo su ámbito de aplicación sólo a la adquisición de nacionalidad por residencia. En cualquier caso, la pérdida de vecindad administrativa en Cataluña o Baleares parece causar la de la vecindad civil foral correspondiente; ello, unido a la inexcusable sujeción al Derecho civil común en caso de rechazo de la vecindad foral, supone producir un efecto contrario a la finalidad de los preceptos de referencia (38).

## 2. Relaciones con el Derecho general del Estado.

Aspecto fundamental del tema relativo a la aplicación del Derecho Autonómico es el de sus relaciones con el Derecho estatal. Ello es

---

siderar al Derecho Civil propio como de eficacia territorial, salvo excepciones, mientras que el 9 del Estatuto aragonés atribuye eficacia personal a las normas de su Derecho Civil, excepción hecha de las que tengan eficacia territorial.

(37) El precepto catalán es: «Los extranjeros que adquieran la nacionalidad española quedarán sujetos al Derecho Civil catalán mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifestaran su voluntad en contrario» (art. 7 p2). El Estatuto de Baleares dispone: «Los extranjeros que, teniendo vecindad en cualquiera de los municipios de las Islas Baleares, adquieran la nacionalidad española, quedarán sujetos al derecho civil especial de las islas Baleares, mientras mantengan esta vecindad y salvo en el caso de que manifiesten su voluntad en sentido contrario» (art. 6 p2).

(38) Véanse los problemas que planteaba la regulación del Código Civil, redacción de 1974, parecidos a los de los textos estatutarios, en L. Díez-Picazo y A. Gullón, cit., pág. 339 y R. Bercovitz, en «Comentarios a las reformas del Código Civil», Tecnos, 1977, vol. I, pág. 718.

consecuencia de la misma naturaleza del ordenamiento de las Comunidades Autónomas y de la forma en que la Constitución y los Estatutos llevan a cabo la atribución de competencias al Estado y a las Comunidades, respectivamente. Interesa resaltar, a estos efectos, que en el llamado bloque de constitucionalidad no se lleva a cabo un verdadero y total reparto de competencias entre dos centros de poder político, de modo que cada uno de ellos deba actuar con total independencia en las diversas materias, sino que, sobre numerosos ámbitos de actuación, los más, debe producirse un entrecruzamiento o concurrencia de competencias.

Todo ello al margen de la calificación expresa de tales competencias, que plantea problemas especiales en los que no procede detenerse aquí.

Las inexcusables relaciones en la aplicación del Derecho autonómico con el Derecho estatal vienen a resolverse en tres principios; dos de ellos proclamados normalmente en los Estatutos de Autonomía, preferencia de aplicación del Derecho autonómico y supletoriedad del Derecho estatal, y el otro recogido sólo en la Constitución, la prevalencia del Derecho estatal.

a) *Preferencia de aplicación del Derecho autonómico.*—El Derecho emanado de las Comunidades Autónomas, como Derecho particular que es, debe ser aplicado en su ámbito territorial de validez con preferencia a cualquier otro Derecho que rija en el mismo y especialmente con preferencia al Derecho estatal. Este principio, proclamado sólo en algunos Estatutos de Autonomía, es correlativo de la misma existencia de las Comunidades Autónomas y predicable del Derecho de cada una, aunque su Estatuto no lo contenga (39).

Es importante hacer constar la matización al principio que indican los Estatutos. La preferencia sólo se produce respecto de materias que sean competencia exclusiva de la Comunidad (competencia plena en el Estatuto de Madrid). Esta limitación es ineludible, pero incompleta. Ineludible porque cuando la competencia autonómica no es exclusiva, sino de desarrollo o ejecución del Derecho del Estado, es evidente que la prioridad en la aplicación corresponderá a este último, sin perjuicio de que en el ámbito concreto de competencia regional, su normativa sea de aplicación preferente. Pero la limitación es incompleta porque existen competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas como exclusivas que deben ejercitarse con respeto a las bases o principios generales que establezca el Estado, en cuyo caso la preferencia de aplicación tampoco es absoluta.

La especial utilidad de las normas estatutarias que proclaman el principio es su referencia al Derecho autonómico, pues con ello se indica la necesidad de aplicar preferentemente todas las normas autonómicas relativas a la materia, no sólo las de rango superior. Habrá

(39) En efecto, este principio sólo se establece en los artículos 21 del Estatuto del País Vasco, 26 del catalán, 38 del gallego, 10 del andaluz, 27 del valenciano, 42 del aragonés y del canario, 40 del Amejoramiento navarro, 47 del balear y 34 del madrileño.

de atenderse, pues, al Derecho regional completo, según su jerarquía de disposiciones, leyes y reglamentos, y su sistema de fuentes jurídicas, ley, costumbre, principios generales.

Podría pensarse que la aplicación de este principio de preferencia del Derecho autonómico queda excluida en los supuestos transitorios previstos por los Estatutos, de ausencia de la normativa básica estatal o de la legislación autonómica sobre las materias atribuidas a la competencia regional, pues se dispone entonces la continuada aplicación de las actuales leyes y disposiciones del Estado (40). Sin embargo, superada su interpretación como condicionante del ejercicio de sus competencias, normativas o de ejecución, por las Comunidades Autónomas, parece más adecuado entender que tales disposiciones no son más que particularización de la supletoriedad del Derecho estatal, en unos casos, y expresión del sentido material de las normas básicas, en otros. En los primeros casos, la aplicación preferente de las normas estatales es transitoria, pues están destinadas a ser desplazadas por la legislación autonómica cuando ésta sea dictada. Si se trata de las bases extraídas de las normas estatales preestatutarias, las disposiciones autonómicas aparecerán subordinadas jerárquicamente a ellas, siendo afectadas por las normas básicas que el Estado dicte posteriormente en ejercicio de sus competencias.

Lo que no resulta admisible es deducir de los textos estatutarios una congelación de las normas del Estado aplicables (las actuales, las vigentes cuando se promulgó el Estatuto), por la razón fundamental de que la aplicación del Derecho estatal en los casos señalados viene ordenada por la Constitución y de modo genérico, en relación con el Derecho vigente en cada momento. Los Estatutos se limitan a indicar supuestos de aplicación concreta de los principios constitucionales (41).

b) *Supletoriedad del Derecho estatal.* La Constitución y los Estatutos de Autonomía establecen que en defecto del Derecho autonómico será de aplicación supletoria el Derecho del Estado; siempre, claro está, que se trate de una materia competencia de la Comunidad Autónoma (42). El texto constitucional enfatiza especialmente la supletoriedad señalando que se producirá «en todo caso».

---

(40) Véase las disposiciones transitorias siguientes: 7.ª del Estatuto vasco, 2.ª del catalán, 3.ª del gallego, 1.ª del andaluz, 3.ª del asturiano, 8.ª del cántabro, 5.ª del aragonés, 4.ª del castellano-manchego, 3.ª del canario, 3.ª del Mejoramiento navarro, 7.ª del balear, 1.ª del madrileño y 5.ª del castellano-leonés. También el artículo 3 de la LOAPA y lo que sobre él indica el Tribunal Constitucional en la sentencia de 5 de agosto 1983 (fundamento jurídico, número 8).

(41) La tesis contraria se expone por J. Casamitjana i Costa en «Dret Civil catalán; ara i vers le futur», Rev. Jca. de Cat., 1982, núm. 4, pág. 15. La referida congelación se dispone por la nueva disposición final 3.ª de la Compilación catalana (ley de 20 de marzo de 1984), pero utilizando la técnica de la asunción de contenido normativo (reenvío recepticio).

(42) Artículo 149 p3 de la Constitución y 21 del Estatuto vasco, 26 del catalán, 38 del gallego, 10 del andaluz, 15 del asturiano, 27 del valenciano, 42 del aragonés y del canario, 40 del Mejoramiento navarro, 47 del balear y 34 del madrileño.

Por consiguiente, el Derecho estatal será supletorio en todas las materias en que exista competencia autonómica, cualquiera que sea la naturaleza de ésta y en relación con todos los niveles normativos (43).

El principio es lógico reflejo de la naturaleza del Derecho estatal y expresa una característica del Estado de Autonomías que lo diferencia de los Estados Federales. El Derecho del Estado es un derecho general, por oposición al derecho propio de las Comunidades Autónomas, particular, y un derecho completo, apto para abarcar todas las materias y que contiene los principios que dan unidad al ordenamiento jurídico general, total del Estado. Con arreglo a categorías tradicionales, conocidas de los civilistas, el Derecho estatal debe calificarse como Derecho común y no otra cosa es lo que hace la Constitución.

El principio de supletoriedad va a expresar, pues, que las competencias estatales para regular todo tipo de materias no están tasadas, sino sólo afectadas, en su caso, por una limitación en la aplicación de las normas. Ningún ámbito material queda fuera de la competencia normativa del Estado, pues las disposiciones que dicte serán, en todo caso, eficaces como Derecho supletorio, y esto no se debe sólo a la heterogeneidad de las competencias autonómicas o a la existencia de un período transitorio hasta que éstas se ejerciten, sino de forma más general, a los principios de organización del Estado (44). Congruente con lo expuesto, la calificación estatutaria de las competencias autonómicas como exclusivas no produce el efecto de cerrar el campo al Derecho general del Estado, que siempre podrá tener aplicación supletoria, sino que veda el ejercicio por el Estado de una competencia igual con un ámbito territorial restringido.

Así pues, el Estado podrá dictar normas generales en la materia, pero no disposiciones particulares para el territorio de la Comunidad Autónoma, si carece de competencia específica para ello.

La aplicación supletoria del Derecho estatal es un tema conocido por los civilistas, pues no constituye más que la generalización de instrumentos que articulaban las relaciones entre el Derecho civil común y los Derechos forales; por ello, los problemas que pueden plantearse al respecto son ya conocidos, aunque las nuevas disposiciones permiten aclarar algunos extremos.

Al derecho supletorio habrá de acudir en defecto del Derecho autonómico que sea aplicable en primer lugar, o, como señala el Estatuto balear, «en todo aquello que no esté regulado por el derecho propio». Las referencias al Derecho autonómico parece que han de conducir a pro-

---

(43) Injustificadamente, confundiendo, sin duda la aplicación de este principio con el de prevalencia, J. Cerdá Gimeno señala que la supletoriedad del Derecho estatal sólo juega en caso de competencia concurrentes o compartidas, en «Balears ante el artículo 149.1. 8.º de la Constitución», *Rev. Derecho Priv.*, 1982, pág. 800, y ya antes en su colaboración a las *Jornades sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya*, cit., pág. 100.

La tesis parece claramente insostenible a la luz de la Constitución.

(44) Debe citarse, en este sentido, a I. de Otto, «La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional», *R. E. Dcho. Const.*, pág. 72 y a E. García de Enterría, «Curso...», cit., pág. 345.

pugnar la necesidad de que, antes de proceder a la heterointegración del sistema, se complete atendiendo a las distintas fuentes jurídicas que constituyen el Derecho particular, en el sentido que han defendido reiteradamente los juristas forales en el ámbito del Derecho civil. Por consiguiente, sólo cuando exista una verdadera laguna, por falta o insuficiencia de regulación, en el ordenamiento autonómico correspondiente, habrá de acudir al Derecho estatal supletorio (45).

También criterios de procedencia foralista deben regir la aplicación del Derecho supletorio, que habrá de hacerse confrontando sus principios informadores con los propios del Derecho autonómico suplido, a fin de elegir la norma más coherente con ellos. Recuérdese en este sentido, el problema de la introducción en regiones forales de instituciones nuevas por vía de aplicación supletoria, que fue muy discutido doctrinalmente y sólo puede resolverse satisfactoriamente con una cuidadosa aplicación del principio de supletoriedad.

Por último, el texto constitucional y sus repeticiones estatutarias parecen dejar resuelto definitivamente un tema que afecta sobre todo al Derecho Civil, cual es la condición del Derecho estatal como único derecho supletorio. Ni en materia civil, ni en otra que sea competencia de las Comunidades Autónomas, podrá configurarse como supletorio un ordenamiento distinto al general del Estado, ya se trate de un Derecho extranjero o histórico, o de otro Derecho autonómico, Derecho foral en materia civil, o principios obtenidos inductivamente del conjunto de Derechos forales. Quedan así, definitivamente superados los términos del artículo 13, p. 2, del Código civil, pues las normas especiales a que se remite serían, de dictarse ahora, inconstitucionales.

En todo caso el Derecho estatal que se aplique como supletorio mantendrá su propia naturaleza, sin incorporarse ni integrarse en los Derechos autonómicos, por lo que continuará siempre sujeto al ejercicio de las potestades normativas por los órganos competentes del Estado. Sólo puede producirse una congelación de la norma estatal aplicable en caso de reenvío recepticio a ella hecho por una norma autonómica dictada en materia de la competencia regional, pues sólo entonces se integra en el Derecho autonómico.

c) *Prevalencia del Derecho estatal.* El principio se formula por la Constitución al establecer que las normas del Estado «prevalecerán», en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo

---

(45) Véanse J. Martí y Miralles, «Estudio sobre el artículo 12 del Código Civil», Barcelona, 1902, pág. 39; L. Martín Ballester, «Los artículos 12 y 13 del Código Civil y el problema de las fuentes en Derecho Foral». An. Dcho. Aragónés, 1944, pág. 287; F. de Castro, cit., pág. 284; E. Lalaguna, «Aplicación del Código Civil como supletorio de otras leyes». Rev. Dch. Priv. 1976, página 598; E. Roca Trías, «El Código Civil como supletorio de los Derechos nacionales españoles», An. Dcho. Civil, 1978, pág. 227, y J. L. Lacruz, «El caso del artículo 13 (antes 12) del Código Civil», comunicación al I Congreso de Derecho Vasco.

Sobre la supletoriedad del Derecho catalán en Mallorca durante el siglo XIV, véase F. Tomás y Valiente, «Manual de Historia del Derecho español», Tecnos, 1981, pág. 223.

que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas» (art. 149 p3). Los Estatutos de Autonomía, por su parte, han omitido toda referencia al mismo, del cual es conocida la discusión doctrinal surgida en torno a su funcionalidad (46).

La cuestión que más interesa plantear, en el presente trabajo, es el alcance de la prevalencia del Derecho estatal respecto de los restantes regímenes civiles existentes en España, es decir, en relación con los Derechos Forales que, como veremos más adelante, forman parte de algunos de los ordenamientos autonómicos. Parece desprenderse su plena aplicabilidad en este ámbito de la Ley Orgánica para la Armonización del Proceso Autonómico, pues su artículo 4.º se remite en general al artículo 149 p1 de la Constitución, en el que se menciona a la legislación civil (47). No obstante, tal criterio resulta inadecuado a la naturaleza de los regímenes forales y choca con los principios que tradicionalmente han informado sus relaciones con el Derecho común.

En materia civil la Constitución y los Estatutos distribuyen tajantemente las competencias formando dos grupos; uno, relativo a los Derechos Forales, que corresponde a cada Comunidad Autónoma y otro, comprensivo de la materia civil no foral y, además, de las regulaciones reservadas en todo caso al Estado, que constituye el ámbito competencial de éste. Las instituciones forales son, pues, un campo inaccesible a las normas estatales, sin perjuicio de que las normas autonómicas que las regulen deban ajustarse en ocasiones a las normas del Estado (bases de las obligaciones contractuales) y de que el Derecho común deba aplicarse supletoriamente (pero ésta no es la regulación de las instituciones forales, sino de instituciones equivalentes existentes en el régimen común).

Por consiguiente, parece obligado concluir que el principio de prevalencia del Derecho estatal no incidirá en las relaciones Derecho común-Derechos forales, debido precisamente a que las competencias autonómicas sobre estos últimos merecen calificarse de exclusivas, a pesar de la inclusión de la legislación civil en el artículo 149 p1 de la Constitución. Sólo en materia de obligaciones contractuales cada Comunidad Autónoma y su Derecho foral propio estarán sometidos a las

---

(46) Las tesis contrapuestas han sido formuladas por L. Parejo en «La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional», CEC, 1981, y por I. de Otto en el trabajo más arriba citado. El principio recibe atención especial en el Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomía, mayo 1981, CEC, pág. 46. Véanse también las observaciones de M. Terol, «La cláusula de prevalencia», en los Procesos de formación de las Comunidades Autónomas, Granada, 1984, pág. 131; J. Tornos, «La cláusula de prevalencia y el art. 4.º de la LOAPA», REDA, núm. 37, pág. 185, y R. Martín Mateo, «Manual de Derecho Autonómico», Inst. Est. Adm. Local, 1984, pág. 214.

(47) El artículo 4.º de la LOAPA decía: «Las normas que el Estado dicte en el ejercicio de las competencias que le reconoce el artículo 149, 1 de la Constitución prevalecerán sobre las normas de las Comunidades Autónomas».

El Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional dicho artículo (véase el fundamento jurídico, núm. 9 de su sentencia de 5 agosto 1983), pero sin hacer valoración alguna sobre su contenido material.

normas básicas estatales, pero no por aplicación de dicho principio, sino por la configuración de la competencia del Estado que hace la Constitución.

### III. COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN RELACION CON EL DERECHO CIVIL

La Constitución establece los criterios básicos y los límites que deben ser respetados por los Estatutos de Autonomía al atribuir competencias a las Comunidades Autónomas. Esta regulación Constitucional es poco precisa, confusa y difícil de interpretar especialmente en su referencia a la legislación civil.

Según el artículo 149 p1 de la norma fundamental, «el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8.ª Legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial». De esta forma se designa, al modo tradicional, una rama jurídica, el Derecho civil, y se reserva, con ciertas salvedades, a la competencia estatal, dejando a las Comunidades Autónomas la posibilidad de asumir, en sus Estatutos, competencias sobre un ámbito limitado de la materia civil (48). Debe observarse, empero, que otros apartados del mismo precepto constitucional reservan al Estado materias que forman parte (nacionalidad) o tienen relación con el Derecho civil (propiedad intelectual e industrial, seguros, patrimonio artístico).

La exposición que sigue sistematiza el régimen de las competencias que los Estatutos de Autonomía atribuyen, en materias que afectan al Derecho civil, a las Comunidades Autónomas respectivas.

#### 1. *Los Derechos Forales.*

En los Estatutos de Autonomía de las regiones con Derecho civil foral se ha llevado a efecto la previsión constitucional, atribuyendo a la Comunidad respectiva competencia para la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil propio. Todos ellos califican la com-

---

(48) Véanse las indicaciones de E. García de Enterría en «La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico», Rev. Esp. de Dcho. Const., núm. 5, 1982, pág. 88.

Según el artículo 149 p3 de la Constitución, «las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos», pero «la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado.

petencia de exclusiva, lo cual debe estimarse correcto, conforme a las indicaciones hechas anteriormente, y desplegar toda su eficacia, sobre todo para identificar un ámbito material, el foral, separado de la legislación civil del Estado; la Comunidad Autónoma monopoliza, a partir del Estatuto, la legislación en materia foral.

Las regulaciones estatutarias son, pues, uniformes. Excepto el Estatuto extremeño, que mantiene su Derecho foral como consuetudinario, todos los demás encomiendan las mismas funciones a la Comunidad respectiva y las asignan idéntica naturaleza. Perdura, así, el error imputado al Código civil de dispensar igual trato a todos los Derechos forales, con olvido de la distinción, que había señalado la Novísima Recopilación, entre Fueros provinciales y municipales, es decir, entre los verdaderos sistemas territoriales (aragonés, catalán, balear, navarro) y los Fueros locales (vizcaíno, ayalés, costumbres gallegas, del Baylío, éste, sin embargo, mantiene su configuración tradicional).

Ya vimos que la Constitución refería la competencia legislativa civil de las Comunidades Autónomas a los «derechos civiles, forales o especiales» existentes en su territorio. La terminología utilizada allí era fácilmente criticable, como la misma redacción del texto, pero era claro su mimetismo con las Compilaciones vigentes, que precisan su contenido como Derecho civil foral (Vizcaya, Alava, Aragón y Navarra) o Derecho civil especial (Cataluña, Baleares y Galicia). Obviamente la calificación de derecho especial resulta inapropiada, pero en el estado actual de la doctrina y la legislación, la expresión «derechos civiles forales» es perfectamente comprensible y designa sin dudas al conjunto de leyes y cuerpos de derecho con vigor en determinadas regiones de España, que son distintos del Derecho civil de aplicación general (49).

No ostante, por parte de la doctrina regionalista y con reflejo en los Estatutos de Autonomía, puede advertirse un rechazo al calificativo «foral», que se sustituye hablando de «derecho territorial» o utilizando el gentilicio de cada región. Los Estatutos se refieren, así, a los derechos civiles catalán, gallego, valenciano y aragonés; sólo en el Mejoramiento navarro y en el Estatuto extremeño se habla sólo de derecho foral, mientras que para las Islas Baleares se mencionan los «derechos civiles especiales». La importancia del tema radica en que los nuevos términos empleados dan pie a una delimitación del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas que excede ampliamente del marco constitucional, como veremos más adelante.

Cuestión fundamental que debían resolver los Estatutos era la determinación de las Comunidades Autónomas que ostentarían competencia legislativa en materia de Derecho civil. Como es bien sabido, en la redacción definitiva del actual artículo 149 p1, núm. 8, de la Constitución

---

(49) Esta es la tradicional definición de J. Martín y Miralles, cit., pág. 23. La calificación de los Derechos forales como especiales parece era usual en los tiempos de la Restauración, como señala B. Clavero en «El código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea», siglo XXI, 1982, página 30. La última reforma de la Compilación catalana suprime este calificativo (ver el art. 1 de la Ley de la Generalidad de 20 de marzo de 1984).

triunfó la tesis foralista, de modo que sólo las Comunidades en cuyo territorio existiese Derecho foral podrían alcanzar potestad legislativa en materia civil y para conservar, modificar o desarrollar aquél. Precisar cuáles eran esas Comunidades Autónomas era, por tanto, una cuestión histórica. Habría que señalar, simplemente cuáles eran los Derechos forales que existían en 1978, al promulgar la Constitución y, por remisión, los que continuaron vigentes desde la entrada en vigor del Código civil en 1889. La expresión constitucional «allí donde existan», debía, pues, interpretarse en el sentido de vigencia actual y los Derechos civiles forales históricos, ya no existentes, no podrían ser restablecidos en el marco de la Constitución. Ni siquiera podría utilizarse en apoyo de la tesis contraria la disposición adicional primera de la Ley fundamental, pues el artículo citado no admite que se lleve a cabo una revitalización de regímenes civiles forales desaparecidos (50).

El criterio restrictivo era, además, congruente con el espíritu de la Constitución, pues en ella se expresa claramente el propósito de no generalizar los particularismos en materia civil, sino mantener los Derechos civiles particulares sólo en aquellos territorios en los que, por su continuada y actual vigencia, tienen un arraigo especial. Publicadas las Compilaciones forales, no había duda de que las únicas Comunidades Autónomas que podrían asumir potestad legislativa civil eran: el País Vasco, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón y Navarra, cuyos Derechos forales, vigentes en todo o parte de su territorio estaban compilados. Entre estos territorios la Constitución no imponía diferencias en orden a la asunción de dicha potestad (al margen de la posible dilación para las Comunidades llamadas de segundo grado), aunque un planteamiento historicista llevado a sus últimas consecuencias lo habría exigido. Por consiguiente, en virtud de su acceso al régimen autonómico, algunas regiones recuperan su antigua autonomía legislativa civil perdida (sin perjuicio de las limitaciones materiales que veremos), como Aragón, Baleares, Cataluña y Navarra, pero otras, cuyo derecho foral nació de la concesión o la costumbre, reciben una potestad legislativa sin precedente histórico (Fueros de Vizcaya y Ayala, costumbres gallegas).

Aparte de los territorios forales con Derecho civil compilado, sólo debería subsistir el Derecho foral extremeño recogido en el Fuero del Baylío y de vigencia consuetudinaria. Cualquier otro Derecho foral o

---

(50) La cuestión se expone con gran claridad por R. Bercovitz en «Las competencias de las Comunidades Autónomas...», cit., pág. 35; véanse también los trabajos ya citados de J. Puig Brutau, pág. 137; J. L. Lacruz, pág. 100; B. Clavero, págs. 25, 27 y 168; C. Lasarte, pág. 100; J. Delgado, pág. 648; L. Díez-Picazo y A. Gullón, pág. 92, y E. Roca-Trías, pág. 23; así como la ponencia de P. Lucas Verdú, «Penetración de la historicidad en el Derecho Constitucional español. El artículo 149.1, 8.º, y la disposición adicional primera de la Constitución», presentada al I. Congreso de Derecho Vasco, y las comunicaciones al mismo de C. Martínez de Aguirre, «Notas para la interpretación del inciso «allí donde existan» del artículo 149.1, 8.º, de la Constitución», y de J. L. de los Mozos, «Notas para una metodología de los Derechos Forales». Últimamente aborda el tema M. García-Amigo en «La competencia legislativa civil según la Constitución», Rev. Dcho. Privado, 1983, pág. 438.

Fuero de carácter civil, por carecer de vigencia actual, no podría ser rehabilitado al amparo de la Constitución.

Los Estatutos de Autonomía se encuentran, en su mayoría, en la línea señalada. Las Comunidades Autónomas de territorios dotados de Derecho civil foral compilado han recibido competencias exclusivas de carácter legislativo, claro está, para la conservación, modificación y desarrollo de su propio Derecho foral o especial, según las varias designaciones empleadas, vistas anteriormente. Así se hace en los Estatutos de Cataluña, Galicia, Aragón y Baleares y el Amejoramiento navarro (51).

Por otra parte, el Estatuto de Extremadura se refiere al derecho consuetudinario extremeño y al derecho foral extremeño (52), pero no prevé que la Comunidad ejerza potestad legislativa sobre la materia, por lo que su examen se hará más adelante, aunque se reconozca su naturaleza foral. Y los demás Estatutos, de regiones que en la actualidad no tienen Derecho foral vigente, en general no contemplan competencias autonómicas sobre Derecho civil, salvo referencias al derecho consuetudinario, pero sin prever una alteración de su naturaleza. Ello a pesar de la vigencia histórica de Fueros en estos territorios, que, en ocasiones había llegado a cuestionarse a finales del siglo XIX, como ocurrió con los Fueros de Vicedo y Sepúlveda.

De la tónica general se separan dos Estatutos, el del País Vasco y el de la Comunidad Valenciana, que deben estudiarse especialmente y por separado.

A. *El Derecho foral valenciano.* El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana atribuye a la Generalidad competencia exclusiva sobre la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano» (art. 31, núm. 2) y alude otra vez a éste al tratar de la competencia de los órganos jurisdiccionales con sede en su territorio (art. 40, p1 a). Cabe preguntarse cuál es este Derecho civil valenciano y si los preceptos estatutarios indicados se ajustan a la Constitución.

Parece claro que las referencias no se hacen a un derecho consuetudinario propio de Valencia, pues otros Estatutos sí tratan de derechos consuetudinarios y el régimen establecido al respecto es totalmente distinto. La Comunidad Valenciana ha pretendido colocarse al lado de los territorios con Derecho civil foral y su punto de referencia es, pues, el Derecho histórico de Valencia en esta materia.

La historia foral de Valencia no empieza hasta su conquista por don Jaime I, que le dio sus Fueros en 1239, siendo sus principales elementos el aragonés, el catalán y el romano-canónico. Estos Fueros (Furs) tenían una parte sustancial de Derecho civil y su aplicación se extendió a las ciudades y villas próximas, aunque su territorialización no fue completa. En 1547 se publicó la única recopilación oficial y sistemática de los Furs, que es la principal fuente de conocimiento del Derecho va-

---

(51) Respectivamente en los artículos 9 núm. 2, 27 núm. 4, 35 núm. 4, 10 núm. 22 y 48.

(52) En los artículos 12 y 45 p. 1 letra a), respectivamente.

lenciano. Posteriormente, la legislación de las Cortes va reduciéndose hasta marcarse una clara decadencia en el siglo xvii. Durante la Guerra de Sucesión, un Decreto de Felipe V, de 29 de junio 1707 deroga los Fueros de Valencia, reduciendo sus territorios a las leyes de Castilla, sin que esta disposición fuese derogada, como se hizo con otros territorios (53). Parece indudable que a partir del Decreto de supresión, y sea cual fuere la situación normativa, las instituciones valencianas cayeron en el desuso.

Lo expuesto es suficiente para apreciar la inconstitucionalidad de la resurrección del Derecho civil valenciano, plasmado en los Fueros, que pretende habilitar el Estatuto de Autonomía, pero es conveniente indicar cuál era el contenido histórico de tal Derecho, ya que, por falta de impugnación ante el Tribunal Constitucional, será lo que deba conservar, modificar y desarrollar la Generalidad.

Integraban el Derecho valenciano normas reguladoras de la familia; muy influenciadas por los derechos aragonés (patria potestad) y catalán (exovar, escreix, arras, separación de bienes arraigada, aunque existía el régimen de germanía), de los contratos, especialmente del arrendamiento, y de las sucesiones. Existían una pluralidad de formas testamentarias y disposiciones especiales sobre legítimas, sucesión intestada y derechos viduales, cercanas al régimen catalán. Precisamente en materia de sucesión abintestato el Estatuto de Autonomía contiene una regla especial, pues atribuye a la Generalidad: «Los bienes procedentes de herencias intestadas, cuando el causante ostentare la condición jurídica de valenciano, en los términos que establezca la legislación del Estado» (art. 50, p1 c). Este precepto tiene algún antecedente en el Derecho valenciano y surge en clara emulación con otros semejantes del Derecho aragonés (muy limitado en éste) y del navarro, pero de él destaca su desafortunada redacción, por imprecisa. El supuesto de hecho determinante de su aplicación se integra, primero, por la condición del causante, que puede dudarse si debe ser la mera condición política de valenciano o la vecindad civil foral, y segundo, por la vacancia de la herencia, al faltar personas con derecho a ella según el Código civil (arts. 930 a 956). El mismo Código habrá de aplicarse para determinar el destino de los bienes, es decir, dos terceras partes a instituciones benéficas, y la tercera parte restante, en este caso, será lo que corresponda a la Generalidad. Parece que también la Generalidad deberá proceder a la distribución de los bienes, de forma similar a la actuación del Estado regulada por el Decreto 2.091/1971, de 13 de agosto.

---

(53) Una exposición muy completa de esta materia se hace por E. Taulet y Rodríguez-Lueso en «Derecho foral valenciano», discurso de ingreso en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, en 1950, con contestación de Dualde. A continuación del discurso figura una completa y útil relación de bibliografía jurídica valenciana.

Véanse también F. Barrachina y Pastor, «Derecho foral español», Castellón, 1911, pág. XL y F. Tomás y Valiente, cit., págs. 224, 227 y 371, que también exponen las discrepancias surgidas sobre la vigencia o derogación del Decreto de 1707.

De esta forma, que excede del marco constitucional, la Comunidad Valenciana pretende resarcirse de la pérdida de su Derecho particular que, curiosamente, se produjo, según afirma unánimemente la doctrina, por el descuido y negligencia de sus autoridades y jurisconsultos (54).

B. *El Derecho consuetudinario de los Territorios Históricos del País Vasco.* En este caso el precepto estatutario que centra la discusión es el artículo 10, núm. 5, del Estatuto del País Vasco, que atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva respecto «del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco...». Debe recordarse, a este respecto, que el único Derecho civil foral actualmente vigente en territorios del País Vasco es el contenido en la Compilación del Derecho civil de Vizcaya y Alava, de 30 de julio de 1959, que, en general sólo es aplicable en el Infanzonado o Tierra Llana, en los términos alaveses de Llodio y Aramayona y en la Tierra de Ayala en cuanto a sus reglas específicas. La Compilación sustituye expresamente a las disposiciones civiles de los Fueros de Vizcaya y Ayala (disp. final 1.ª). Así, pues, el Derecho foral vasco que existe en la actualidad es precisamente el recogido en la citada Compilación y, por tanto, es derecho escrito, lo cual además no supone una quiebra con la tradición, pues los Derechos particulares de estos territorios tuvieron siempre tal condición y las costumbres eran de muy escasa importancia.

De este modo, la referencia del Estatuto al derecho consuetudinario es forzoso entenderla hecha a territorios distintos de los sujetos al Derecho foral compilado, es decir, a un presunto Derecho guipuzcoano, como ha señalado prontamente cierta doctrina (55).

En el caso del País Vasco se intenta, pues, una extensión de la foralidad civil a todo el territorio de la Comunidad Autónoma, partiendo de la indudable existencia de los Derechos forales (Vizcaya y Ayala) que limitaban su aplicación a porciones del mismo. Lo que ocurre es que el Derecho civil guipuzcoano es mucho más difícil de encontrar que el valenciano, ya que las recopilaciones de fueros y privilegios de la provincia hechas en 1583 y luego en 1696, parece que no contenían ninguna disposición civil o sólo dos reglas sobre plantación de árboles (56).

En definitiva, el Derecho consuetudinario que pueda encontrarse

---

(54) Véanse las obras citadas de E. Taulet, pág. 72, y F. Barrachina, pág. XL.

(55) G. García Cantero, en «Para una interpretación del artículo 10, apartado 5, del Estatuto Vasco», y A. Celaya Ibarra, «Proyecto de reforma de la Compilación de Derecho civil de Vizcaya y Alava», presentados ambos en el I Congreso de Derecho Vasco; A. Cillan Apalategui, en «La administración de Justicia en el Estatuto Vasco», en *El Poder Judicial*, cit., pág. 834.

El Estatuto de Autonomía de 1936 se refería al Derecho foral, escrito o consuetudinario (art. 2 b), pero debe tenerse en cuenta que entonces no existía la vigente compilación.

(56) Como señalan J. L. de los Mozos, en «Derecho civil español», pág. 174 y el *Diccionario de la Administración Española*, dirigido por M. Martínez Alcubilla, tomo VIII, Madrid, 1919, pág. 19.

vigente en territorios vascos no parece distinguirse de cualquier otro que exista en otras regiones o lugares de España; no es Derecho Foral o especial en el sentido utilizado por la Constitución de 1978, ni puede atribuirse a la competencia exclusiva autonómica para alterar su naturaleza, como pretende el Estatuto a que nos referimos. Su aplicación debería regirse, pues, por lo establecido en el artículo 1 p<sup>3</sup> del Código civil. La Comunidad Autónoma sólo podría ostentar competencias puramente administrativas para la conservación de sus costumbres, al igual que las que se estudiarán en el apartado siguiente, que recogen tal competencia en sus Estatutos.

Tanto si se entiende referido a un Derecho consuetudinario vigente, como a un pretérito Derecho guipuzcoano, el Estatuto del País Vasco excede, en este aspecto, de los límites constitucionales, atribuyendo a la Comunidad Autónoma una competencia sobre Derecho civil que es exclusiva del Estado. Sólo interpretando restringidamente el contenido de dicha competencia podría salvarse la constitucionalidad del precepto estatutario.

Las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas sobre su respectivo Derecho civil foral, cuando así se establece en los Estatutos, se califican siempre como exclusivas y esta calificación tiene un sentido y un alcance especiales en esta materia. Debe recordarse que las vigentes compilaciones forales, donde se contiene fundamentalmente el actual Derecho civil foral, son leyes del Estado español, aunque de ámbito de aplicación limitado, y la promulgación de los Estatutos no produce una transformación de su naturaleza, aunque las Comunidades Autónomas competen sobre su Derecho foral podrían asumir su contenido (56 bis), salvo en cuanto afecte a materias reservadas al Estado por la Constitución. Lo que sí causan los Estatutos es una cierta congelación y división de su contenido: porque por una parte, las futuras leyes civiles forales sólo podrán dictarse por la Comunidad Autónoma, pues inciden en una materia, la foral, que está excluida de la competencia estatal. El Derecho foral, prototipo de Derecho particular, es un ámbito exclusivo de la potestad legislativa regional; el Estado no puede dictar ya normas forales, sin perjuicio de la posible aplicación supletoria de su Derecho civil común.

Por otra parte, los preceptos de las Compilaciones que se refieran a materias reservadas al Estado por la Constitución debe entenderse que quedan sometidos a un régimen especial, pues, aunque sean de naturaleza particular, su modificación o derogación es competencia del Estado, en virtud de la reserva constitucional, que tiene virtualidad «en todo caso» (art. 149, p1, núm. 8).

La exposición realizada anteriormente debe ser objeto de una im-

---

(56 bis) Precisamente lo ha hecho, aprovechando su necesaria modificación, la Generalidad de Cataluña en la ley de 20 de marzo de 1984; art. 1: «... se adopta e integra en el ordenamiento jurídico catalán...» la Compilación de 1960.

portante matización, derivada de la distinción de las Comunidades Autónomas en dos categorías o grados; distinción previsiblemente transitoria, pero que incide directamente sobre su competencia en el ámbito de los Derechos civiles forales. En efecto, del texto constitucional resulta la existencia de dos tipos de Comunidades:

Primero, las de régimen normal, que sólo pueden recibir mediante su Estatuto las competencias, todas o sólo algunas, enumeradas en el artículo 148 de la Constitución.

Segundo, las de régimen especial, que podrán ostentar todas las competencias no reservadas expresamente al Estado por el artículo 149 de la Ley Fundamental.

Pues bien, la legislación civil y los Derechos forales no se mencionan en el artículo 148, sino en el 149 de la Constitución, por lo cual sólo pueden tener actualmente competencias en materia foral las Comunidades de régimen especial y concretamente el País Vasco, Cataluña y Galicia. Los demás territorios forales, aunque prevean en sus Estatutos recibir esta competencia, deberán esperar un período de cinco años o la promulgación de una Ley Orgánica de transferencia, mecanismos también previstos estatutariamente, para ostentarla efectivamente (57). De esta forma, Aragón y Baleares son regiones forales aún no competentes en materia civil foral, por lo que la competencia al respecto sigue correspondiendo al Estado (58). No sucede lo mismo con Valencia, ya que la enigmática disposición transitoria primera de su Estatuto ha sido convalidada por la Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto, de transferencia a la Comunidad Valenciana de competencias en materia de titularidad estatal, que incluye, sin duda, las relativas a la legislación civil.

Vuelve así a surgir una distinción entre los Derechos forales, que recuerda la tradicional de Fueros provinciales y Fueros municipales, pero no responde a los antecedentes históricos, ni a la naturaleza de cada régimen civil foral, sino a motivaciones políticas y de escasa consistencia.

Resta por aludir a la situación peculiar en que ha pretendido colocarse a Navarra. La Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral se configura como tercera vía para acceder al nivel máximo de autonomía, justificándose en la preconstitucionalidad del Derecho foral navarro. Esta tesis, que ya hemos tenido ocasión de rechazar anteriormente, tiene reflejo

---

(57) Los artículos 37 p. 2 y 16 p. 2 de los Estatutos aragonés y balear, respectivamente, prevén que la asunción de las competencias reguladas en ellos, pero incluidas en el artículo 149 p. 1 de la Constitución, se realizará transcurridos cinco años o mediante leyes orgánicas de delegación o transferencia del artículo 150 p. 2 de la Constitución.

(58) El criterio de E. García de Enterría, calificando al núm. 8 del artículo 149 p. 1 de la Constitución de asistemático y trasladándolo al art. 148, para defender la competencia actual de la Comunidad Autónoma aragonesa sobre su Derecho foral (v. «La significación de las competencias exclusivas...», pág. 89), es claramente inadmisibles y ha sido bien criticado por R. Bercovitz en «Las competencias...», cit., pág. 50.

en la atribución de competencia a la comunidad foral sobre el Derecho civil propio de su territorio (arts. 40, pp. 4, y 48).

Sin embargo, de este régimen sólo cabe hacer una interpretación conforme a la Constitución, en el sentido de entender condicionada dicha competencia a la promulgación de una Ley Orgánica de transferencia o al transcurso de los cinco años previstos en el artículo 148, p. 2, de la propia norma fundamental (59).

Otro aspecto conflictivo de las competencias autonómicas en materias de Derecho civil es su delimitación, que se hace, tanto positivamente, señalando las tareas que pueden desarrollar las Comunidades Autónomas, como fijando los límites, los temas que en ningún caso civiles, forales o especiales...» (art. 149, p. 1, núm. 8), como exclusivamente al Estado.

La Constitución permite a las Comunidades asumir competencia para la «conservación, modificación y desarrollo... de los Derechos civiles, forales o especiales...» (art. 149, pág. 1, núm. 8), como excepción a la reserva estatal sobre la legislación civil en general.

Este texto, susceptible de interpretaciones diversas ha tenido reflejos, también distintos, en los Estatutos de Autonomía. La atribución de competencia a ciertas comunidades para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán, valenciano o aragonés, ha propiciado una interpretación desbordante de las competencias autonómicas, reputando, por ejemplo, Derecho civil catalán a todo el que se aplica en Cataluña, con independencia de su origen (60), en sentido parecido a la antigua doctrina que hablaba de una foralización de las leyes generales cuando se aplicaban en territorios de Derecho foral. Este criterio, además de chocar abiertamente con los bases foralistas en que se asienta la regulación constitucional del tema, supondría discriminar injustificadamente a las Comunidades Autónomas con Derecho foral frente a las restantes que no pueden asumir competencias en materia civil. Si se rompiese la continuidad entre el Derecho histórico y el que emane de la Comunidad, quedaría sin fundamento la

---

(59) Así lo apunta acertadamente R. Bercovitz en el mismo trabajo citado, pág. 51, aunque obviamente no es ésta la opinión de los juristas navarros.

(60) Una exposición general de esta tesis hace J. M. Puig Salellas en «El concepto de Dret Civil català a l'Estatut de Catalunya», incluido en las «Jornades...», cit., pág. 109. El planteamiento no es nuevo: ya en 1901, J. Martí i Miralles daba cuenta de la controversia habida años atrás en la Academia de Jurisprudencia y legislación de Barcelona. Dicha corporación emitió un dictamen en el que se consideraba «derecho foral» (entonces) a la legislación de los territorios forales, pero toda la allí aplicable; se decía que no hay en Cataluña dos derechos, sino uno solo, «su» derecho, sin importar que los mismos preceptos se aplicasen en otros territorios. Y Martí i Miralles llama la atención contra estos argumentos diciendo: «He querido transcribir literalmente esta argumentación como una prueba que es, de cómo el ingenio y la agudeza puestos al servicio de una causa pueden hacer aparecer probable lo que expuesto en otra forma aparecería desde el primer momento como inadmisibile». («Estudio sobre el artículo 12...», cit., pág. 21).

desigualdad de trato constitucional entre autonomías con Derecho foral y autonomías sin él, convirtiéndose el nuevo Derecho civil autonómico en un conjunto de privilegios.

Parece necesario entender que las competencias autonómicas sólo pueden preferirse al Derecho propio de sus territorios, al Derecho que se separa del Derecho general o común y éste es el sentido que cabe atribuir a otros textos estatutarios menos equívocos, que se remiten al Derecho civil foral y especial propio a las instituciones de su Derecho civil, a la Compilación de Derecho civil foral, o a los Derechos civiles especiales de la Comunidad (61).

A la hora de precisar cuál sea el contenido de cada Derecho foral sobre los que pueden actuar las respectivas Comunidades, surge la necesidad de hacer referencia a las vigentes Compilaciones, en cuanto que recogen en su totalidad o la parte de mayor certeza de los Derechos forales.

No suscita dificultades especiales el ejercicio autonómico de las competencias de conservación y modificación de los Derechos compilados; modificación, además, que resulta ineludible y urgente por la necesidad de acomodar sus textos a los principios constitucionales (62). Pero se ha discutido si el desarrollo de los Derechos forales debe realizarse manteniendo una conexión determinada con sus normas vigentes, especialmente con las Compilaciones.

Tampoco los Estatutos permiten superar definitivamente estas discrepancias, pues sólo el gallego se refiere a las «instituciones» de su Derecho y aunque el Amejoramiento navarro alude expresamente al desarrollo de la Compilación, ello se debe a la gran extensión que se consiguió para ésta en 1973.

Por consiguiente, deben repetirse para los Estatutos los mismos criterios derivados del texto constitucional, en el sentido de que el desarrollo de los Derechos forales no puede suponer su extensión a instituciones ajenas, sino exclusivamente el complemento de la regulación de instituciones propias forales. Este complemento podrá suponer la aplicación del régimen foral a instituciones conexas a las privativas, pero sólo cuando los principios forales y la realidad social del territorio foral impongan una disciplina particular, diferente de la que correspondería al amparo del Derecho general (63). Esta tesis, que

---

(61) Estatutos del País Vasco (art. 10 núm. 5), Galicia (art. 27 núm. 4), Amejoramiento navarro (art. 48) y de las Islas Baleares (art. 10 núm. 22).

(62) Por ejemplo, la Compilación catalana, como señala Faus i Esteve en «La reforma de la Compilació del Dret Civil especial de Catalunya», Rev. Jca. Cat. 1978, núm. 3, pág. 231, y se destacó en las II Jornadas de Dret Catalá, Tossa, 1982.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 1 de junio de 1981, ya indicó la difícil compatibilidad entre algunos preceptos compiladores y la Constitución. La ley de la Generalidad de 20 de marzo de 1984 es la pionera de esta adaptación foral a la Constitución.

(63) Ya expuse este criterio en «Prelación de normas civiles...», cit., pág. 751; en sentido parecido se pronuncia C. Lasarte en «Autonomías y Derecho Privado...», cit., pág. 104. Las variadas tesis sobre la cuestión se

exige mantener una conexión institucional con el vigente Derecho foral, contenido básicamente en las Compilaciones, no es, sin embargo, generalmente aceptada, por lo que es de temer que el ejercicio autonómico de las potestades legislativas desborde sus límites y llegue a construir verdaderos Códigos civiles paralelos.

En cualquier caso, existen ciertas materias civiles cuyo acceso a la competencia regional queda rigurosamente vedado por la Constitución; son las mencionadas en la segunda parte de su artículo 149, página 1, núm. 8. Es decir, que aunque existan normas forales que incidan sobre dichas materias, su conservación, modificación y desarrollo no podrá encomendarse a la Comunidad Autónoma respectiva por su Estatuto, sino que constituyen un reducto sólo accesible al Estado. El fundamento de la reserva estatal se encuentra en la necesidad de asegurar una regulación unitaria y uniforme de ciertos aspectos del Derecho civil, especialmente importantes para estructurar el Estado. Son materias cuasi constitucionales por referirse a la aplicación del Derecho, o a las bases del sistema económico y de la sociedad.

Los Estatutos de Autonomía, con buen criterio, omiten todo desarrollo sobre el alcance de las competencias estatales en este ámbito. Sólo el texto aragonés salva las competencias exclusivas del Estado que, debe recordarse, pueden incidir sobre el tradicional contenido de los Derechos forales (64).

A este respecto plantea especiales problemas lo dispuesto en el artículo 10, núm. 5, del Estatuto del País Vasco, al atribuir competencia a la Comunidad Autónoma para fijar el ámbito territorial de vigencia de su Derecho civil foral. Tal precepto puede entenderse doblemente inconstitucional; primero, por atribuir a la Comunidad una competencia, la de regular la aplicación de las normas y los conflictos interregionales, que está reservada al Estado, y segundo, por permitir la extensión de un Derecho foral a territorios en que no existe, no está vigente.

Sin embargo, el texto puede ser interpretado conforme a la Constitución y de acuerdo con las peculiaridades del Derecho foral vizcaíno.

Téngase en cuenta que históricamente en Vizcaya nunca hubo una unidad legislativa civil y que es tradicional en las poblaciones vizcaínas la aplicación de dos legislaciones civiles distintas. La Compilación de

---

expusieron en el Congreso de Zaragoza de 1981; véase el resumen de J. Alvarez-Sala, cit., pág. 380, y la conclusión 2.ª, que es del siguiente tenor: «La competencia legislativa aludida no se restringe en modo alguno a la situación actual de las Compilaciones vigentes, lo que sería ya contradictorio con la idea misma de legislación: legislar supone innovar. Los Derechos civiles forales o especiales constituyen cada uno un sistema del que la correspondiente legislación, e incluso la histórica, no es sino expresión parcial, informado por principios peculiares que le proporcionan posibilidades de autointegración. Hasta donde lleguen estos principios informadores llega la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas».

(64) El artículo 35 atribuye competencia a la Comunidad Autónoma de Aragón para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, «sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado» (núm. 4)

1959 intentó una ordenación más racional del tema, pero incurrió en criterios excesivamente rígidos, por lo que se ha propugnado su reforma. Con estos antecedentes debe entenderse que la competencia autonómica alcanza sólo a la delimitación concreta del territorio en que se aplica el Derecho foral de Vizcaya, la cual, además, habrá de ajustarse a los datos proporcionados por la realidad social y la dinámica de las poblaciones. Así entendida, la competencia autonómica no produce una expansión colonialista del Derecho Foral de Vizcaya, sino un deslinde de los territorios regidos por él y de los sometidos al Código civil (65).

Entre los aspectos del Derecho civil reservados de forma absoluta a la competencia del Estado tiene una configuración peculiar el relativo a las bases de las obligaciones contractuales, pues implica que en materia contractual podrá darse una colaboración normativa de las Comunidades Autónomas, siempre que sus potestades puedan extenderse a dicho ámbito. En cualquier caso la expresión constitucional significa que la regulación de los principios y reglas esenciales de la materia, los criterios generales y comunes, corresponde al Estado y que las normas autonómicas han de respetar dicha regulación, que aparece como jerárquicamente superior a ellas.

En esta materia no plantea problemas el rango que deben revestir las bases dictadas por el Estado, dado que el Derecho civil se encuentra, en general, excluido del ámbito reglamentario, pero en lo demás son trasladables los criterios elaborados doctrinalmente para estos supuestos de distribución de competencias, es decir, la eficacia de las normas básicas y la inducción de bases a partir de la normativa general.

Conviene destacar, para concluir, el juego de esta reserva estatal en la jurisprudencia constitucional; tanto durante la II República, cuya Constitución fue pionera al incluirla, como en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional.

El Tribunal de Garantías Constitucionales tuvo ocasión de fijar el concepto de bases de las obligaciones contractuales al enjuiciar la constitucionalidad de la Ley para la regulación de los contratos de

---

(65) Una buena exposición de los antecedentes del problema puede verse en A. Celaya Ibarra, «Vizcaya y su fuero civil», Aranzadi, 1965, pág. 85. Los problemas del texto estatutario se abordan por J. L. Lacruz, cit., pág. 101; R. Bercovitz, «Las competencias...», cit., pág. 60, y A. de León y C. Moreno-Luque, en su comunicación al I Congreso de Derecho Vasco, «Problemática en torno a la dualidad legislativa en la Comunidad Autónoma vasca». Los proyectos de los juristas vascos van, sin embargo, por un camino que vulnera claramente la Constitución. Véase la ponencia de A. Celaya al Congreso citado, titulada «Proyecto de Reforma de la Compilación de Derecho civil de Vizcaya y Alava», en la que admite la posibilidad de extender el Derecho foral vizcaíno por Alava y Guipúzcoa. De acuerdo con esta idea el Proyecto de Reforma incluye la concesión de un derecho de opción a los particulares, a los municipios y a los vizcaínos, para someterse a la legislación foral (arts. 1, 4 y 5), lo cual supondría incurrir en abierta inconstitucionalidad.

cultivo, promulgada por la Generalidad de Cataluña (66). Por su parte el Tribunal Constitucional, en su sentencia sobre la inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento Vasco que aprobó el Estatuto del Consumidor, parte de la consideración de que legislar en materia contractual es competencia exclusiva del Estado, incluyéndose en ese ámbito el régimen de la reparación de los perjuicios sufridos por los consumidores, es decir, la responsabilidad (67).

Al lado de estos límites generales a la competencia autonómica en materia civil debe admitirse la posibilidad de que el Estado utilice el medio especial, previsto en el artículo 150, p. 3, de la Constitución, las leyes de Armonización.

Tales leyes, cuya finalidad es fijar principios coordinadores y uniformadores de la legislación de las Comunidades Autónomas sólo podrán dictarse cuando lo exija el interés general y respecto de materias de competencia exclusiva regional. En estas condiciones será posible su empleo en el ámbito del Derecho civil y sobre materias reguladas por los Derechos forales (68). Es evidente que los principios así esta-

---

(66) La Ley de la Generalidad de 11 de abril 1934 dio lugar primero a una sentencia sobre cuestión de competencia legislativa, de 8 de junio de 1934, y luego a varias sentencias en recursos de inconstitucionalidad, fechadas en 27 de noviembre del mismo año. La primera sentencia, que ofrece mayor interés, señala: «Los poderes de las regiones autónomas en orden a la legislación civil tienen, entre otras, la limitación de no poder legislar sobre las bases de las obligaciones contractuales y ya se consideren éstas como las generales y comunes a toda clase de contratos (que son las de los títulos I y II del libro IV del Código Civil) o ya se extiendan, además, a las propias de cada una de aquellas categorías y aún a las de cada contrato en particular, es evidente que la ley de cultivos en cuestión, al estatuir sobre la autonomía de la voluntad, sobre la forma, sobre los efectos del contrato entre partes y para tercero; al limitar su objeto, al dar efectos reales a este contrato y al instituir el derecho de adquisición, ha legislado sobre materias propias de las bases de los contratos, reservada por el artículo 15 de la Constitución, al Estado español». Véanse los textos completos de las sentencias en M. Bassols Coma, «La Jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española», CEC, 1981, páginas 103, 155 y sig.

(67) Esta Sentencia es de 30 noviembre 1982 y en ella se dice: «El Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación civil, a salvo la propia de la Comunidad Autónoma en el ámbito del Derecho civil foral o especial. La regulación de las condiciones generales de contratación o de las modalidades contractuales corresponde al legislador estatal», además, respecto al derecho a la reparación de perjuicios, «si introduce un "novum" —y así puede entenderse el precepto— tendrá que hacerse mediante una Ley del Estado, pues el régimen de la responsabilidad debe ser uno y el mismo para todo el territorio del Estado».

(68) Las objeciones a este respecto de J. L. Lacruz (cit., pág. 122) no parecen suficientes, pues no cabe duda de la superioridad de rango de la Constitución, ni de la extensión del artículo citado a las competencias en materia civil. La reserva estatal de las bases de las obligaciones contractuales es un título competencial peculiar y totalmente distinto de las leyes de armonización. El tema lo aclara suficientemente la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la LOAPA, de 5 de agosto 1983. Precisamente en materia contractual, por tener el Estado una competencia específica, no sería utilizable la técnica de las leyes de armonización.

blecidos serán vinculantes para las Comunidades, derogando las disposiciones anteriores que los contradigan y viciando de inconstitucionalidad a las leyes regionales posteriores que los infrinjan. Su funcionamiento no reviste, pues, especialidad alguna en este campo.

## 2. *El Derecho consuetudinario.*

En tres regiones españolas el Derecho consuetudinario ha tenido acceso a los Estatutos de Autonomía; se trata de Asturias, Murcia y Extremadura. En los tres textos se contienen parecidas alusiones a ellos, pero es distinta su naturaleza y también son distintas las consecuencias que produce la existencia de cada uno en el ordenamiento jurídico regional.

Conviene tratar separadamente el contenido de cada uno de ellos y la posición en que quedan colocadas al respecto las Comunidades Autónomas.

A) *Extremadura.*—Parece evidente que el Derecho consuetudinario extremeño, de que trata el Estatuto, consiste en el Fuero del Baylio, observado desde tiempo inmemorial en zonas discontinuas de la región y confirmado legalmente en varias ocasiones.

Se trata, pues, de un Derecho foral, de preferente aplicación al Derecho estatal (Código civil), en su ámbito institucional propio, el régimen económico-matrimonial. El propio Estatuto se ocupa de recordar la existencia del Derecho foral extremeño, pero deja claro también que persiste inmutable su configuración tradicional (69).

Por consiguiente, el Fuero del Baylio no verá transformada su naturaleza consuetudinaria, como ocurrió con otros Derechos forales, se aplicará en los pueblos, donde se haya observado tradicionalmente y, en su virtud, «todos los bienes que los casados llevan al matrimonio, o adquieren por cualquier razón, se comunican y sujetan a partición como gananciales». Este mantenimiento de su carácter consuetudinario permite, por otra parte, superar las dificultades que en otro caso podría plantear la vigencia del Fuero en Ceuta (70).

(69) El artículo 12 del Estatuto de Extremadura dispone: «Corresponde a la Comunidad Autónoma la defensa y protección de las peculiaridades de su Derecho consuetudinario y las culturales, así como el acervo de las costumbres y tradiciones populares de la región, respetando en todo caso las variantes locales y comarcales».

Y el artículo 45 prevé que «la competencia de los órganos jurisdiccionales de la Comunidad Autónoma se extiende en materia civil a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión en cuestiones de Derecho foral extremeño».

(70) Sobre los orígenes, extensión territorial y contenido del Fuero, el trabajo más completo y reciente se debe a E. Cerro y Sánchez-Herrera, «Investigación sobre el Fuero del Baylio», Ed. Rev. Dcho. Priv., 1974; véanse sobre todo sus págs. 5, 15, 35, 71 y 98. Otro tratadista del Fuero, J. Boza Vargas, en «El Fuero del Baylio», Fregenal, 1898, es especialmente crítico, pues concluye afirmando que «en vista de la anormalidad que crea el Fuero del Baylio en las relaciones económicas de los cónyuges, y dada su reducida observancia, sería de estimar su abolición...» (pág. 45); idea obviamente no aceptada por los autores del Estatuto de Autonomía.

B) *Asturias*.—Mayores dificultades suscita el estudio del Derecho consuetudinario asturiano en materia civil. Primeramente ha de aludirse a la posible vigencia de instituciones reguladas en la Compilación del Derecho civil especial de Galicia, como son los foros y la compañía familiar, tal como indicaba ésta; pero también debe considerarse la pervivencia de costumbres en la organización de la familia rural (capitulaciones matrimoniales, autoridad del padre, posición de la mujer), que podrán considerarse vigentes siempre que no contradigan principios superiores del ordenamiento y en el aprovechamiento de bosques y pastos, aunque ya en el límite del Derecho público por referirse a terrenos comunales (71).

C) *Murcia*.—A las costumbres murcianas se las otorga especial relieve por el Estatuto de Autonomía, ya que alteran el órgano competente para resolver los recursos de casación o revisión en que se apliquen y pueden habilitar una especial competencia autonómica sobre el Derecho procesal.

No obstante, a pesar de su existencia y variedad, no parecen ser causa bastante para introducir tales alteraciones de la regulación general, ni para pretender una equiparación de la región con las tradicionalmente forales (72).

El Derecho consuetudinario de Murcia se refiere a instituciones de riego y contratos de cultivo, principalmente, pudiendo advertirse influencias castellanas, árabes y aragonesas (73).

Son ciertamente numerosas las materias civiles sobre las que han incidido tradicionalmente las costumbres murcianas, pero en muchos casos han sido superadas por la evolución social.

Otras, de mantener su vigencia, pueden tener aplicación en la situación jurídico-social del presente y formar parte del acervo cultural popular, como las llamadas «galas», la situación de la mujer como directora y consejera de la sociedad familiar, el prohijamiento y los

---

(71) Véase el artículo 1 de la Compilación gallega de 1963. Ciertas peculiaridades de la organización familiar en Asturias, del régimen de los aprovechamientos comunales, de la andecha (forma de tradición cooperativa), y de la mampostería, se exponen por M. Pedregal, J. Piernas y J. Costa en «Derecho consuetudinario y economía popular de España», tomo II, Barcelona, 1902, págs. 100 y 128. El artículo 16 del Estatuto de Autonomía dispone: «El Principado de Asturias impulsará la conservación y, en su caso, compilación del Derecho consuetudinario asturiano».

(72) De este Estatuto interesan ahora los artículos 8 (protección del Derecho consuetudinario por la Comunidad Autónoma), 13 letra h) (competencia autonómica sobre las especialidades de la legislación procesal que pudieran derivarse de las peculiaridades del Derecho consuetudinario) y 35 p. 1 a) (competencia de los órganos jurisdiccionales en el orden civil, incluso hasta conocer de los recursos de casación y revisión en las materias de Derecho consuetudinario murciano).

(73) En este punto debe hacerse remisión general a M. Ruiz-Funes García, «Derecho consuetudinario y economía popular de la provincia de Murcia», Madrid, 1916, y también del mismo autor, «El Derecho consuetudinario en la huerta y campo de Murcia», 1912, que expone el régimen de las instituciones citadas en el texto. La primera obra ha sido reeditada en 1983 por la Institución Alfonso X el Sabio, de Murcia.

testamentos verbales. Con todo, la regulación más amplia se refiere a los contratos (arrendamientos, variedades de aparcería, adquisición de productos hortícolas), ciertos aspectos del dominio (medianería, deslinde, relaciones de vecindad) y sistemas de riegos.

Las normas sobre riegos del Segura se fundan en el principio de que la propiedad de las aguas es privativa de la tierra, a cuyo disfrute va unida inmemorialmente, de forma que el sobrante del riego es intransmisible. Respecto de los riegos existe una compleja normativa de carácter administrativo, pero no llega a transformar la naturaleza esencialmente privada de los litigios que surjan entre los regantes particulares. Es de señalar, finalmente, la existencia en la región de sistemas de riegos de aplicación territorialmente más restringida, como los de Lorca, el Lobosillo, Fuente-Alamo, Totana, Librilla, etc..., fundados en principios opuestos al indicado para la huerta de Murcia.

Las referencias de los Estatutos examinados al Derecho consuetudinario regional tienen doble sentido. Por una parte destacan la existencia de una característica cultural propia de la región, que abona su constitución como Comunidad Autónoma; por otra, se utilizan como ámbitos materiales de competencias que se atribuyen a la Comunidad. Obviamente este último aspecto es el que interesa abordar a continuación.

Los textos de los Estatutos no son totalmente explícitos al regular el tema, aunque, como se indicó ya anteriormente, parece claro que las Comunidades no podrán transformar las costumbres regionales civiles, convertirlas en normas de Derecho escrito emanadas de órganos regionales.

Las funciones regionales se mantienen en un nivel más modesto y respetuoso con el Derecho consuetudinario, debiendo limitarse a su custodia, protección y fomento, respetando las variantes locales y comarcales; conservando, pues, las costumbres que persistan.

Quedan, así, vedadas expresamente las actuaciones autonómicas tendentes a generalizar costumbres locales o a resucitar los posibles derechos consuetudinarios históricos que hayan perdido vigencia. En todo caso, además, las costumbres estarán sometidas a la correspondiente censura y serán fuente subsidiaria, sometida a la ley.

Probablemente la función regional que revista mayor interés sea la recopilación de las costumbres que existan en el territorio, prevista expresamente en el Estatuto asturiano (compilación) e integrable, como medida de fomento, en los Estatutos murciano y extremeño. Pero el debido respeto a los principios constitucionales impone limitar la compilación o recopilación de costumbres a recoger por escrito las normas vigentes, con eficacia sólo para su territorio y manteniendo su condición, de forma que, en ningún caso, los órganos autonómicos ejerzan una potestad normativa.

Las costumbres compiladas deberán entenderse sujetas a un régimen peculiar, en cuanto que su notoriedad y constancia oficial releva de la necesidad de probar su existencia y vigencia, siendo así modulada la aplicación del artículo 1, p. 3, del Código civil. La

prueba de la costumbre vendrá a ser sustituida por la referencia a su recopilación que, al manifestar la norma de forma pública y precisa, podrá ser aplicada directamente, de oficio, por el juzgador (74).

Más allá de los límites expuestos llega el Estatuto de la Región de Murcia, que asigna a la existencia de un Derecho consuetudinario regional consecuencias desproporcionadas, como son atribuir a la Comunidad competencia normativa procesal y encomendar la resolución de los recursos de casación y revisión en materias civiles sobre instituciones consuetudinarias a los órganos jurisdiccionales del territorio.

La regulación estatutaria tiene, sin embargo, una finalidad más concreta y ajustada a la Constitución: asegurar la pervivencia de las normas sobre riegos y del Consejo de Hombres Buenos como Tribunal consuetudinario y tradicional. Sólo así, dentro de los límites marcados por el artículo 125 de la Constitución, cabe entender las peculiaridades procesales murcianas (75).

### 3. *Las fundaciones e instituciones tutelares.*

Existen otras materias, tradicionalmente integrantes del Derecho civil, que se incluyen por algunos Estatutos de Autonomía en las listas de aquéllas sobre las que ostenta competencia la respectiva comunidad. Se trata de las fundaciones y de las instituciones tutelares, que tienen en común el ser materias reguladas por normas jurídicas de distinta naturaleza, principalmente civiles y administrativas.

Se produce en estos casos una concurrencia de reglas competenciales, pues al Estado corresponde en exclusiva la legislación civil según la Constitución, que sólo cabe resolver atendiendo al criterio de clasificación de las disciplinas jurídicas presente en el artículo 149, p. 1, de la norma fundamental (76).

En consecuencia deben separarse los distintos aspectos de las instituciones, de forma que al Estado se reserve la competencia sobre las cuestiones civiles o de Derecho privado y la Comunidad Autónoma respectiva pueda organizar el régimen administrativo que incida sobre tales instituciones.

El criterio expuesto parecen corroborarlo los propios textos estatutarios refiriéndose a las fundaciones en lugar distinto al Derecho

---

(74) Sobre la prueba de la costumbre y sus posibles excepciones, véanse: J. Puig Brutau, cit., pág. 206; F. de Castro, cit., pág. 444, y el inestimable trabajo de N. Alcalá-Zamora, «La prueba del Derecho consuetudinario», Rev. Dcho. Privado, 1934, págs. 145 y sig., con referencia incluso a las costumbres compiladas.

(75) Estos Tribunales son tratados por A. Guaita en «Derecho administrativo, aguas, montes, minas», Cívitas, 1982, pág. 184, con remisión al precepto citado de la Constitución.

(76) El Tribunal Constitucional en su Sentencia de 30 noviembre 1982 ha examinado el problema de que, respecto de una norma autonómica, concurren varias reglas definitorias de competencias, de las cuales es preciso determinar cuál es la prevalente en cada caso, según la materia regulada.

foral, único ámbito jurídico-privado sobre el que pueden recibir competencias normativas, atribuyendo las mismas competencias sobre ellas a Comunidades Autónomas no forales y salvando expresamente la legislación civil de las competencias autonómicas sobre instituciones tutelares (77).

Así, las comunidades que tengan atribuida competencia podrán establecer el régimen administrativo de las fundaciones, su clasificación, fomento, patronato y protectorado, así como de la beneficencia, clasificación y fomento de las instituciones tutelares, pero su normación jurídico-privada sólo podrá emanar del Estado (requisitos de constitución, personalidad jurídica, organización de las fundaciones en general; la tutela como institución complementadora de la capacidad de obrar).

Precisamente haciendo uso de las competencias a que nos referimos la Generalidad de Cataluña promulgó una Ley de Fundaciones Privadas que extendía su alcance hasta regular aspectos jurídicos-privados. Dicha ley, de buena factura técnica, invadía claramente el campo de la legislación civil reservado al Estado y hubiera dado ocasión a que el Tribunal Constitucional abordase directamente el tema suscitado por la concurrencia de títulos competenciales distintos, pero el recurso interpuesto en un principio por el Gobierno fue luego retirado (78).

#### 4. *El régimen del notariado.*

Según la Constitución, no todo el Derecho notarial queda reservado al Estado, sino sólo la «función notarial», por lo que los Estatutos podían encomendar a las Comunidades Autónomas el régimen de la organización notarial. Sin embargo, esta posibilidad no ha sido utilizada, pues las únicas facultades atribuidas a las autonomías en esta materia son de carácter ejecutivo, de forma que el Derecho notarial continúa siendo exclusivamente de procedencia estatal.

Las competencias autonómicas se limitan, según buen número de Estatutos, a verificar el nombramiento de los Notarios que deban actuar en el territorio de la Comunidad, pero siempre con sujeción a lo dispuesto en las leyes del Estado (79).

---

(77) Véanse los distintos preceptos referentes a estas competencias sobre fundaciones los artículos 10 núm. 13, del Estatuto vasco; 9 núm. 24 del catalán, 27 núm. 26 del gallego; 13 núm. 25 del andaluz, 35 m) del castellano-manchego y 16 a) del balear; sobre instituciones tutelares sólo los artículos 10 núm. 14 del Estatuto vasco y 9 núm. 28 del catalán.

(78) J. M. Vilaseca i Marcet, «Entorn de la legislació catalana sobre fundacions privades», *Rev. Jca.*, de Cat., 1983, núm. 1, págs. 7 y sig., expone el ámbito regulado por la ley, que sobrepasa los aspectos administrativos de la institución. Al margen de ello, dicha ley 1/1982, de 3 de marzo, es la primera norma de dicho rango que regula completamente las fundaciones privadas en Derecho español.

(79) Véanse los artículos 10 núm. 22 del Estatuto vasco, 24 del catalán, 26 del gallego, 53 del andaluz, 41 del valenciano, 31 del aragonés, 26 del castellano-manchego, 28 del canario, 52 del mejoramiento navarro, 53 del

Aparte de ello, los Estatutos, en su condición de normas legales, contienen, a veces, dos reglas sobre organización notarial: una procedimental, imponiendo la participación de la Comunidad en la fijación de las demarcaciones y en la determinación del número de Notarios que actúen en su territorio; otra, de régimen interior, atribuye preferencia para el ejercicio de la función notarial en el territorio autonómico a quienes acrediten la especialización en el Derecho regional. Ambas reglas estatutarias deben ser desarrolladas por el Estado, incorporándolas a la regulación de las demarcaciones, de las oposiciones de ingreso y de los traslados existente en el Reglamento Notarial (80).

### 5. *Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles.*

La regulación constitucional de la materia registral es similar a la notarial ya indicada. Se reserva al Estado la ordenación de los Registros públicos y, en consecuencia, la potestad normativa para regular los Registros de la Propiedad y los Mercantiles, únicos aludidos por los Estatutos, es exclusiva del Estado.

Resultan compatibles con los principios constitucionales las regulaciones estatutarias de esta materia que, como respecto de los Notarios, sólo van a disponer la intervención de las Comunidades Autónomas en el nombramiento de los Registradores que vayan a ejercer sus funciones en la región y en el procedimiento de fijación de las demarcaciones registrales. En todo caso las funciones autonómicas serán sólo de ejecución de las normas estatales y de índole puramente administrativa.

Sólo dos Estatutos imponen la preferencia de la especialización en Derecho foral para el destino en Registros radicados en el territorio

---

balear y 24 del castellano-leonés. El alcance de esta competencia autonómica ha sido concretado por el Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia de 22 de julio de 1983. En ella se precisa, contra la pretensión de la Generalidad de Cataluña, que por nombramiento debe entenderse la concreta designación, no la celebración del procedimiento de selección o traslado, que continúa siendo competencia del Estado. Sin embargo, se añade que la Comunidad Autónoma puede constrañar la legalidad de las propuestas de los Tribunales calificadoros o de la Dirección General de los Registros y el Notariado, lo cual supone introducir un trámite de control cuyas consecuencias están indeterminadas y carece de base legal. Con esta sentencia el Tribunal considera ya definitivamente resuelto el tema (véase la sentencia de 29 de noviembre de 1983).

Sobre este tema véase también J. L. Gimeno, «La ordenación de los registros e instrumentos públicos en la Constitución española de 1978», Rev. Cr. de Dcho. Inmob. núm. 552/1982, pág. 1333.

(80) Sin embargo, la última reforma del Reglamento Notarial, realizada por el Real Decreto 1.163/1983, de 30 de marzo, omite toda referencia a la especialización en los Derechos Forales, que debe tener más entidad que la mera existencia de estas materias en el temario de las oposiciones, así como a la participación de las Comunidades Autónomas en la revisión de las demarcaciones, aunque la modificación que lleva a cabo afecta principalmente a este tema. En la nueva demarcación realizada por el Real Decreto 5301/1983, de 7 de diciembre, tampoco se alude a las Comunidades Autónomas.

autonómico, pero parece aconsejable que, al desarrollar el Estado sus preceptos en los reglamentos correspondientes. Tal criterio se generalice a todas las regiones con Derecho civil foral (81).

#### 6. *Transferencias de bienes y servicios.*

El ejercicio por las Comunidades Autónomas de las competencias asumidas en sus Estatutos requiere que previamente sean dotadas de los medios materiales precisos, especialmente de los servicios y bienes pertenecientes al Estado y que se encuentren destinados a la realización de tales competencias.

Al Derecho civil afecta la regulación estatutaria de esta materia en relación con la transmisión de los derechos del Estado sobre bienes de su pertenencia y con los efectos que la misma pueda ocasionar a terceros.

Como punto de partida debe señalarse que las transferencias de bienes no se operan por ministerio de la ley, sino que es preciso, según los Estatutos, el acuerdo de la respectiva Comisión Mixta paritaria, integrada por representantes de la Administración del Estado y de cada Comunidad, y la aprobación del Gobierno mediante Real Decreto. A pesar de la confusión que se advierte en los Estatutos, pues se refieren a los «acuerdos gubernamentales debidamente promulgados», las transferencias se realizan mediante actos administrativos emanados del Gobierno, que no son normas jurídicas, aunque revistan la forma de Decreto (82).

(81) Tampoco se han cumplido las previsiones estatutarias en las reformas del Reglamento Hipotecario llevadas a cabo por Real Decreto 3.215/1982, de 12 de noviembre, y Real Decreto 3.503/1983, de 21 de diciembre.

Véase sobre la incidencia de la Constitución en el Registro de la Propiedad: J. M. Chico Ortiz, «Los principios jurídicos constitucionales e institucionales en el tráfico jurídico inmobiliario», en la Constitución española y las fuentes..., cit., pág. 613, también «La penetración del Derecho público en el privado: su reflejo constitucional y la repercusión en el Registro de la Propiedad», Rev. Crit. Dcho. Inmob., núm. 552/1982, pág. 1175; P. Casado Burbano, «La legislación hipotecaria en el proceso histórico de las autonomías», en la misma Revista, núm. 550/1982, pág. 713. La Institución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 diciembre 1983 atiende a los problemas que, en el escalafonamiento de los Registradores,, producen las funciones de nombramiento asumidas por las Comunidades Autónomas.

Sólo el Estatuto aragonés y el Amejoramiento navarro (arts. 31 y 52) imponen la especialización en Derecho foral; los estatutos balear y castellano-leonés (arts. 53 y 24), por su parte, únicamente prevén intervención autonómica en la fijación de las demarcaciones.

(82) La regulación se hace en las disposiciones transitorias de casi todos los Estatutos y el defecto técnico apuntado se produce también en el artículo 28, p. 2, de la LOAPA, aunque ha sido corregido en los Reales Decretos 1956 a 1959/1983, de 29 de junio, sobre traspaso de funciones a las Comunidades de Castilla-León, Extremadura, Baleares y Madrid (art. 10 de todos ellos, «acuerdos de traspaso debidamente aprobados y publicados»).

Véase: L. Cosculluela Montaner, «La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas», en La Constitución Española y las fuentes..., cit., pág. 586.

En consecuencia, los bienes afectos a los servicios transferidos se transmiten, por su parte, a la Comunidad Autónoma por virtud de actos dictados por la Administración del Estado y en ejecución de las previsiones estatutarias.

Cuando se transfieren bienes inmuebles, la generalidad de los Estatutos suelen establecer que será título suficiente para la inscripción registral de la transmisión la certificación de los acuerdos del Gobierno por la Comisión Mixta.

El sistema adoptado es claramente excepcional. En primer lugar porque quien certifica ordinariamente de los acuerdos del Gobierno es su Secretario, el Ministro de la Presidencia, no una Comisión Mixta ajena al Gobierno, y, en segundo término, porque los Estatutos señalan también que la certificación deberá contener los requisitos exigidos por la Ley Hipotecaria. Con ello parece hacerse referencia a la certificación administrativa como título inmatriculador, regulada en el artículo 206 de la citada ley, desarrollado por los artículos 303 a 307 de su Reglamento. Esta remisión, plenamente eficaz en cuanto a los datos que deban hacerse constar (art. 303 del Reglamento Hipotecario), no alcanza los efectos propios de tal cauce de inmatriculación si ésta no se produce por estar los bienes inscritos en el Registro (83).

Los problemas causados por el procedimiento establecido no carecen, sin embargo, de antecedentes bien cercanos, pues el mismo rigió la inscripción a nombre del Estado de los bienes integrantes del patrimonio del extinto Movimiento Nacional (regulada por el artículo 6 del Real Decreto-Ley 23/1977, de 1 de abril). Y precisamente un tema que planteó dificultades en aquella ocasión, la sucesión en la titularidad de los arrendamientos de locales (84), aparece directamente abordado y resuelto por los Estatutos. Dado que se considera producida una subrogación inmediata de la Comunidad Autónoma en las relaciones jurídicas del Estado referidas a los servicios transferidos, se dispone que el cambio de titularidad del arrendamiento no dará derecho al arrendador para extinguir o modificar el contrato (85).

Efecto primario de esta regulación es hacer inaplicables los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos sobre aumento de renta a consecuencia del traspaso (artículo 42) o extinción del arriendo por cesión irregular (artículo 114, núm. 5), lo cual supone un evidente

---

(83) El texto de las disposiciones transitorias de los Estatutos se repite en el artículo 28, p. 2, de la LOAPA, que ha sido considerado constitucional en la Sentencia de 5 de agosto de 1982 del Tribunal Constitucional. Ahora ha pasado a ser el artículo 21, p. 2 de la ley 12/1983, de 14 de octubre, reguladora del Proceso Autonómico.

(84) Una exposición de la cuestión puede verse en Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1977, «Consecuencias jurídicas de la extinción de la personalidad del Movimiento en orden a las relaciones arrendatarias del mismo», a cargo de L. Ruiz-Salinas, pág. 627.

(85) De forma técnicamente más perfecta los Estatutos aragonés (disposición transitoria 7.ª, p. 2) y de Castilla-León (disp. trans. 3.ª, p. 3) establecen que la transferencia de servicios del Estado operará de pleno derecho la subrogación de la Comunidad en la titularidad de las relaciones jurídicas.

perjuicio para el arrendador, aunque ineludible por la necesidad de asegurar la permanencia de los servicios administrativos.

En cualquier caso, las disposiciones reguladoras de las transferencias debían haber sido recogidas en una normativa general, aplicable a todas las Comunidades Autónomas, y no integrarse como apéndice en todos los Estatutos. Con ello se evitarían las cuestiones que pueden surgir ante las omisiones o discrepancias advertibles entre los diversos textos (86).

## CONCLUSION

Los resultados de la investigación comparada de los Estatutos de Autonomía, que hemos realizado, son bastante desalentadores. Los textos estatutarios no sólo no han servido para superar las dificultades planteadas por la defectuosa técnica del título VIII de la Constitución, sino que muchas veces aprovechándola han introducido mayor confusión en la regulación de ciertas materias.

El proceso de elaboración de los distintos Estatutos ha adolecido, en general, de desorden, quedando pendiente la fijación de su contenido de criterios políticos más que jurídicos, lo cual supone que, en ocasiones, los Estatutos llegan a vulnerar abiertamente la Constitución.

La situación descrita tiene reflejo en las numerosas instituciones del Derecho civil que encuentran regulación estatutaria, pues aparecen discrepancias, entre los diversos textos, carentes de justificación y preceptos de difícil encaje constitucional. Con ello se dificulta extraordinariamente la labor del intérprete, que constantemente ha de forzar la letra de los Estatutos para acomodar su sentido al llamado «bloque de constitucionalidad».

En todo caso resulta evidente, por una parte, la incidencia de los Estatutos de Autonomía en el Derecho civil, sobre todo su parte general y, por otra, la necesidad de llevar a cabo el estudio comparado de aquéllos, a fin de obtener una visión global del fenómeno autonómico.

---

(86) Una muestra de los problemas planteados puede verse en la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de julio de 1982, referente a la ley del Patrimonio de la Generalidad de Cataluña (especialmente su fundamento jurídico segundo).

# Leyes, jueces, juristas, en la formación del Derecho romano y del Common Law inglés

GIOVANNI PUGLIESE

Catedrático de la Universidad de Roma

1. El tema que he escogido como objeto de mi exposición (1) se refiere al vastísimo campo de las fuentes del Derecho, es decir, de aquellos actos o aquellos hechos (o desde otro punto de vista, de aquellos órganos o aquellas personas) *quibus permissum est iura condere*, a quienes precisamente el ordenamiento les reconoce el poder de crear Derecho. Y las palabras «leyes, jueces, juristas», especialmente si son entendidas en el sentido amplio que precisaré, cubren una vastísima parte de aquel campo. Todavía, es natural que de las fuentes a que estos términos aluden, consideraré solamente algún aspecto sobresaliente, con el objetivo preciso de poner en evidencia el peso de su respectiva contribución a la formación de uno y otro de los sistemas jurídicos tomados en examen.

Y en efecto, es comúnmente sabido que los caracteres de cada sistema jurídico, y particularmente el grado de su capacidad de percibir y satisfacer las exigencias sociales con prontitud, constancia y equilibrio, que sin duda son componentes esenciales de lo que llamamos justicia, dependen en gran medida de las fuentes que los han formado y los forman. Y dado que las «leyes» en el sentido amplio que mencionaba y que trataré de aclarar, operan en todos los sistemas jurídicos no del todo primitivos, lo que cuenta es establecer si operan y cuándo operan otras fuentes; si por tanto se reconozca en particular a los jueces y a los juristas la idoneidad para crear Derecho, y en caso afirmativo, cuál sea la proporción entre éstos y las leyes en la producción global del Derecho, cuáles sus relaciones recíprocas y sus interacciones.

2. En el trinomio «leyes, jueces, juristas» aparentemente no hay homogeneidad, puesto que las «leyes» son actos; los «jueces» y los «juristas» son órganos o personas. Hubiera podido, respetando la homogeneidad, hablar de «legisladores» antes que de

---

(1) Conferencia pronunciada en la primavera de 1983 en las Universidades Autónoma y Complutense de Madrid, Sevilla y Valladolid. Agradezco al amigo Armando Torrent su ayuda prestada para la versión española.

«leyes». Por el contrario, he preferido el término «leyes», porque este tipo de fuente está más «despersonalizado» que las fuentes judiciales y jurisprudenciales. La mayor «despersonalización» de la ley no es debida solamente a la distancia cronológica o incluso histórica que puede subsistir entre el momento de la emanación del acto y aquél en que el acto todavía está vigente y aplicable (distancias similares también pueden contemplarse en algunos sistemas y en algunas épocas, incluso en los campos judicial y jurisprudencial), sino sobre todo al hecho que por lo general, el acto legislativo, hasta cuando es formalmente de origen autocrático, normalmente es elaborado por una pluralidad de personas no siempre fácilmente individualizables, y frecuentemente privadas de una caracterización propia, o cuya individualidad y caracterización casi siempre están destinadas rápidamente a ser irrelevantes. Por el contrario, en el campo judicial y jurisprudencial la relación entre el acto y las personas que lo realizan es más estrecho y persistente. Esto es cierto en el campo judicial, aunque la sentencia venga emanada por un órgano colegial, porque el tribunal opera siempre bajo la guía de personas bien individualizadas como el presidente, el relator, el ponente. Y es todavía más cierto en el campo jurisprudencial, si bien debe admitirse que el jurista es tanto más apreciable cuanto más logra ser objetivo. De hecho la objetividad no excluye mínimamente la influencia de las cualidades personales del jurista; es más, ella misma es una de estas cualidades.

Al término «leyes» doy, pues, un significado más amplio del que se le suele dar. En efecto, para evitar el recurso a una serie más bien larga de palabras cuyos significados pueden a veces superponerse y parecer demasiado vagos, he preferido usar el único término «leyes» para indicar cualquier acto de una autoridad pública (al margen de la decisión judicial de una controversia) que pueda prescribir imperativamente una determinada conducta a uno o varios sujetos. Comprendo en el término «leyes» consiguientemente, tanto los actos emanados por el órgano supremo del ordenamiento, cuanto los actos procedentes de órganos inferiores, siempre que estén dotados en el campo específico de aquel poder. Comprendo además tanto los actos cuya prescripción tiene carácter general y abstracto, es decir, los que tienen naturaleza de norma, como aquellos que contienen un precepto específico y concreto, es decir, relativo a un sujeto singular o grupo de sujetos, y que prescriben una determinada conducta. También comprendo finalmente, aquellas leyes particulares que son los códigos. Esta elección se muestra útil sobre todo con referencia al Derecho romano, porque nos libera de enumerar distintamente junto a las *leges republicanas* y las *leges generales* del Dominado, los *plebiscita*, los *senatus consulta*, las *constitutiones principis* (y de subdistinguir todavía estas últimas en *edicta*, *mandata*, *epistulae*, *rescripta*, *decreta*, o para una época más tardía, *leges generales* y *leges speciales*, o bien todavía *edicta*, *pragmaticae sanctiones*, *adnotationes*, *rescripta*, *decreta*, etc.). Para el Common Law inglés la utilidad de

la elección es menos evidente; ésta se manifiesta sobre todo en la posibilidad de hablar así de «leyes» incluso con referencia a los «códigos» dada la importancia que la ausencia de códigos tiene para los caracteres del sistema inglés, pero no puede tampoco olvidarse la ventaja de no tener que distinguir con pedantería entre «statutes» y «by-laws» (u otros actos normativos no emanados por el Parlamento).

3. El Derecho romano y el Common Law inglés tienen en común la tendencia a no asignar a las leyes una posición central y dominante entre las fuentes del Derecho. Para ser exactos, ésta es la opinión corriente entre los estudiosos actuales, y no se puede decir en líneas generales que sea equivocada. Conviene aún distinguir entre uno y otro campo del Derecho, como también entre una y otra época, y conviene particularmente precisar la especie y los tipos de «leyes», que a pesar de tal tendencia, fueron o son emanadas en aquellos sistemas jurídicos, y que parecen tener diversa importancia según los tiempos y las materias reguladas.

En Derecho romano es ante todo importante distinguir las épocas. En la época antigua (desde los orígenes hasta mediados del siglo III a.C.) las «leyes», aún sin pretender tener el primer puesto en la producción del Derecho, han sido bastante relevantes junto a los *mores* y a la *interpretatio* de la jurisprudencia pontifical. Particular importancia tiene la emanación de las XII Tablas, en la práctica un gran código, que si no es clasificable como uno de los tipos de leyes conocidos en la República avanzada (*leges rogatae, datae*), todavía constituyó en la tradición romana la «ley» por excelencia. Su característica destacada fue comprender conjuntamente normas de Derecho privado con normas de Derecho penal, e incluso de Derecho constitucional.

Sólo al llegar el siglo III a.C. asume importancia la tendencia a admitir una pluralidad de fuentes del Derecho y a privilegiar aquellas no legislativas, especialmente las judiciales y jurisprudenciales. Pero esto es cierto esencialmente en el campo del Derecho privado. En el campo del Derecho público, a pesar de la ausencia de una constitución escrita y la correlativa importancia de los *mores* y de la praxis, las «leyes» tanto las *leges* y *plebiscita* republicanos como después los senadoconsultos y los *edicta* y *mandata* del *princeps*, han conservado un valor central. Y en el campo específico del Derecho penal de finales de la República y principios del Principado, incluso las «leyes» en el sentido preciso de *leges* y *plebiscita*, tomaron el monopolio casi exclusivo de la producción jurídica.

Estas consideraciones relativas a las diversas ramas del Derecho público eran necesarias para que no se perdiese de vista la variedad y multiplicidad de la realidad histórica. Pero ahora podemos detenernos sobre la contribución respectiva de leyes, jueces, juristas, a la formación de la parte técnicamente más avanzada y tradicionalmente más apreciada del Derecho romano, es decir, la parte del Derecho privado. Ya hemos hecho mención de la

época arcaica. A comienzos de la época preclásica, hacia la mitad del siglo III a.C. el sistema romano de Derecho privado tenía todavía su base en las XII Tablas, pero a estas alturas era una base alejada en el tiempo (se remontaba a dos siglos antes), y su adaptación y desarrollo habían sido obra de la llamada *interpretatio prudentium* (primero pontifical, luego laica) fuera de cualquier acto al que pudiera darse el nombre de ley, incluso en el sentido amplio y genérico del que hemos hablado. La formación ulterior del Derecho privado se benefició también de la contribución de leyes, y precisamente de *leges*, *plebiscita*, *senatusconsulta*, *constitutiones principum*, pero en su gran parte fue una contribución ocasional y fragmentaria, y sólo en la época clásica esta contribución logra una cierta consistencia cuantitativa. Es importante en esta época (y especialmente en los siglos I y II d.C.) la contribución de los senadoconsultos. Igualmente, y acaso más importante, fue la función desarrollada por las constituciones imperiales, pero éstas fueron casi siempre *rescripta* o *epistulae*, a veces *decreta*, es decir, actos de carácter específico y concreto que prescribían una conducta singular a un sujeto singular o grupo de sujetos en relación a una situación particular de hecho. Por las razones que he expuesto, igualmente llamaré «leyes» a actos de este género. Todavía debo observar que aún siendo expresiones del órgano supremo, y por tanto imperativamente vinculantes, estos actos, por su contenido y por el procedimiento a través del cual eran elaborados, tenían puntos de contacto con la obra de los juristas y de los jueces, y aquí está quizá la razón de la importancia que asumieron en la formación del Derecho privado en un período en el que el papel de las leyes al respecto era en general modesto.

4. Reconocido el puesto debido a las «leyes» en sentido amplio entre los factores del desarrollo del Derecho privado también en las épocas preclásica y clásica, se debe admitir de todos modos que este desarrollo se produjo sobre todo por obra de fuentes a las que en ninguna manera podría darse el nombre de «leyes»: este desarrollo se produjo por obra de los *mores*, usos o costumbres, actos de los magistrados jurisdiccionales, actividad de los juristas. Dejando aparte el primero de estos grupos, cuya contribución había sido la mayor en la época antigua, y que tuvo probablemente una parte de relieve tanto en la evolución del *ius civile* como sobre todo en la formación del *ius gentium*, los otros dos grupos pueden llevarse a las dos categorías que son junto a las leyes, objeto de mi discurso: jueces y juristas.

Me refiero en primer lugar, como es obvio, a la obra del pretor urbano y del peregrino, junto —aunque sea a un nivel más bajo— a las contribuciones de los ediles curules y de los gobernadores provinciales.

Ciertamente el pretor urbano y el peregrino, los ediles curules, los gobernadores provinciales, no eran jueces en sentido propio porque no juzgaban. Su función exacta no encuentra líneas para-

lelas en las experiencias jurídicas modernas, y por tanto no son encuadrables exactamente en categorías modeladas sobre estas experiencias. Sin duda estos magistrados se ocupaban de las controversias concretas y contribuían a su resolución desarrollando por tanto una función seguramente jurisdiccional. Pero hay que tener presente que junto a estos magistrados, y nombrados por éstos, habían verdaderos jueces (*iudices, recuperatores*) que pueden —a su vez— haber participado en nombre propio a la producción del Derecho.

Los magistrados que acabamos de indicar, especialmente el pretor urbano y el peregrino, participaron en la producción del Derecho en cuanto al establecer (como era su cometido) los presupuestos que el juez debía declarar como cierto o no cierto para poder y deber condenar al demandado o bien absolverlo, y por tanto al permitir o aprobar la llamada fórmula en la que se indicaban estos presupuestos. Y al respecto ellos eran y se consideraban libres de no aplicar el Derecho vigente en aquel momento, y de establecer presupuestos diversos en todo o en parte de los previstos en tal Derecho. De este modo, el precepto específico fijado por los jueces con su sentencia a veces no era sino la aplicación en concreto del Derecho vigente en aquel momento; otras veces era un precepto nuevo del todo, más o menos diverso de lo que el juez habría establecido en aplicación del Derecho vigente. Se entiende que este nuevo precepto se refería únicamente al caso concreto que había sido sometido al magistrado y al juez, pero el magistrado podía considerarlo un precedente que habría podido seguir en otros casos del mismo tipo, estableciendo en la fórmula los mismos presupuestos que habían determinado aquella sentencia. Las posteriores providencias del magistrado relativas a casos del mismo tipo, y las consiguientes sentencias del juez, resultaron por tanto influenciadas, es más, guiadas por aquel precedente, como si hubiese fijado una regla. Los magistrados fueron después más adelante por este camino, en cuanto al comienzo del ejercicio del cargo (que normalmente duraba un año) emanaban un edicto en el que comunicaban al público como iban a ejercitar su función, y en particular en qué casos habrían permitido que se desarrollase un proceso y se pronunciase una sentencia y según qué presupuestos. De este modo, los magistrados no hacían solamente crear nuevo Derecho a los jueces en los singulares casos concretos, sino que con las sucesivas generalizaciones culminadas en la redacción del edicto, creaban ellos mismos nuevo Derecho para los diversos casos abstractamente descritos que se podrían verificar en el futuro. Por otra parte hay que observar que el Derecho así creado por los magistrados en el caso concreto o en forma general (*ius honorarium, ius praetorium*), fue considerado por los romanos como un Derecho precisamente diverso del que se derivaba de otras fuentes.

También los verdaderos jueces es posible —se decía— que hayan contribuido en nombre propio a la producción del Derecho,

sin que por ello estuvieran limitados a derivar las consecuencias prácticas de los presupuestos de su decisión establecidos en la fórmula aprobada por el pretor. Esta contribución específica de los órganos judiciales escapa frecuentemente a la percepción de los romanistas modernos, dado que el contenido de sus sentencias no sólo no está atestiguado directamente en los documentos que nos han llegado, sino que ni incluso es discernible ni reconstruible a través de otras fuentes, a no ser en casos muy raros y en modo muy sumario. Todavía esta labor debió de ser muy importante especialmente cuando como es de suponer, los jueces hicieron operantes las interpretaciones y orientaciones de los juristas que desde las XII Tablas habían elaborado y hecho «fluir» como dice Pomponio (D. 1,2,2,6 en relación con el prgf. 5) el *ius civile* de la última República: interpretaciones y orientaciones que de hecho por sí mismas habrían tenido solamente valor doctrinal si no hubieran sido seguidas y aplicadas en modo constante por aquellos jueces, verosímilmente después de una labor de filtro y selección realizada por ellos mismos.

Por otro lado no se debe olvidar el *officium iudicis*, que si muchas veces sirvió únicamente para resolver cuestiones singulares en el modo considerado mejor para el caso concreto (por ejemplo, determinar el contenido de la *restitutio* a prescribir al demandado vencido), hizo posible otras veces la introducción (de acuerdo frecuentemente con los juristas) de reglas generales, como por ejemplo, las que refieren las *stipulationes iudiciales* a imponer a los demandantes victoriosos para impedirles obtener de su victoria ventajas injustificadas (cfr. Alf. D. 6,1,57; Ner. D. 5,3,57; Pap. D. 3,5,31 (30), 1, y más en general, Pomp. D. 45,1,5 pr.). Hay además un instituto de seguro origen judicial en cuanto se deriva de las sentencias del tribunal de los *centumviri*, como es la *querela inofficiosi testamenti*.

También en materia penal, fuera del ámbito en que entre el siglo I a.C. y I d.C. se ejerció aquella especie de monopolio legislativo al que me he referido, la producción del Derecho se desarrolló frecuentemente a través de actividades jurisdiccionales, sea la de los comicios, como la de los magistrados urbanos y gobernadores de provincia. Durante la época clásica, más tarde, la represión *extra ordinem*, que para bien y para mal contribuyó largamente a la evolución del Derecho penal, trajo su origen principalmente de pronunciamientos judiciales. Es cierto, por otra parte, que aquellos que influyeron en mayor medida, fueron pronunciamientos del *princeps* o del senado, es decir, de órganos del más alto nivel, dotados conjuntamente (ignorando el mundo romano la doctrina de la división de poderes) de poder jurisdiccional y legislativo.

5. Pasamos a los juristas. Su contribución a la formación del Derecho privado, ya desde la época antigua a través de la jurisprudencia pontifical, después particularmente en aquella preclásica y clásica, no tiene necesidad de ser ilustrada, puesto que cons-

tituye un lugar común. Desde el punto de vista formal, los juristas tuvieron más autoridad que poder en el sentido que sus *responsa* y sus escritos no constituían Derecho inmediatamente, sino que regularmente eran seguidos por los órganos que producían Derecho, no tanto por los legislativos como por los magistrados y jueces. Los *responsa* de ciertos juristas recibieron, de todos modos, una ulterior impronta legislativa cuando Augusto y sus sucesores dieron a éstos el famoso *ius respondendi ex auctoritate principis*. Pero sólo fue un rescripto de Adriano quien reconoció de modo explícito el valor jurídico de estos *responsa*, dándoles como dice Gayo 1,7 la eficacia de vincular al juez, y siempre que no estuvieran en contradicción con otros *responsa*. Las otras obras de los juristas no obtuvieron oficialmente esta eficacia jurídica, aunque la conquistaran de hecho en la praxis. Bastante extrañamente el valor como fuente de Derecho de todo cuanto había sido escrito por los juristas clásicos, aunque sólo fuera de algunos (los más importantes) de éstos, e incluso si no estaban todos de acuerdo, se estableció casi doscientos años después de la muerte del último importante jurista clásico en la conocida «Ley de Citas» de Valentiniano III. En realidad, como quizá también en el caso del rescripto de Adriano, no se trataba de una innovación, sino de confirmación de lo que se practicaba y del intento de darle una regulación. Como está claro por el contrario, que las sugerencias dirigidas por los juristas al pretor o a otros magistrados, y las relativas propuestas de fórmulas o de otros esquemas de procedencias magistratuales, no constituían Derecho por sí mismas, y todavía, gracias a la autoridad que gozaban estos juristas particulares, tales sugerencias fueron acogidas de modo que muchas fórmulas y otras medidas pretorias o magistratuales pueden hacerse remontar a los juristas.

El panorama es esencialmente sumario, pero ya en esta sumaria nos muestra la vastedad y profundidad de la contribución de los juristas a la formación del Derecho romano en la fase preclásica y clásica, vastedad y profundidad que difícilmente encuentran paralelo en otros ordenamientos y en otras épocas. Y precisamente el relieve cuantitativo y cualitativo de la contribución de los juristas es lo que confirió al Derecho romano los caracteres (si queremos decirlo, algo aristocrático) de sensibilidad para ciertos valores de justicia y de tecnicismo desarrollado, de los que en gran parte derivó su fortuna en la Edad Media y en la Moderna.

6. En la época postclásica, agotada la jurisprudencia como factor creativo y cumplido el proceso —ya iniciado en el Principado— de concentración en las manos del emperador del poder de crear nuevo Derecho, el cuadro de las fuentes aparece polarizado sobre las «leyes». Se había reconocido oficialmente, como ya hemos dicho, el valor de los escritos de los juristas como fuente del Derecho, y la «Ley de Citas» de Valentiniano III sólo había consagrado un reconocimiento que ya se había producido al menos desde Constantino. Pero se trataba de los juristas clásicos, y por

tanto de una fuente del pasado, cuyos productos sobrevivían en una cierta medida y con algunas adaptaciones. No surgieron ni se reconocieron nuevos juristas. La jurisprudencia que había florecido siglos antes permaneció, pues, como fuente del Derecho que todavía se aplicaba, pero no como fuente de un Derecho nuevo. Esto sólo podía ser creado por las constituciones imperiales.

Pero también se produjo en el campo de las constituciones imperiales una transformación importante, que ejercitó su influencia sobre el continente europeo durante muchos siglos, y en cierto modo hasta nuestros días. Las constituciones que fueron llamadas oficialmente *leges* (como anteriormente las comiciales), se distinguieron en generales y especiales, y ya bajo Constantino (CTH. 1, 2,2) y posteriormente con otras intervenciones imperiales a lo largo del siglo IV (por ejemplo, Arcadio y Honorio, CTH. 1,2,11) se fijó el principio que solamente las constituciones generales, es decir, las relativas a una situación de hecho prevista abstractamente y que vinculaban a la generalidad de los sujetos que pudieran encontrarse en tal situación, podían modificar el Derecho vigente, mientras que las constituciones especiales, entre las cuales particularmente los *rescripta* y los *decreta*, debían limitarse a aplicar el Derecho vigente sin derogaciones ni modificaciones.

Otra tendencia de esta época, que aunque a distancia de muchos siglos, fue tomada como modelo, es la de codificar el Derecho vigente. La época postclásica en este tema está cerca de la antigua, caracterizada por las XII Tablas. Pero en la época postclásica la aspiración hacia un código, manifestada con gran energía aunque de un modo impreciso por el proyecto de Teodosio II (Cth. 1,1,5) llegó en primer lugar a una simple colección de constituciones, que se añadió a aquéllas precedentemente compiladas (el código Teodosiano después del Gregoriano y del Hermogeniano), y sólo a distancia de casi un siglo se culminó parcialmente con la compilación justiniana, que no correspondió a la síntesis proyectada por Teodosio, pero que puede considerarse un código, aunque sólo fuera analítico. La tendencia a las realizaciones de los siglos V y VI confirman por tanto que en la época postclásica, diversamente que en la preclásica y clásica, y con una singular anticipación del sistema de fuentes vigente en Francia y en otros muchos países del continente europeo del siglo XIX, la formación del Derecho privado se produjo esencialmente por obra de «leyes» o de códigos. Los códigos en efecto, como acabo de decir, pueden incluirse en la categoría de las «leyes».

7. El Common Law inglés en el mundo jurídico moderno está generalmente considerado como un sistema antitético al sistema romano, y en muchos aspectos esta opinión está justificada. Todavía, si se considera el Derecho romano privado de las épocas preclásicas y clásica y no el postclásico, y no los Derechos modernos que han recibido ampliamente la influencia romana (los ordenamientos que David calificaba de romano-germánicos, y que los ingleses llaman Civil Law), se nota entre aquel Derecho romano

y el Common Law inglés al menos un punto de contacto: la escasa contribución dada a su formación por las «leyes», y la importancia preponderante que estos sistemas reconocen a los jueces y a los juristas, aunque haya una diversa relación entre ellos.

Las leyes en Inglaterra han tenido y tienen todavía en el campo del Derecho privado una importancia parangonable a la que tuvieron en la Roma antigua. Han habido y hay leyes (statutes) de gran relieve, y su número se ha multiplicado en los últimos decenios por el interés social de regular y limitar los derechos de los particulares en el goce de los bienes y en las actividades económicas. Pero las normas fijadas por estas leyes no han constituido ni constituyen la trama del Derecho privado, sino que han tenido y tienen naturaleza accidental, aún regulando a veces cuestiones tan esenciales como la real properts y las companies. La trama del Derecho privado está constituida por los pronunciamientos judiciales, y por el laboreo que jueces y juristas han realizado en torno a aquéllos durante siglos. Coherentemente, el Derecho derivado de las leyes (statute Law) es considerado distinto y en cierto modo diverso del Common Law en sentido estricto, del cual, por otra parte, frecuentemente sigue sus líneas esenciales.

El juez, a quien le era sometido en el pasado o se le somete hoy un caso que debe resolver, no se consideraba ni se considera legitimado para establecer él la regla idónea para resolverlo, distinguiéndose en esto del juez suizo que se prevale de los poderes que le confiere el artículo 1, párrafo 2 de su código civil. El juez inglés debía y debe, ante todo, encontrar la regla que se aplica en el caso, y no crearla. La regla habría podido o podría encontrarla él en un precedente judicial o en un artículo de la ley, hipótesis que contemplaré más adelante, pero podría haber constatado, o si bien sea hoy muy raro, constatar que ningún precedente judicial y ninguna disposición de un statute contenía o contiene la regla que busca, y entonces, antes que crearla según su criterio, la traía y la trae (consideraba o considera encontrarla) en el fondo mismo del Common Law, constituido por costumbres tradicionales inmemorables, por valores éticos, más recientemente por los principios derivables del conjunto de las decisiones judiciales, todo bajo la guía de la razón. Su actuación aparecía y aparece como un acto reconocedor y declarativo del Derecho ya existente, no como un acto de voluntad creador de un Derecho nuevo. Pero en realidad, el juez inglés creaba, y crea todavía hoy, cuando se dé el caso, Derecho nuevo: naturalmente lo creaba o lo crea en el caso singular que decide, pero lo importante es que lo creaba y lo crea también para todos los casos sucesivos de la misma especie, dado que la decisión del caso singular valía y vale como precedente vinculante (rule of precedent).

El valor vinculante del precedente judicial durante algunos siglos, pareció tener la misma naturaleza que la autoridad persuasiva de los precedentes en los sistemas de la moderna Europa continental en cuanto no se fundaba sobre ningún precepto jurí-

dico. Pero la autoridad persuasiva de los precedentes ingleses era mucho más fuerte, tanto que correspondía en la práctica a un valor vinculante de naturaleza jurídica. Hacia mediados del ochocientos el vínculo comenzó a establecerse explícitamente también por una rule general con la que los mismos jueces regularon sus pronunciamientos, y el vínculo era tan intenso que no se admitía que el precedente fuese contradicho o modificado ni por los mismos jueces del tribunal que lo había establecido (como si un legislador no pudiese abrogar su propia ley). Hubo una cierta atenuación en 1966, puesto que la House of Lords emanó otra rule general con la que se autorizó a despreciar un propio precedente si se encontrasen buenos motivos para hacerlo; por el contrario, los otros tribunales continuaron vinculados, no sólo por los precedentes establecidos por los tribunales superiores, sino también por los propios.

Hoy, un juez que «encuentra» un precedente (normalmente por que uno de los abogados lo alega para sostener las razones de su cliente), lo debe aplicar si cree que la *ratio decidendi* de la decisión alegada se corresponde exactamente con el caso a decidir. Para sostener o contestar la aplicabilidad del precedente, se ejercita por parte de los abogados y del juez el arte sutil del *distinguishing*: distinguir en el precedente la *ratio decidendi*, que vincula al nuevo juez, de los *obiter dicta* que jurídicamente no lo vinculan; individualizar en el caso en examen los elementos de hecho relevantes para la decisión, y confrontarlos con los elementos que se consideran relevantes en el caso a decidir, al objeto eventualmente de distinguir en los puntos esenciales los dos casos, y demostrar de esta manera la inaplicabilidad del precedente. Este arte de distinguir pudo y puede en definitiva, tener el efecto de restringir bastante el valor vinculante del precedente y atribuir al juez una libertad mayor de cuanto el rule of precedent por sí mismo no permitiría imaginar.

Si luego el juez debe aplicar una norma del statute law, opera inicialmente como los jueces de los sistemas europeos continentales. Pero luego que él, decidiendo el caso que se le somete, ha interpretado la norma, esta interpretación se convierte en un precedente que vinculará a los intérpretes posteriores. Esto ocurrirá tanto más naturalmente si la interpretación será obra de la House of Lords. A medida, pues, que las normas de un statute son interpretadas por un tribunal, y especialmente por la House of Lords, resultan gradualmente reabsorbidas en el Derecho judicial, es decir, cesan de valer como normas legislativas y se convierten en parte del Derecho judicial, esencia del Common Law. Esto muestra que no sólo los statutes no son la trama del Derecho inglés, ni le aportan sus cánones esenciales, sino que además tampoco resisten como tales a la interpretación de los jueces, que viene a amalgamarlos con el Derecho creado por ellos.

Todavía el poder creador de los órganos judiciales ingleses se manifiesta en otra forma: la equity. La equity es el conjunto de

institutos, reglas, preceptos singulares, que a partir del siglo xv fueron introducidos caso por caso por el Lord Chancellor y por su tribunal, la Court of Chancery: institutos, reglas, preceptos con los que se corregía e integraba el Common Law, y que eran distintos de éste. El Lord Chancellor no era originariamente un órgano judicial, pero a causa de las competencias que le asignó el Rey, se convirtió en juzgador, aunque permaneciendo distinto de los órganos judiciales de Common Law. Lo mismo naturalmente debe decirse de su emanación: la Court of Chancery. Y dado que al producirse sobre los casos que se le sometían, el Lord Chancellor y la Court of Chancery se inspiraban más bien en criterios ético-religiosos-sociales (que justificaban precisamente el nombre de equity al Derecho así creado), y que éstos traían discrecionalmente de aquellos criterios sus decisiones específicas, no hay duda que ésta, más todavía que las de los tribunales de Common Law, es una creación judicial.

La analogía entre la equity inglesa y el *ius honorarium* (o *praetorium*) romano es evidente, aunque si —como he dicho— el pretor romano no pronunciaba él mismo las sentencias, sino que solamente establecía los presupuestos, y aunque si no resulta que se inspirase en criterios directamente religiosos. Las diferencias, tanto técnicas como sustanciales, ciertamente no faltan; al respecto debemos añadir también que el pretor romano era competente para tratar tanto las pretensiones fundadas sobre el Derecho creado por él, cuanto también aquellas pretensiones fundadas sobre el *ius civile*, mientras que el Chancellor y la Court of Chancery eran competentes sólo en materia de equity. Sólo con el Judicature Act de 1877 se suprimió la duplicidad de órganos judiciales. En cualquier modo, la analogía entre *ius honorarium* y equity es profunda, tanto por su común origen jurisdiccional, cuanto particularmente por la igual función desarrollada en el desarrollo general del sistema jurídico.

Volviendo específicamente a la equity, se puede observar que en rigor cada pronunciamiento del Lord Chancellor o de la Court of Chancery, siendo ejercicio de un poder discrecional, era libre del vínculo de los precedentes, y de hecho, la precedencia no valía en este campo. Todavía el precedente, si no vinculaba jurídicamente, constituía siempre una autoridad persuasiva e influía sobre las soluciones sucesivas del caso de la misma especie. Se formó así una praxis de la Court of Chancery que dio lugar a una serie de nuevas reglas jurídicas, como reglas de equity distintas de aquéllas de Common Law. Y estas reglas, cuando la Court of Chancery fue suprimida con el Judicature Act, sobrevivieron a ésta y fueron aplicadas en los tribunales ordinarios.

8. En un sistema de Derecho en el que es tan vasta y tan importante la obra creadora de los jueces, la función de los juristas es necesariamente más modesta. En realidad, lo que en el Derecho romano preclásico y clásico hicieron los juristas, en el Derecho inglés fue en gran parte obra de los jueces, que por otra parte,

tuvieron y tienen una competencia extendida a campos que permanecieron ajenos para los juristas romanos. No por esto se puede negar la riqueza de personalidades en la doctrina jurídica inglesa desde la Edad Media hasta hoy, ni la finura de sus aportaciones. Pero dejando aparte el hecho de que muchas de estas personalidades fueron en el pasado y son en parte en nuestros días, personajes en conexión con la actividad judicial, no debemos pasar el hecho de la enseñanza desarrollada en las escuelas de Derecho anejas a los tribunales (*Inns of Court*), ni de la parte considerable que en la doctrina jurídica inglesa tienen directamente las reacciones» dadas por los jueces al motivar sus decisiones; en cualquier caso debemos constatar que los juristas ingleses que no hayan sido o no sean también jueces, desarrollaron y desarrollan en gran parte una actividad que refleja respecto a la judicial, volviendo a tomar y discutiendo las decisiones de los tribunales con método casuístico.

Ha habido en Inglaterra y sigue habiendo actualmente una relación entre jueces y juristas muy diversa de la que se encontraba en Derecho romano. No es que en Roma los pretores y otros magistrados jurisdiccionales hayan contribuido en escasa proporción a la formación del Derecho, pero no se puede negar que su contribución ha sido menor que la aportada por los jueces ingleses, a quienes de hecho, no se debe solamente la *equity*, sino también, y especialmente, la estructura esencial del *Common Law* en sentido estricto. Lo que cuenta más, de todas maneras, a los fines de la diversidad de la que hemos hablado, es la menor aportación, en sentido cuantitativo y cualitativo, de los juristas ingleses a la formación de su Derecho. Ciertamente ellos no han desarrollado la función creadora de la jurisprudencia romana. Pero sobre todo, con su posición subordinada respecto a los jueces, y con la naturaleza prevalentemente casuística de su actividad, han sido en general poco preparados o reacios a elaborar conceptos y a individualizar principios capaces de concatenarse en un sistema. También la jurisprudencia romana ha sido inicialmente y ha permanecido fundamentalmente casuística, pero partiendo de la casuística, aquellos juristas han sabido frecuentemente remontarse del caso particular a una regla más general, y a establecer conexiones entre un caso y otro, una regla y otra. Tampoco los juristas romanos puede decirse que fueran propiamente sistemáticos, pero al menos han puesto las bases de un sistema. El Derecho romano consiguientemente, por la aportación preponderante (directa o indirecta) dada a su formación por la actividad de los juristas, ha contribuido a la tradición posterior (que comienza desde la misma época romana postclásica) no sólo una serie de soluciones de casos, sino también, y particularmente, un tejido de conceptos, de reglas, de principios más o menos generales. Por el contrario el *Common Law* inglés, ha contribuido y contribuye todavía, con una serie de precedentes judiciales particulares, unidos uno a otro más que lógicamente coordinados, y sólo en muy escasa medida sinte-

tizados en una «rule» o en una «doctrine», y también éstas generalmente de origen judicial. Probablemente no es casualidad que del *humus* cultural de la tradición romanística, nutrida con el pensamiento de los juristas romanos, haya nacido en los siglos XVIII y XIX la savia de las codificaciones, y que por el contrario, el *humus* cultural del Common Law, formado con las opiniones de jueces, incluso de un gran relieve, a pesar de la vigorosa lucha por la codificación conducida en la primera mitad del ochocientos por Jeremy Bentham, se haya mostrado estéril para tales proyectos. No quiero con ello emitir un juicio de valor sobre una y otra cultura, puesto que hoy se discute y es cuestionable si tener códigos sea o no una ventaja; mi propósito es solamente dar un mejor relieve a la diversidad de su orientación.



# VIDA JURIDICA

## UNA NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE JURISPRUDENCIA CIVIL (1)

Por Gabriel GARCIA CANTERO

El panorama español de revistas jurídicas, al menos en lo que al Derecho Privado concierne, podría decirse que se encuentra estabilizado. Si por un lado no padecemos la inflación que en determinados momentos se ha acusado en países como Italia, por otro el campo propio de cada una aparece suficientemente perfilado desde hace bastante tiempo. Una laguna fácilmente detectable era la de los comentarios jurisprudenciales. Bien entendido que en casi todas las revistas hoy en publicación se presta atención a la jurisprudencia de los Tribunales, especialmente a la de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo (2). Pero aquí se trata de la ausencia de una revista exclusiva o fundamentalmente dedicada a comentar, estudiar, analizar y sistematizar la jurisprudencia de nuestros Tribunales.

Habría un óptimo, un *desideratum* difícilmente alcanzable: Lograr la publicación de todas las sentencias firmes dictadas por los Tribunales españoles, cualquiera sea la instancia o la clase de Tribunal de la que emanen. Los modelos extranjeros más a la mano, tales como el *Dalloz* francés o *Il Foro Italiano*, suelen ser completos respecto de las sentencias de casación y apelación, y sólo ocasionalmente recogen sentencias de primera instancia. En todo caso, lo que sí demuestran tales repertorios jurisprudenciales es la existencia de un nutrido grupo de comentaristas que no desdeñan dedicarse con asiduidad, y a veces con exclusividad, al cultivo de este *arte menor*, tan poco apreciado hasta ahora entre nosotros.

De aquí el inicial juicio favorable con que ha de recibirse la aparición de los «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», comenzados a publicarse en 1983 bajo la dirección del profesor Rodrigo Bercovitz, siendo Coordinadores los profesores Alberto Bercovitz y Jesús Delgado Echeverría, así como los Seminarios de Derecho Civil de las Universidades de Barcelona, asumiendo la Secretaría la profesora titular Etelvina Valladares.

En la presentación de los *Cuadernos* por su director, se habla, como obligado punto de partida, de la importancia de la jurisprudencia, tanto desde un punto de vista normativista como desde una contemplación más completa del ordenamiento jurídico, lamentando que el papel preponderante del Tri-

---

(1) *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 1, enero-marzo 1983, 333 págs. Número 2, abril-agosto 1983, 361 págs. Editorial Civitas, S. A., Madrid.

(2) La circunstancia de ser, quien esto escribe, colaborador habitual de la sección de jurisprudencia de esta Revista, y tener a su cargo la crónica jurisprudencial en otra, me dispensa el entrar más a fondo en este punto.

bunal Supremo no ha dado lugar a tratamientos continuos y sistemáticos de sus sentencias en la literatura especializada. Sumamente oportuno me parece el propósito de contribuir a reforzar el protagonismo del Tribunal Supremo, en estos momentos en que la aparición del Tribunal Constitucional, por un lado, y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, por otro, puede empañar de algún modo su función de «órgano jurisdiccional superior» que le asigna el artículo 123.1 de nuestra Constitución, especialmente en estos sugestivos años de intenso cambio legislativo que estamos viviendo. La nueva revista se propone «una correcta difusión de sus sentencias y un contraste de las mismas con la doctrina», de tal suerte «que convierta a los Cuadernos en un lugar de encuentro entre la doctrina jurisprudencial y la doctrina de los autores, terreno propicio y estimulante para el enriquecimiento de la teoría y de la praxis».

Se busca seleccionar las sentencias más recientes; en efecto, en los dos números aparecidos se comentan sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> dictadas entre enero y junio de 1983, y parece que se trata de hacer coincidir la fecha de publicación con la de las sentencias comentadas; su número es idéntico en ambos *Cuadernos*, elevándose a treinta. Los datos identificadores son la fecha, objeto, partes, ponente y fallo, con una referencia expresa a las disposiciones legales que aplica y a la doctrina que contiene. La exposición de la sentencia comprende tanto los hechos, sucintamente resumidos, como los considerandos, siempre completos, incluidos, en su caso, los de la segunda sentencia. Los comentarios se deben a un amplio elenco de colaboradores (18 en el primer número, 19 en el segundo), respondiendo a pautas relativamente homogéneas en orden a la extensión, tratamiento, etc. En ambos números el Cuaderno concluye con un utilísimo Maximario de jurisprudencia, con las necesarias referencias y remisiones, añadiéndose en el segundo un índice por materias, un tanto sorprendente en su orden sistemático (las personas jurídicas se segregan de la Parte General, los títulos valores se intercalan entre las obligaciones y contratos y la responsabilidad civil extracontractual, finalizando con un amorfo epígrafe dedicado a «procedimiento» que acoge la materia procesal), aunque impuesto probablemente por la materia seleccionada.

La presentación material de los *Cuadernos* es ágil y moderna, combinando el uso de varios tipos de letra, así como la doble columna para la reproducción de los considerandos. La frecuencia de la revista es cuatrimestral.

Los comentarios jurisprudenciales son variados como el elenco de autores, pertenecientes a diversas Universidades y a diferentes disciplinas (hoy diríamos «aéreas de conocimiento»), predominando los jusprivatistas. Aunque responden a cierto modelo uniforme —que lógicamente debe imponer la dirección si aspira a lograr una revista homogénea— no dejan de mostrar cierta multiformidad dentro de una notable calidad científica; los hay puramente técnicos sin concesiones a los aspectos extrajurídicos; algunos ofrecen ribetes humorísticos; otros son selectivos en los puntos glosados —como inevitablemente parece ha de ocurrir—; no faltan, por el contrario, los que intentan agotar la materia; muchos demuestran haber acertado en el tono requerido, que no deben ser mera repetición de la *communis opinio* ni adoptar aspecto de estudios monográficos.

Probablemente no hay todavía entre nosotros consenso acerca de lo que debe ser, por su propia naturaleza, un comentario jurisprudencial. Plumas ilustres han hecho, en ocasiones, estudios magistrales sobre importantes sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> del T. S. ; pero pudo muy bien ocurrir que se tratara de trabajos de investigación publicados *con ocasión* de la aparición de resoluciones del T. S. que supusieran un cambio de rumbo o novedad notable en la doctrina jurisprudencial. A la vista de los dos números aparecidos de los *Cuadernos* se va perfilando lo que puede ser el estilo de comentario jurisprudencial pretendido, que se mueve entre dos riesgos que debieran evitarse, de un lado, la mera glosa superficial de la doctrina jurisprudencial, y de otro el erudito trabajo de investigación. Mérito del comentador, y no pequeño, es seleccionar los puntos merecedores de atención, respecto de los cuales ha de elaborar su trabajo, no tanto exponiendo opiniones subjetivas, sino haciéndose eco del común sentir de la doctrina. El lector debe obtener una idea clara de la importancia de la sentencia, y de lo que ella significa en la evolución de la jurisprudencia. Esperemos que la nueva revista sirva de semillero para una Escuela de *arrétistes* en materia de Derecho privado, de la que tan notables ejemplos nos brindan los colegas ultrapirenaicos.

Séame permitido añadir alguna sugerencia —que no crítica— a la vista de los dos primeros números ya publicados. Ante todo, la cuestión de las citas a pie de página. Hay razones poderosas de orden material para eliminarlas, ya que podrían ampliar considerablemente la extensión de cada número, aparte de que puede muy bien sostenerse que un comentario jurisprudencial no debe llevarlas. Pero observamos que si hasta ahora se ha cumplido la regla de su eliminación formal, no dejan de observarse lo que pueden denominarse «citas vergonzantes» insertas en el propio texto del comentario. En relación con los hechos de las sentencias comentadas también se observa que con alguna frecuencia se remite a determinado considerando, mientras en otros casos se incluye una generosa narración de los mismos. En mi opinión sería mejor incluirlos siempre, con la debida concisión y quizá en un tipo de letra más pequeño. Pudiera ser práctico uniformar las citas de textos legales ofreciendo al lector la correspondiente clave (objeción menor es que alguna vez se citen «artículos» y no párrafos del B.G.B.). ¿Se ha pensado en la conveniencia de añadir a la ficha de cada sentencia el número del Repertorio Aranzadi? Su ventaja práctica es innegable por lo extendido del uso del mismo.

El profesor Rodrigo Bercovitz y sus colaboradores han aceptado un reto considerable. Compaginar actualidad —que significa rapidez— con la debida calidad científica: acertar en el criterio de selección que debe recaer en el más variado índice de temas; disponer de un equipo de comentaristas, lo suficientemente amplio para abarcar materias dispares en las que, de algún modo, sean expertos o buenos conocedores; mantenerse habitualmente en el estilo propio del comentario a sentencia; ulteriormente, acaso, realizar estudios monográficos sobre la evolución jurisprudencial en determinadas materias y establecer las oportunas correlaciones. He aquí, a mi juicio, una empresa ardua, pero sugestiva, en cuyo logro cabe augurar a sus autores los mejores éxitos.



# Información Legislativa (\*)

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

## I. DERECHO CIVIL

### 1. *Parte General*

#### 1. COMUNIDAD VALENCIANA. Regulación del Gobierno.

Ley de las Cortes Valencianas de 30 de diciembre de 1983 («BOE» del 9 de febrero de 1984).

Esta Ley contiene el régimen administrativo del Presidente de la Generalidad, del Consejo de Gobierno y de sus relaciones con las Cortes Valencianas.

De su largo articulado (85 artículos) debe destacarse el artículo 49, incluido en el título II (del consejo), capítulo VI (de la potestad reglamentaria del Gobierno), a cuyo tenor: «Las disposiciones generales entrarán en vigor en la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial de la Generalidad Valenciana», salvo que en las mismas se disponga otro plazo».

De este precepto pueden hacerse tres críticas fundadas:

1.º A su redacción, incorrecta, por aludir a «otro plazo» cuando en realidad el precepto no establece ninguno, sino que, al contrario, suprime la «vacatio legis» ordinaria para las normas reglamentarias.

2.º A su constitucionalidad, pues incide en una materia reservada en exclusiva al Estado por el artículo 149.1 núm. 8 de la Constitución, como es la «aplicación y eficacia de las normas jurídicas».

3.º A su falta de concordancia con el Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio), cuyos artículos 14.6 y 17.4 conducen a estimar que la fecha de publicación en el «Diario Oficial» constituye ordinariamente el comienzo del cómputo de la tradicional «vacatio legis» y no la inmediata entrada en vigor de las normas. Sólo una superficial interpretación de los textos estatutarios permitiría amparar en ellos el artículo 49 de referencia y extender a todos la inconstitucionalidad de que éste adolece.

---

(\*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el primer trimestre de 1984.

2. DERECHOS DE LA PERSONA. Regulación del derecho de rectificación.

Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo («BOE» del 27).

A) Exposición.

1. Derecho de rectificación. Concepto: Es el que corresponde a toda persona para corregir la información, difundida en medios de comunicación, de hechos que:

- le aludan,
- considere inexactos y
- su divulgación pueda causarle perjuicio.

2. Ejercicio del derecho de rectificación:

a) Legitimación: Pueden ejercitar este derecho las personas, naturales o jurídicas, afectadas, sus herederos o sus representantes.

b) Ejercicio extrajudicial: La rectificación se ejercerá por escrito dirigido al director del medio de comunicación en el plazo de siete días, contados desde la publicación o difusión.

La rectificación deberá publicarse o difundirse íntegramente en los tres días siguientes a su recepción o en el primer número de la publicación, o bien en un espacio de audiencia semejante dentro del mismo plazo y siempre en forma gratuita.

c) Ejercicio judicial: Si el legitimado no ve satisfecho su derecho podrá ejercitar la acción de rectificación ante el Juez de Primera Instancia de su domicilio o del lugar donde radique la dirección del medio de comunicación, en el plazo de siete días hábiles. No será necesaria la reclamación administrativa previa, cuando la demanda se dirija contra entes públicos.

La acción se ejercerá por escrito, sin necesidad de postulación procesal. El Juez de oficio podrá inadmitir la demanda por medio de Auto; en otro caso convocará a las partes a juicio verbal, que se tramitará en la forma ordinaria.

La sentencia que se dicte resolverá sólo sobre la rectificación, pudiendo los legitimados ejercitar las acciones penales o civiles que estimen procedentes.

Sólo el auto de inadmisión y la sentencia que se dicten serán apelables.

3. Supresión de los regímenes de rectificación vigentes: Se derogan cuantas normas regulan actualmente este derecho, por lo que esta Ley excluye la posibilidad de regímenes especiales (se cita la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, el Estatuto de Radio y Televisión, Ley 4/80, de 10 de enero, los Decretos 745 y 746/1966 y el artículo 566 número 1 del Código penal).

B) Observaciones.

La presente Ley, Orgánica por desarrollar el artículo 20.4 de la Constitución, innova la regulación vigente del derecho de rectificación.

Aspecto llamativo y digno de elogio, de la nueva disposición, es la remisión a los jueces ordinarios de las cuestiones que se planteen con ocasión del ejercicio del derecho. Viene así a corregirse la situación anterior, carente ya de base constitucional, en la que la Administración venía investida de potestades arbitrales para dirimir estos conflictos que se planteasen entre particulares.

Sólo un precepto del nuevo texto suscita algún reparo, pues el ejercicio judicial de la rectificación parece requerir que previamente se haya intentado, infructuosamente, su ejercicio extrajudicial (artículo 4). Esto puede traducirse en un retraso que normalmente acarreará la ineffectividad del derecho ejercitado. Probablemente hubiese sido más acorde con las peculiaridades de este derecho configurar su ejercicio privado como potestativo.

3. ELABORACION DE LAS LEYES. Regulación de la iniciativa legislativa popular.

Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo («BOE» del 27).

A) Exposición.

1. Derecho de iniciativa legislativa: Corresponde a los españoles mayores de edad e inscritos en el Censo electoral para la presentación de proposiciones de Ley.

2. Límites.

a) Objetivos, materias excluidas: las materias que deban regularse por Leyes Orgánicas, las tributarias, de carácter internacional, las medidas de gracia, la planificación económica y los Presupuestos Generales del Estado.

b) Formales: La iniciativa deberá formularse por escrito, con texto articulado y memoria justificativa y suscribirse por 500.000 electores.

3. Procedimiento: La iniciativa, formulada por una Comisión Promotora pasará por los siguientes trámites.

1) Presentación al Congreso de los Diputados y admisión previo examen de la Mesa.

Podrá rechazarse si incumple los requisitos o concurre con otros textos sobre la misma materia. Será posible entonces recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional.

2) Recogida de firmas en el plazo de seis meses. Deberá hacerse en pliegos, autenticándose en la forma prevista, incluso con la habilitación de fedatarios especiales y bajo el control de las Juntas Electorales.

3) Tramitación parlamentaria de la proposición.

4. Efectos: Aparte del resultado final del procedimiento que se produzca, la Ley dispone: La no caducidad de la proposición al disolverse las Cámaras y la compensación de los gastos por el Estado una vez alcanzada la tramitación, hasta el límite de 30 millones de pesetas.

B) Observaciones.

Esta Ley Orgánica desarrolla la previsión del artículo 83.3 de la Constitución y habilita una especial vía de participación de los ciudadanos y grupos en la vida pública, aunque, en principio, parece poco operativa.

De la regulación cabe dudar en cuanto al fundamento de la última causa de inadmisibilidad de la iniciativa (previa existencia de proposición no de Ley aprobada sobre la materia), aunque es congruente con el espíritu restrictivo de la regulación.

4. DERECHO DE ASILO. Regulación de este derecho y de la condición de refugiado.

Ley 5/1984, de 26 de marzo («BOE» del 27).

La presente Ley regula, en dos títulos, el asilo, como derecho reconocido a los extranjeros, y el régimen jurídico de los refugiados, cumpliendo el mandato del artículo 13.4 de la Constitución.

1) Derecho de asilo.

Los extranjeros que sufran persecución injustamente (por las causas que detalla el articulado de la Ley) podrán solicitar la protección del Estado español consistente en la no devolución al Estado que les persiga y la autorización para residir en España, o la expedición de documentación personal española.

La solicitud deberá formularse ante la Autoridad gubernativa o las representaciones diplomáticas españolas, suspendiendo cualquier proceso de extradición que afecte al interesado. Serán competentes para resolver el Ministerio del Interior o el Consejo de Ministros, sobre propuesta de una Comisión Interministerial que se crea.

Concedido el asilo se extenderá a los parientes próximos y cónyuges del asilado, tal como precisa la Ley.

Los asilados recibirán un permiso de residencia temporal en España, susceptible de revisión, y quedarán sujetos a las medidas especiales que les imponga el Ministro del Interior. Podrán ser expulsados si realizan actividades contra la seguridad interior o exterior del Estado.

La concesión de asilo podrá ser revocada si desaparecen las circunstancias que motivaron su otorgamiento, se comprueba la falsedad de los datos aportados o concurren las causas previstas en Convenios Internacionales.

Las resoluciones dictadas por las Autoridades españolas serán recurribles, pero el régimen legal establecido resulta desafortunado:

1.º Contra los actos del Ministro del Interior cabe alzada ante el Consejo de Ministros (se trata del recurso de súplica previsto en el artículo 122.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

2.º Contra los del Consejo de Ministros podrá interponerse recurso de «súplica» ante el mismo (erróneamente, pues se trata de un recurso de reposición; artículo 126 de la misma Ley).

3.º En todo caso debe entenderse abierta la vía contencioso-administrativa, en la forma ordinaria o conforme a la Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

## 2) Condición de refugiado.

Se reconocerá esta condición por el Ministerio del Interior a las personas que reúnan los requisitos exigidos por los Convenios Internacionales, principalmente el Estatuto de Ginebra, de 1951.

## 5. FUNDACIONES. Régimen de las religiosas de la Iglesia Católica. Real Decreto 589/1984, de 8 de febrero («BOE» del 28 de marzo).

### A) Exposición.

1. Personalidad jurídica civil: Las fundaciones erigidas canónicamente podrán adquirir personalidad jurídica civil mediante su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas.

Para ello deberán presentar la escritura de constitución, que reúna los requisitos establecidos (fundadores, estatutos, etc.), y certificación de su finalidad religiosa.

La inscripción se practicará en una sección especial del Registro citado

2. Régimen aplicable a estas fundaciones: En todo caso será respetada su identidad religiosa y, cuando tengan carácter benéfico o asistencial, gozarán de los beneficios propios de la beneficencia privada.

3. Norma transitoria: Transcurridos tres años desde la vigencia del Decreto, estas fundaciones sólo podrán acreditar su personalidad jurídica con la certificación del Registro de Entidades Religiosas, aunque siempre será posible solicitar su inscripción.

### B) Observaciones.

La presente disposición lleva a efecto la previsión contenida en el Acuerdo sobre asuntos jurídicos entre la Iglesia Católica y el Estado Español, de 3 de enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre (véase su artículo I, apartado 4), párrafos 1.º o 3.º, y el artículo V en cuanto a las actividades benéficas).

## 2. *Derecho de obligaciones*

6. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Se modifica el artículo 24 de su Ley Reguladora.

Ley 2/1984, de 24 de enero («BOE» del 25).

### A) Exposición.

Se añaden tres nuevos apartados al artículo 24 de la Ley indicada, para regular de modo general las consecuencias arrendaticias de la cesión a las Comunidades Autónomas de servicios gestionados por el Estado y sus Organismos Autónomos.

A este efecto se dispone que, por dicha transferencia, las Comunidades Autónomas se subrogan en los contratos de arrendamiento de inmuebles, sin alteración de los mismos.

El mismo efecto se produce cuando la transferencia se realice a través de los Entes Preautonómicos.

Por último, se aprovecha para generalizar esta subrogación a todos los casos de transferencias de arrendamientos a favor del Estado o cuando se produzcan entre Entes Territoriales.

### B) Observaciones.

La modificación de la Ley de Arrendamientos que ahora se promulga se encontraba, en la práctica, realizada por la Ley 32/1981, de 10 de julio, sobre régimen presupuestario y patrimonial de los Entes Preautonómicos (reseñada en este Anuario, XXXIV-IV, disposición núm. 23 de la Información legislativa) y por los Estatutos de Autonomía, que ofrecen algunas diferencias de poca importancia.

La nueva Ley no sólo unifica el tratamiento de las situaciones existentes, sino que tiene vocación de permanencia para regular las semejantes que se produzcan. Obviamente, la finalidad principal de estas normas es impedir la aplicación de las disposiciones comunes sobre cesión del contrato o traspaso.

7. OBLIGACIONES DINERARIAS. Supresión de las fracciones de peseta en los documentos mercantiles, liquidatorios y transaccionales.

Real Decreto 509/1984, de 22 de febrero «BOE» del 15 de marzo).

### A) Exposición.

1. Regla general: Se suprimen las fracciones de peseta en los documentos del Tráfico mercantil y en los liquidatorios y transaccionales.

La supresión se referirá al total del documento cuanto contenga varias operaciones y supondrá el redondeo de las cantidades principales, así como, en su caso, de los descuentos o recargos.

2. Ambito de aplicación temporal: Se contemplan dos situaciones:

— Para los documentos extendidos a partir de 1 de enero de 1984, el redondeo se realizará inmediatamente.

- Para los realizados con anterioridad sólo se practicará el redondeo de su cuantía a partir de 30 de junio de 1984. Antes de esta fecha deberán adaptarse a este nuevo régimen los sistemas contables o informáticos que se utilicen.

B) Observaciones.

La Ley 44/1983, de 28 de diciembre, que aprueba los Presupuestos Generales del Estado para 1984, establece, en su disposición adicional duodécima lo siguiente: «A partir de 1 de enero de 1984 quedarán suprimidas las fracciones de peseta en todas las operaciones reflejadas en los documentos de tráfico mercantil, así como en los documentos liquidatorios y transaccionales. El Gobierno adoptará las medidas reglamentarias necesarias para asegurar la ordenada adaptación de las prácticas contables actuales a la nueva situación».

El presente Real Decreto se limita, pues, a llevar a efecto la previsión legal.

Obviamente, el incumplimiento de estas disposiciones sólo determinará la realización inmediata del debido redondeo, que, según precisa el Decreto, se hará según las fracciones de peseta excedan o no de cincuenta céntimos.

3. *Derechos reales*

8. PATRIMONIO DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA. Se aprueba el Reglamento para la ejecución de su Ley Reguladora.

Decreto del Consejo Ejecutivo de 14 de julio de 1983 «BOE» de 21 de enero de 1984).

Este Reglamento desarrolla las disposiciones de la Ley de la Generalidad 11/1981, de 7 de diciembre, que reguló su patrimonio (Véase su reseña en este Anuario XXXV-IV, disposición núm. 11 de la Información legislativa).

Como ya se indicó al comentar la Ley, el Reglamento es técnicamente correcto y muy detallado, destacando la precisa regulación de los bienes de dominio público y de sus tipos de utilización, que carece de equivalente en relación con los bienes del Estado.

9. ANDALUCIA. Ley Reguladora de los Archivos.

Ley de la Junta de Andalucía, de 9 de enero de 1984 («BOE» del 30).

A) Exposición.

Esta Ley Autonómica regula el patrimonio documental andaluz y los medios para su conservación y difusión.

El concepto de patrimonio documental andaluz es extraordinariamente amplio, pues comprende los documentos emanados de entidades administrativas andaluzas, por particulares vinculados con ellas e incluso por particulares en general. Tratándose de organismos estatales u oficinas dependientes del Estado radicadas en Andalucía (por ejemplo Notarías y Registros Públicos), la integración en este patrimonio se hace dejando a salvo la legislación estatal.

La Ley llega a aplicarse a los documentos de asociaciones o sociedades que tengan antigüedad superior a 50 años y a los de personas individuales con antigüedad de 100 años.

El régimen legal acarrea importantes consecuencias, como son:

- 1) Obligación de los titulares a la conservación y custodia de los fondos documentales.
- 2) Prohibición de su eliminación sin cumplir los requisitos reglamentarios.
- 3) Declaración genérica de su utilidad a efectos expropiatorios.
- 4) Derecho de todos los ciudadanos a la consulta libre y gratuita.

Estas limitaciones deben conciliarse con dos preceptos legales, que disponen la no afectación de los demás derechos inherentes a la propiedad o posesión de los documentos y la regulación por los propietarios del acceso a sus documentos.

A efectos de la disposición de los documentos la Ley distingue:

a) Los de índole pública, que no podrán enajenarse, embargarse, ni ser objeto de prescripción, y

b) Los emanados de particulares, en general, cuya enajenación, cesión o traslado deberá, simplemente, ser comunicada previamente a la Conserjería de Cultura.

Las infracciones al régimen de la Ley se sancionarán con multa, que puede llegar a superar los diez millones de pesetas (no se fija límite superior), y prescribirán a los cuatro años de haberse cometido.

B) Observaciones.

El aspecto más llamativo de esta Ley es su amplísimo ámbito de aplicación, que si, por un lado, dificultará que el texto legal se cumpla, por otro, pueden hacer dudar sobre la constitucionalidad.

En efecto, resulta difícil justificar la existencia de una normativa particular en Andalucía que afecta de forma general a los derechos de los particulares sobre sus documentos. Por ello, el Presidente del Gobierno, en ejercicio de sus competencias, ha interpuesto el correspondiente recurso de inconstitucionalidad contra la presente Ley.

## II. DERECHO REGISTRAL

10. REGISTROS DE LA PROPIEDAD. Coordinación con el Catastro Topográfico Parcelario.

Ordenes de 8 de febrero de 1984 («BOE» del 9).

Para desarrollar la coordinación este Catastro y Registro, regulada por el Real Decreto 1.030/1980, de 3 de mayo, se dictan estas dos órdenes ministeriales.

La primera determina dos términos municipales en que se llevará a cabo la experiencia piloto de coordinación global.

La segunda contiene una lista de términos en que se iniciará la coordinación, que vienen a añadirse a los relacionados en la anterior Orden de 30 de enero de 1982.

#### **11. REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES. Reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil.**

Real Decreto 3.503/1983, de 21 de diciembre («BOE» de 23 de febrero de 1984).

##### **A) Exposición.**

**I. Reglamento Hipotecario:** Se da nueva redacción a cinco artículos de este Reglamento, introduciéndose las siguientes novedades:

1. Plazo para realizar la inscripción: Se reduce a 15 días, o 30 si media justa causa, siguientes a la fecha del asiento de presentación. Transcurridos los plazos, el interesado podrá acudir en queja ante el Juez de Primera Instancia y éste imponer al Registrador las correcciones procedentes, sin perjuicio de la exigencia de responsabilidades (art. 97).

2. Certificaciones de cargas: Aparte de la refundición de varios artículos del texto reglamentario anterior, se regulan las referentes a viviendas calificadas definitivamente como de Protección Oficial, en las que no se harán constar, y se cancelarán, las afecciones anteriores a la calificación definitiva (art. 353).

3. Certificaciones con información continuada: De nueva creación, supone que el Registrador comunique al peticionario los asientos de presentación que afecten a la finca de que se trate y se practiquen desde que se expida la certificación, hasta treinta días naturales después.

Estas certificaciones sólo podrán solicitarse por los titulares registrales, sus cónyuges o legítimos representantes y en relación con una finca o derecho sobre finca inmatriculada.

La información continuada se realizará mediante notificaciones, personales, por telégrafo o correo certificado, de los asientos de presentación extendidos.

4. Certificación con informe: También constituye novedad, consistente en un breve informe del Registrador, no vinculante, explicativo de la situación de la finca o derecho, de los medios de actualizar su registración o del alcance de una calificación, que se solicite junto con una certificación.

El informe deberá emitirse en un plazo de diez días (art. 355).

5. Certificaciones semestrales sobre el funcionamiento del Registro: Sólo es novedad la previsión de que sean enviadas copias a la Dirección General de los Registros y al Colegio Nacional de Registradores, acompañada de escrito en que el Registrador exponga las causas del despacho de documentos fuera de plazo (art. 472).

##### **II. Reglamento del Registro Mercantil.**

El plazo para la práctica de inscripción queda fijado en quince días como regla general, o de 30 si concurre justa causa, tal como se indicó an-

teriormente para los Registros de la Propiedad. Si se rebasan los plazos reglamentarios podrá reclamarse en queja ante la Dirección General. Semestralmente se comunicará al Centro Directivo los casos en que el despacho se haya realizado fuera de plazo.

#### B) Observaciones.

Como puede colegirse fácilmente, las reformas introducidas en ambos Reglamentos son muy limitadas:

1.º Se unifica el plazo para la práctica de inscripciones, reduciéndolo en los Registros de la Propiedad (antes 30 días) y ampliándolo en el Mercantil (antes 8 días), introduciendo, además, medidas para controlar su cumplimiento.

2.º Mayor interés tiene la creación de nuevas figuras de certificación, que pueden impulsar en gran medida la efectividad del principio de publicidad formal del Registro. La disposición no regula, sin embargo, el régimen arancelario de estas certificaciones, a pesar de la relevancia de este extremo.

Finalmente debe indicarse que esta disposición entra en vigor el día 1 de abril de 1984.

12. REGISTRO CIVIL. Expedición de certificaciones literales por fotocopias.

Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de marzo de 1984 («BOE» del 8).

Se dictan instrucciones para la expedición de certificaciones mediante fotocopia de los asientos respectivos.

Las fórmulas certificadoras podrán consignarse en el idioma regional del territorio, por decisión del Encargado o a petición del solicitante.

Obviamente no cabrá utilizar este procedimiento de certificación cuando, por las circunstancias del asiento, no sea perfectamente inteligible.

### III. DERECHO MERCANTIL

13. CAJAS DE AHORRO. Expansión en el Extranjero.

Real Decreto 3.291/1983 de 9 de noviembre («BOE» del 9 de enero de 1984).

Se aplica a las Cajas de Ahorros un régimen similar al vigente para los Bancos privados, sobre la apertura de oficinas en el exterior.

Para cada caso se exige la autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, que la concederá discrecionalmente, a propuesta del Banco de España y previo informe de la Confederación Española de Cajas de Ahorros.

14. VALORES MOBILIARIOS. Nueva regulación de las ofertas públicas de adquisición.

Real Decreto 279/1984, de 25 de enero («BOE» de 16 de febrero).

Las ofertas públicas de adquisición de valores mobiliarios se encontraban reguladas por el Real Decreto 1.848/1980, de 5 de septiembre, que resulta derogado expresamente por el reseñado. No obstante, la reforma operada no alcanza sino a puntos muy concretos del régimen anterior, aunque se sustituya totalmente la disposición reguladora. Por ello, la reseña que sigue

se limita a señalar los aspectos en que el nuevo Real Decreto difiere o innova la disposición anterior.

Las modificaciones indicadas afectan a los siguientes puntos:

1.º Aplicación de la disposición; que se extiende a las ofertas de adquisición de títulos emitidos por Sociedades cuyas acciones estén, aunque sólo sea parcialmente, admitidas a cotización oficial.

2.º Límite mínimo de la oferta: que debe alcanzar al 6 por 100 del capital social (antes el 10 por 100).

3.º Ofertas que sean consecuencia de la exclusión de cotización oficial, cuya regulación se remite al Reglamento de Bolsas, modificado por el Real Decreto 1.536/1981, de 10 de julio (reseñado en este Anuario XXXIV-IV, disposición núm. 7 de la Información legislativa).

4.º La suspensión de la contratación y cotización oficial de los títulos afectados por una oferta deja de tener carácter forzoso, y será una medida a adoptarse, por las Juntas Sindicales de las Bolsas, si las circunstancias del caso lo aconsejaran, con carácter cautelar.

5.º La inspección financiera del Ministerio de Economía y Hacienda velará por el respeto al secreto de los proyectos de ofertas.

6.º Ofertas competidoras. La nueva regulación completa la del Decreto anterior, pues constituyen novedades: La prohibición de ofertas presentadas por Sociedades del mismo grupo financiero que los promotores de otra oferta anterior; el plazo de un mes fijado para la aceptación; la mejora de su propuesta primitiva por los promotores y la prohibición de repetir ofertas, cuando hayan dado resultado negativo, si no transcurre un año.

7.º Excepciones a esta regulación. No se aplicará este Real Decreto a las adquisiciones realizadas por los Fondos de Garantía de Depósitos, ni a las verificadas entre Entidades de Derecho público y Sociedades estatales.

Como puede observarse la reforma afecta sólo a tres materias:

- 1.º Ambito de aplicación de la regulación.
- 2.º Mantenimiento de la contratación y cotización de los títulos, y
- 3.º Ofertas competidoras.

## V. OTRAS DISPOSICIONES

15. CONTRATOS DE TRABAJO ESPECIALES. Se aprueba el Estatuto del Minero.

Real Decreto 3.255/1983, de 21 de diciembre («BOE» de 4 de enero de 1984).

Esta disposición fue ya anunciada por la Ley de fomento de la minería de 4 de enero de 1977, y viene a establecer un régimen jurídico mínimo y uniforme para las relaciones laborales en el sector minero.

Los temas objeto de regulación especial son: Requisitos de la contratación, tiempo de trabajo, retribuciones, derechos sociales, formación profesional, seguridad social, prevención de riesgos profesionales.

16. TELEVISION. Se regula la puesta en funcionamiento del tercer canal. Ley 46/1983, de 26 de diciembre («BOE» de 5 de enero de 1984).

Se autoriza al Gobierno para la puesta en funcionamiento de un tercer canal de televisión, cuya gestión será concedida, mediante Real Decreto, a las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial propio.

Las Comunidades Autónomas deberán constituir Organismos Autónomos para la gestión del servicio público del tercer canal, aunque la gestión mercantil del mismo se realizará por una sociedad anónima.

Las concesiones serán absolutamente intransferibles y la Sociedad gestora, que se regirá por el Derecho privado, será de capital público, suscrito por la respectiva Comunidad.

Al Estado corresponderá proporcionar a cada Comunidad la infraestructura técnica de la red, recibiendo un canon.

Los terceros canales deberán regirse con arreglo a los principios que señala la Ley, dedicándose especial atención en ella a sus relaciones con las restantes Comunidades Autónomas y con el Ente Público RTVE.

17. NOTARIADO. Se aprueba la nueva Demarcación Notarial. Real Decreto 3.301/1983, de 7 de diciembre («BOE» de 11 de enero de 1984). Esta demarcación sustituye a la aprobada por el Real Decreto 427/1978, de 10 de febrero. ...

Las innovaciones afectan a los siguientes extremos:

1. Creación de nuevas plazas de Notario.
2. Obligatoria instalación de despachos de Notario en barrios determinados.

3. Traslado de Notarías.

4. Modificación de clase o sección de Notarías.

5. Supresiones.

La provisión de ciertas nuevas plazas se aplaza hasta que transcurran seis meses desde la entrada en vigor de la Demarcación.

18. SEGURIDAD SOCIAL. Régimen de las cotizaciones en 1984. Real Decreto 46/1984, de 4 de enero («BOE» del 11).

Se establecen los límites de las bases de cotización y los tipos aplicables en 1984 por el Régimen General de la Seguridad Social y los regímenes especiales. También se establecen los mismos elementos para las cotizaciones por Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional.

Al igual que este Real Decreto, es también consecuencia de lo dispuesto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1984, el Real Decreto 90/1984, de 18 de enero, sobre revalorización de las pensiones («BOE» del 19).

19. AMNISTIA. Se completa la regulación de la concedida por la Ley 46/1977, de 15 de octubre.

Ley 1/1984, de 9 de enero («BOE» del 12).

Se añade un artículo 11 bis a la Ley citada. En él se establece la imprescriptibilidad de las acciones para el reconocimiento de la amnistía, aclarando, sin embargo, que los derechos económicos resultantes estarán sujetos a las disposiciones generales sobre prescripción.

20. CATALUÑA. Protección del ambiente atmosférico.

Ley del Parlamento Catalán de 21 de noviembre de 1983 («BOE» de 20 de enero de 1984).

La presente Ley establece medidas para la prevención, vigilancia y corrección de la contaminación atmosférica en Cataluña. A este efecto se prevén los mecanismos administrativos (ordenanzas, autorizaciones, limitaciones, zonificación, etc.) utilizables para controlar la emisión de contaminantes.

Evidentemente la regulación es de carácter administrativo y no afecta a las posibles consecuencias civiles o penales de las contaminaciones que se produzcan (art. 16).

Aunque esta Ley no lo expone con claridad, pues sólo contiene una alusión precisa sobre el tema en la exposición de motivos, debe tenerse en cuenta que corresponde al Estado, según la Constitución, la competencia exclusiva en «legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección» (art. 149.1, núm. 23, y en el mismo sentido el artículo 10.1, núm. 6 del Estatuto de Autonomía de Cataluña). Por consiguiente, a pesar de la redacción de la disposición transitoria de la Ley reseñada que parece reducir la normativa estatal (sobre todo la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, sobre Protección del Ambiente Atmosférico) a una aplicación supletoria de la autonómica, debe entenderse que la legislación del Estado ocupa una posición prevalente, sin que pueda excluirse su aplicación por la Comunidad Autónoma.

21. URBANISMO. Política Territorial de Cataluña.

Ley de la Generalidad de Cataluña de 21 de noviembre de 1983 «BOE» del 21 de enero de 1984).

Se establecen directrices para la ordenación del territorio catalán y para las acciones administrativas con incidencia territorial en Cataluña, a fin de corregir los desequilibrios y alcanzar un mayor bienestar de la población.

Instrumentos básicos para la aplicación de esta Ley serán los Planes previstos en ella:

— Plan Territorial General, que definirá los principios fundamentales del equilibrio territorial de interés general, utilizando la técnica de zonificación. Este Plan será aprobado por el parlamento.

— Planes Territoriales Parciales, como desarrollo y concreción del anterior y de ámbito mínimo comarcal. Su aprobación corresponderá al Consejo Ejecutivo.

— Planes Territoriales Sectoriales, referentes a un sector económico concreto, pero de ámbito territorial comprensivo de toda Cataluña.

La ejecución de los Planes corresponderá a los órganos administrativos de la Generalidad y de las Corporaciones Locales afectadas. Para fomentar la actuación de los particulares prevista en los Planes, podrán concederse subvenciones estímulos fiscales y otras ayudas.

A efectos de la división comarcal del territorio y en tanto no se dicte

una nueva regulación, se tendrá en cuenta la realizada por el Decreto de 23 de diciembre de 1936, que, por tanto, a estos efectos recupera vigencia.

22. COMUNIDAD VALENCIANA. Regulación de la enseñanza y uso del valenciano.

Ley de las Cortes Valencianas de 23 de noviembre de 1983 («BOE» del 24 de enero de 1984).

A) Exposición.

La presente Ley de la Comunidad Valenciana coincide básicamente con otras anteriores dictadas por distintas Comunidades Autónomas para regular el empleo del idioma particular correspondiente (véanse las leyes sobre normalización lingüística en Cataluña, Ley de la Generalidad de 18 de abril de 1983, y en Galicia, Ley del Parlamento gallego de 15 de junio de 1983).

Como ya se ha indicado, el contenido de la Ley no difiere de las anteriormente promulgadas, mercedo destacarse sólo los siguientes extremos:

1) Administración de Justicia: Los ciudadanos podrán utilizar ante sus órganos la lengua oficial que estimen conveniente, sin que pueda serles exigida traducción.

2) Documento público: Se redactarán en valenciano o castellano, a elección del otorgante. Las copias o certificaciones se expedirán en la lengua que señale el solicitante, debiendo el Notario, en su caso, hacer la traducción que corresponda de las matrices u originales.

3) Asientos registrales: En cualquier Registro Público los asientos se practicarán en la lengua solicitada por los interesados y, en defecto de determinación, en la del documento inscribible.

4) Aplicación de la Ley : En cuanto afecta a la Administración del Estado en el territorio valenciano y a la Administración de Justicia, se estará a los acuerdos que celebren los organismos competentes con el Consell de la Generalidad.

B) Observaciones.

La presente Ley al igual que las precedentes dictadas sobre esta materia por otras Comunidades Autónomas, parece vulnerar claramente los límites constitucionales de las competencias autonómicas. En efecto, como se desprende de los preceptos que se han reseñado especialmente, la Generalidad Valenciana pretende innovar, con esta Ley, las normas vigentes sobre Derecho Procesal (idioma utilizable para comparecer en juicio), instrumentos públicos (redacción de documentos y expedición de copias) y ordenación de los Registros Públicos (asientos), que son materias reservadas exclusivamente al Estado (art. 149.1, núms. 5 y 8 de la Constitución). Obviamente esta inconstitucionalidad no resulta corregida con la imprecisa remisión de la aplicación de la Ley a futuros acuerdos que presupondrían la competencia sobre las materias indicadas.

Debe esperarse, pues, que esta Ley sea impugnada, al igual que sus precedentes, ante el Tribunal Constitucional.

**23. SANIDAD.** Se regulan las estructuras básicas de la salud.

Real Decreto 137/1984, de 11 de enero («BOE» del 1 de febrero).

El presente Decreto constituye la iniciación de una reestructuración proyectada de los servicios sanitarios, informada por criterios de integración de los mismos.

Para facilitar las futuras reformas se da entrada a nuevos elementos del sistema de sanidad, como son:

- Zonas de Salud.
- Centros de Salud.
- Equipos de Atención Primaria.
- Coordinadores médicos.

Se añaden también disposiciones reguladoras de la jornada de trabajo y provisión de vacantes para el personal sanitario.

En todo caso se respetan las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia, sin perjuicio de las competencias estatales sobre las bases y coordinación.

**24. URBANISMO.** Medidas de adecuación del ordenamiento urbanístico de Cataluña.

Ley del Parlamento Catalán de 9 de enero de 1984 («BOE» del 6 de febrero).

Esta Ley, como indica su título, trata de adaptar el régimen general del urbanismo vigente en España a las peculiaridades y necesidades de Cataluña.

La presente Ley, junto con la de Medidas de Protección de la Legalidad Urbanística, de 18 de noviembre de 1981 y la proyectada de Renovación y rehabilitación de los núcleos urbanos, integrarán el ordenamiento urbanístico particular de Cataluña.

Aunque la Ley regula múltiples aspectos del urbanismo (planeamiento, ejecución, clasificación del suelo...) su contenido es parcial, como corresponde a su finalidad, por lo que, para integrar su regulación deberá acudir a la legislación urbanística general, principalmente a la Ley del Suelo, texto refundido de 9 de junio de 1976, y sus desarrollos reglamentarios.

**25. ADMINISTRACION DEL ESTADO.** Regulación de las Delegaciones Insulares del Gobierno.

Real Decreto 3.064/1983, de 28 de diciembre («BOE» del 17 de febrero de 1984).

La presente regulación afecta a las Delegaciones Insulares, existentes en las islas de los archipiélagos balear y canario en las que no radiquen los Gobiernos Civiles de las Provincias.

Los Delegados Insulares estarán sometidos al régimen que detalla esta disposición y, bajo la superior autoridad de los Gobernadores Civiles, les corresponde asumir la dirección, impulso y coordinación de los servicios de la Administración Civil del Estado en la isla respectiva.

Se deroga expresamente la anterior regulación, contenida en el Real Decreto 1.256/1981, de 5 de junio.

**26. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS.** Nueva regulación de los pagos a cuenta.

Real Decreto 307/1984, de 8 de febrero («BOE» del 18).

Esta disposición se dicta para incorporar al Reglamento de Impuesto las novedades introducidas por la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, que aprobó los Presupuestos Generales del Estado para 1984.

Se prorrogan las tablas de retenciones a cuenta establecidas para 1983 por el Real Decreto 1.261/1983, de 27 de abril, pero se modifica la escala aplicable a pensiones y haberes pasivos.

La parte más importante del Real Decreto se refiere a los llamados «fraccionamientos de pago» (arts. 154 y 155 del Reglamento), determinándose los requisitos para llevarlos a cabo y su forma de cálculo. Esta nueva regulación se aplicará a partir del pago correspondiente al primer trimestre de 1984.

Los tipos de retención señalados a las pensiones se aplicarán a las devengadas desde 1 de febrero.

A los rendimientos de actividades profesionales, artísticas y deportivas se aplicará una retención del 5 por 100, cuando se satisfagan a partir de la publicación de la disposición (se rebaja el tipo del 10 por 100 que había establecido el Real Decreto 1.261/1983).

**27. IMPUESTOS SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS Y SOBRE SOCIEDADES.** Regulación de las declaraciones y pago de los mismo.

Real Decreto 361/1984, de 8 de febrero («BOE» del 25).

Se autoriza al Ministerio de Economía y Hacienda para que disponga la inclusión de datos relativos a otras figuras tributarias en las declaraciones correspondientes a los Impuestos sobre la Renta.

También se retocan algunos artículos del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (138, 142, 145 y 159, sobre declaraciones y devoluciones de oficio) y de la Instrucción General de Recaudación (regla 14, admitiéndose el ingreso por cheque sólo en las Cajas de las Delegaciones o Administraciones de Hacienda, no por correo).

**28. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.** Actualización de valores con arreglo a la Ley de Presupuestos para 1983.

Real Decreto 382/1984, de 22 de febrero («BOE» del 27).

Se desarrolla la previsión del artículo 32 de la Ley 9/1983, de 13 de julio, que aprobó los Presupuestos Generales del Estado para 1983, permitiéndose a los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades que actualicen los valores de los elementos del inmovilizado material y de los valores mobiliarios de renta variable que figuren en sus balances a 31 de diciembre de 1983.

La actualización deberá realizarse con los requisitos que establece el Real Decreto y sus resultados positivos podrán ser capitalizados, con aplicación de beneficios fiscales.

Complementariamente serán aplicables las disposiciones del Real Decreto 621/1981, de 27 de marzo.

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, José Antonio: «La propiedad en la formación del derecho administrativo». Pamplona, 1983. Editado por el autor.**

Los juristas, a fuer de estudiar y comentar la prolija colección de nuevas leyes y las incesantes reformas de las anteriores, nos hemos convertido, bien a nuestro pesar, en positivistas. La escasez de tiempo y exceso de trabajo no nos permite ahondar en las raíces del derecho y buscar su sentido último para, desde allí, penetrar con más agudeza en el futuro que se abre al ordenamiento jurídico.

Ante esta realidad es refrescante y renovador el hallazgo de un libro como el que es objeto de esta recensión. El autor, profesor adjunto de derecho civil de la Universidad de Navarra, tras haber realizado con anterioridad meritorios estudios en diversos campos del derecho privado decidió adentrarse en los orígenes filosóficos y teológicos del derecho público, partiendo de un hecho actual, notorio y preocupante: el incremento del poder del Estado que afecta y condiciona la propiedad y libertad de los individuos. Para ello ha utilizado, fundamentalmente, un procedimiento lógico inductivo, estudiando el derecho administrativo español en sus orígenes y primer desarrollo —siglo XIX—, para, desde allí, tratar de profundizar en el sistema ético-político que le dio vida y en las raíces teológicas y filosóficas —protestantismo y nominalismo— de que proviene aquél.

El libro se compone de una introducción, seis capítulos y un epílogo que recapitula sintéticamente las conclusiones a las que el autor llega. Examinado en conjunto refleja, de una parte, el riguroso estudio realizado en la búsqueda y análisis del dato jurídico, especialmente en materia tan poco conocida hasta el presente como el derecho administrativo decimonónico, del que Alvarez-Caperochipi hace un profundo y documentado tratamiento. Mas por otro lado muestra el aspecto lúdico de todo quehacer intelectual, si logra elevarse sobre las brumas del dato empírico y contemplar la realidad en su devenir histórico, aventurándose en hipótesis sugerentes y atrevidas que conducen a su vez a otros espacios culturalmente inexplorados. Prueba concreta de ello se halla en la introducción y epílogo del libro, donde el autor nos habla del «autodivertimiento y aun la autoadmiraación del disfrute intelectual».

El contenido concreto de los diversos capítulos del libro da, de entrada, una sensación de desconexión y falta de coherencia; pero es sólo la primera impresión. En realidad, toda la obra se centra en el tema que está definido en el subtítulo: «ensayo sobre la concepción liberal de la propiedad como origen y fundamento del Derecho público», aunque el lugar propio de desarrollo de

esta cuestión se halla en el capítulo II (significado de la propiedad privada en el derecho público del Estado liberal).

Lo que sucede es que el propio tema, estudiado en profundidad, se trasciende a sí mismo «ex ante» y «ex post»; lo primero, en cuanto es preciso, para comprender el derecho público emanado del Estado liberal, conocer los presupuestos ideológicos de éste y su desarrollo histórico; lo segundo, porque la ética del orden caracterizadora de la misión del Estado policial liberal desembocó, al poco tiempo, en la ética de la actividad administrativa, cada vez más ansiosa y agobiante.

La influencia del protestantismo en el capitalismo y el liberalismo había sido puesta ya de relieve por ilustres pensadores, como Max Weber (La ética protestante y el espíritu del capitalismo) y Erich Fromm (El miedo a la libertad), Alvarez Caperochipi ha dado a la cuestión, apasionante y seductora como hay pocas, un sesgo marcadamente jurídico, encuadrado en el estudio de conceptos como Estado y soberanía, lo que desarrolla principalmente en el capítulo I del libro.

Los capítulos III y IV muestran dos aspectos de un mismo fenómeno: la crisis del Estado liberal doctrinario, bien pronto iniciada, y consecuencia de una actividad principal de fomento de la economía. En el primero de estos capítulos se estudia el concepto de servicio público, con los efectos que el desarrollo del mismo en el siglo XIX español tuvo en el principio de separación de poderes —en merma para la jurisdicción—, en el crecimiento de las facultades de la administración y con la consecuencia de trato desigual a los ciudadanos. El capítulo IV se centra en el dominio público, a través de la evolución legislativa a lo largo de la pasada centuria y con un énfasis especial en el estudio, ciertamente interesante, de la desamortización. Ambos capítulos muestran el profundo conocimiento del autor sobre el derecho administrativo del siglo XIX, de cuya legislación y jurisprudencia, sin ánimo de exhaustividad no había por qué —nos ofrece una cumplida y bien ordenada muestra.

El capítulo V del libro señala un giro en el punto de vista, para volver, como al principio, a la filosofía jurídica. Partiendo de la crisis ideológica que produjo en España la «revolución gloriosa» y la subsiguiente Constitución de 1869, y con excursión —no carente de sentido— por la que Alvarez-Caperochipi llama «vía prusiana al liberalismo», penetra críticamente en el formalismo y positivismo jurídicos, realizando un agudo examen de la filosofía jurídica —o afectante a lo jurídico— de Kant y Hegel, en la medida en que fundamentan el formalismo jurídico.

Por último, el capítulo VI sintetiza lo ideológico y lo jurídico-administrativo en la aplicación correcta de la ética formal al derecho público, al referirse al surgimiento de conceptos como acto y recurso administrativo, y al abordar el significado de la ley en el Estado formal de derecho. En este punto se echa en falta, a mi juicio, una más precisa definición del autor acerca del papel de la Constitución en la fundamentación ética del ordenamiento jurídico, como plasmación que es —creo— de la concepción ético-social del pueblo que se la otorga.

El resumen de las tesis del libro lo ofrece el autor en su epílogo; el de esta recensión, necesariamente más conciso, podría concretarse así: se trata de un estudio valioso para el administrativista, muy útil para el historiador

y apasionante para quien ame la filosofía del derecho; en este aspecto deberá suscitar el debate y la polémica, de que tan necesitado esta el mundo jurídico.

Fernando ZUBIRI DE SALINAS  
Magistrado

**BERGEL, Jean-Louis: «Le droit des biens». Presses Universitaires de France. París, 1983. 128 págs.**

Con lenguaje llano y respetando los reducidos límites impuestos por la célebre colección *Que sais-je?*, el profesor Bergel, de la Universidad de Aix-Marseille, logra transmitir la esencia del Derecho de cosas, con no pocos aciertos sistemáticos y de fondo. Tras la necesaria introducción, en que se expone la noción de cosa en sentido jurídico y de Derecho de cosas, el autor precisa los factores de la evolución de este sector del Derecho patrimonial: la diversificación de la estructura de los bienes —aparecen bienes de estructura compleja, que integran elementos corporales e incorporeales—, la disociación de los poderes sobre los bienes —que se manifiesta en el aspecto espacial: derechos superficiarios, y en el aspecto temporal: multipropiedad—, la irrupción de la normativa pública en el Derecho de cosas, que se encuentra *désormais au carrefour du droit civil et du droit public...*, y la dispersión de las fuentes —que se refleja en la aparición del Código de urbanismo, el Código de la construcción y la vivienda, el Código del medio ambiente y una multitud de disposiciones especiales—.

Las dos partes que integran la obra invierten el criterio habitual de exposición: se examina primero la estructura de cada uno de los derechos reales y después las reglas generales de su dinámica. Tiene particular interés el análisis de los derechos de naturaleza dudosa, que el autor se inclina por considerar reales: el *bail emphytéotique*, regulado por el Código rural (aunque el autor lo define como arrendamiento duradero —y antes ha insistido en que el arrendamiento es un derecho personal— lo califica luego como derecho real), el *bail à construction*, introducido por una ley de 16 de diciembre de 1964, y la *concession immobilière*, regulada por la ley de 30 de diciembre de 1967.

Tras el desarrollo de la comunidad y la medianería, el autor ofrece un preciso panorama de dos supuestos de división que reflejan *l'irruption du collectif dans l'appropriation privée*: la división de edificios —propiedad horizontal— y la división de terrenos —parcelación urbanística—.

La segunda parte se dedica al tráfico jurídico de los bienes y al ejercicio de los derechos reales y a la protección judicial de uno y otro. Debe destacarse la completa exposición de las acciones posesorias y la coherente interpretación del polémico artículo 2.279 del *Code*, antecedente de nuestro 464, con la que termina la obra. Dos ausencias sorprenden tras su lectura: el estudio de los derechos de garantía, a los que el autor reconoce expresamente carácter real (pág. 52, única referencia a los mismos), y alguna alusión a la publicidad registral como medio de protección al tráfico jurídico de los inmuebles.

Antonio PAU PEDRÓN

**«Código de Derecho canónico». Edición bilingüe comentada por los profesores de la Facultad de Derecho canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1983. 921 págs.**

Cristaliza, en este nuevo Código, uno de los esfuerzos legislativos más importantes de la historia —veinticuatro años de estudios jurídicos, teológicos y sociológicos para adaptar un texto concebido para una sociedad estable y continuista a otra sociedad inestable y pluralista—, y culmina, en esta edición de la B.A.C., una intensa y apresurada tarea de interpretación del Codex —no ha transcurrido aún un año desde su entrada en vigor—.

El fenómeno de la codificación canónica no ha dejado de tener sus detractores; corresponde a una cultura jurídica determinada, y se impone, sin embargo, a todo el universo cristiano. Si puede resultar extraño a los pueblos europeos del *common law*, más lo será sin duda a los pueblos menos desarrollados de otros continentes. Pero aun aceptando el sistema de la codificación, el nuevo texto ha sido también objeto de críticas; las pone de relieve el profesor Antonio García y García en su introducción histórica a esta publicación que reseñamos: falta de coactividad de muchas de sus normas, que son simples exhortaciones o declaraciones programáticas, que tendrían mejor encaje en directorios u otro tipo de documentos de la jerarquía; ausencia de normas que regulen la actuación de la Curia romana; falta de preceptos reguladores de la cesión del romano pontífice en su ministerio... El *Codex* de 1983 es, además, un *Código marco*, que deja a instancias locales la terminación o concreción ulterior de buena parte de su normativa.

A lo largo de sus 1.752 cánones, regula el Código cada una de las partes del Derecho canónico: el Derecho canónico constitucional-orgánico, que tiene por objeto la regulación de la jerarquía y el laicado, el Derecho canónico constitucional-dogmático o programático de derechos, el Derecho canónico constitucional-instrumental, regulador de los sacramentos, el Derecho misionero y el Derecho pastoral, que regulan, respectivamente, la actividad externa e interna de la Iglesia, y, por último, el Derecho ecuménico, que tiene por objeto de la unidad de todos los cristianos. De ahí la necesidad de aunar los esfuerzos de especialistas de las distintas ramas del Derecho canónico, como lo ha hecho esta edición de la Biblioteca de Autores Cristianos, para interpretar y esclarecer los preceptos del nuevo Código. Bajo la dirección de Lamberto de Echeverría, catedrático de la Facultad de Derecho de Salamanca, colaboran en los comentarios los profesores Jiménez Urresti, Aznar, Manzanares, Sánchez y Acebal.

Los comentarios al articulado son concisos, inferiores en su extensión al texto mismo. No hay citas de autores; sólo referencias a cuerpos legales o documentos de la jerarquía. Se han redactado con vistas a esclarecer el sentido y alcance de la Ley, no a buscar antecedentes ni ha formular un juicio crítico. Sus destinatarios son, fundamentalmente, los canonistas, pero no se excluye al lector interesado vivencialmente.

La traducción del Código reproducida en esta edición ha sido preparada por los profesores de las Facultades de Derecho canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca y de la Universidad de Navarra, y revisada por la

Junta de Asuntos Jurídicos de la Conferencia Episcopal. La obra va presidida por una *Presentación* de Mons. Antonio Innocenti, Nuncio Apostólico en España, que exalta la labor de autores y editores, y pone de relieve la necesidad de que el nuevo texto se encarne en la realidad, pase de ser mero conocimiento a norma de conducta. Dos introducciones de los profesores. García García y Jiménez Arresti— sitúan el *Codex* en sus contextos histórico y filosófico-jurídico. Se incluye también la versión castellana de la Constitución apostólica *Sacrae Disciplinae Leges*, promulgadora del Código. Ponen fin a la obra tres apéndices, que reproducen la Constitución apostólica *Regimini Ecclesiae universae* sobre la reforma de la Curia romana, cuya normativa está siendo objeto de revisión, las normas sobre la disolución del matrimonio en favor de la fe, y la Constitución apostólica *Divinus perfectionis Magister*, sobre las Causas de los santos. Un detallado índice de materias remite a los preceptos correspondientes del *Codex*.

Sería ocioso ponderar la importancia y la utilidad de esta edición española del *Codex*, que repetirá el éxito de la ya lejana versión comentada del Código de 1917, con que inició su andadura editorial la Biblioteca de Autores Cristianos.

ANTONIO PAU PEDRÓN

**DESCHENAUX, Henri: «Le registre foncier». Éditions Universitaires Fribourg Suisse. Friburgo, 1983. 801 págs.**

Los hipotecaristas españoles se han acercado al Ordenamiento registral suizo con especial admiración y respeto. *Parece que el sistema hipotecario ha llegado a su perfeccionamiento y que la evolución toca a su término*, escribía Jerónimo González en 1924, alentando a un estudio *imprescindible* del régimen inmobiliario suizo. La necesidad de configurar una institución registral común que no discordara con ninguno de los ordenamientos cantonales, la simultánea influencia de principios germánicos y latinos y la tradicional simplicidad de sus normas jurídicas, hacen que el sistema registral suizo esté dotado de una flexibilidad y una precisión que no se alcanzan en los demás.

Sin embargo, su elaboración doctrinal es reciente; tres grandes obras de nuestro siglo han construido el Derecho hipotecario suizo: *Das Sachenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (1909) de Wieland, *Sachenrecht, Besitz und Grundbuch* (1917) de Ostertag, y el libro del mismo título (1938) de Homberger. Los tratadistas del Derecho de Cosas —Leemann, Meier-Hayoz—, las monografías sobre temas hipotecarios, como la de Jenny sobre la fe pública registral o la de Piotet sobre las cargas reales, y la *Revue du notariat et du registre foncier*, continúan la inacabable tarea de su perfeccionamiento. En el año 1983 se ha publicado el volumen relativo al Registro de la Propiedad del *Traité de Droit Privé Suisse*, obra colectiva iniciada en 1969; el autor de este nuevo tratado de Derecho hipotecario es el profesor Henri Deschenaux, de la Universidad de Friburgo, al que se debe también el comentario al título preliminar del Código civil.

El *registre foncier* es, para la doctrina suiza, una institución civil, porque esa es la naturaleza de las normas fundamentales que aplica, y aunque su organización y funcionamiento se rija por disposiciones administrativas. La creciente invasión del Derecho público en el régimen de los inmuebles no altera ese carácter civil: *la institución registral —escribe el profesor Desche-  
naux— debe servir también para revelar el estatuto de Derecho público de los inmuebles. La publicidad no sería completa si el Registro de la Propiedad no contuviera datos de ese carácter. Pero esta función sólo puede ser accesoria.*

La implantación del Registro se consideró, desde el primer momento, como una tarea que debía ser simultánea a la medición oficial del suelo; por ello el artículo 38 del Título final del C. c. ordenaba la elaboración de un plan general *pour l'établissement du registre foncier et la mensuration du sol*, y las *Erläuterungen zum Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements* (año 1914) ponían de relieve que la publicidad inmobiliaria no podía lograr plenamente su objetivo de suministrar una información segura de los derechos reales si no descansaba sobre mediciones exactas del suelo, indicando los límites de las propiedades y las cabidas de las fincas. El Título final del C. c. llegaba a ordenar que la medición del suelo precediera a la introducción del Registro. No obstante, la lentitud de los trabajos catastrales —cuya terminación se prevé para el año 2000, extendiéndose en el año 1981 a sólo el 48 por 100 del territorio suizo— ha impedido el total cumplimiento de la norma.

Las operaciones oficiales de medición cristalizan en el plano o *plan*, elaborado por los topógrafos con arreglo a las prescripciones de la Instrucción de 1919. Tales planos son títulos públicos y forman parte integrante del Registro de la Propiedad desde el momento en que el libro de inscripciones remite a los mismos. En las zonas en que aún no se han llevado a cabo los trabajos catastrales, los datos físicos se recogen en el *rôle* o *Liegenschaftsverzeichnis*, que indica situación y linderos sin representación gráfica.

La organización del Registro es competencia de la Confederación —como se desprende del artículo 64 de la Constitución—, aunque se ha delegado en los Cantones la función de dictar *reglas complementarias*, que deben, en todo caso, ser revisadas por aquélla para apreciar su conformidad con el Derecho federal. A dos instituciones federales corresponde además la dirección administrativa y el control jurisdiccional de los Registros: el Negociado federal del Registro inmobiliario (*Bureau fédéral du registre foncier*) —subdividido en dos Servicios, *Office ru degistre foncier* y *Direction des mensurations cadastrales*—, y el Tribunal federal, encargado de resolver, en última instancia, los recursos contra la calificación del Registrador. El propio Derecho federal ordena la formación de circunscripciones registrales (*arrondissement, Grundbuchamtskreis*) y, en las grandes ciudades, de secciones dentro de aquéllas (*sous-arrondissements, Grundbuchkreise*). La actividad del *conservateur du Registre foncier* se encuadra en el ámbito de la jurisdicción voluntaria (*gracieuse*), carácter del que participan también el *recours général* —contra negativa del Registrador a inscribir— y el *recours spécial* —contra las demás decisiones del Registrador—.

La vigencia de principio de legalidad material o *principe de causalité*, en cuya virtud la eficacia de la inscripción está subordinada a la validez del acto jurídico en cuya virtud se practica, impone una rigurosa calificación registral (*pouvoir de contrôle*). Reside en este punto una de las diferencias fundamentales entre los sistemas registrales suizo y alemán. En éste falta absolutamente todo vínculo causal entre contrato e inscripción, y de ahí el reducido ámbito de la calificación (parágrafo 29 de la Grundbuchordnung). En el sistema suizo, el Registrador ha de apreciar cuestiones de forma y de fondo; entre las primeras: su competencia *ratione materiae* y *ratione loci*, la ausencia de causas de inhabilidad y el cumplimiento de los requisitos formales de la solicitud; entre las segundas (la legitimación para solicitar la inscripción —que engloba capacidad civil, poder de disposición, facultades de representación y competencia de la autoridad solicitante—, y la validez del título.

El libro principal del Registro es el *grand livre* o *Hauptbuch*, en el que cada inmueble recibe un pliego o *feuille* y un número propio. Desde la introducción, en el año 1966, de los artículos 107 b) a 107 f), este libro mayor puede ser llevado en fichas. Los asientos contienen una somera indicación de cada uno de los derechos reales constituidos sobre las fincas, remitiendo para conocer su preciso alcance a los documentos complementarios: *état descriptif* o *Liegenschaftsbeschreibung* —relativo a datos de hecho y a derechos que sólo pueden ser objeto de *mention*— y *pièces justificatives* —títulos que contienen el acto inscribible—. Tanto unos como otros se conservan en el Registro.

En el *journal* o *Tagebuch* —segundo y último de los libros principales— se hacen constar las solicitudes de inscripción a medida que se reciben; los efectos de la inscripción se retrotraen al momento de esa presentación. La Ordenanza del Registro fundiario prevé también la llevanza de cinco *registres accessoires*: registro de propietarios —llevado en forma de fichero—, registro de acreedores, registro de embargos, registro de rectificaciones y registro de correspondencia. Con carácter facultativo, puede llevarse también un registro cantonal accesorio en el que figuren todas las personas mencionadas en el Registro fundiario.

La inmatriculación de práctica de forma distinta según se trate de fincas (*biens-fonds*) o determinados derechos sobre fincas especiales (*droits distincts et permanents, selbständige Rechte*), siendo estos últimos el derecho de superficie y la propiedad de las aguas. Están excluidos de la inmatriculación los bienes de dominio público; ahora bien, si se constituyen derechos reales sobre los mismos, en virtud de concesión, es necesaria la inscripción del bien demanial a fin de que pueda acceder al Registro el derecho concedido.

Tratándose de fincas, la inmatriculación se practica de oficio. Esta inmatriculación es una simple consecuencia de las operaciones topográficas que ran desembocado en el *plan* o en el *rôle*. El propietario de diversas tierras radicadas en una misma circunscripción puede solicitar que todas ellas se inmatriculen en un mismo pliego; se pretende con ello que las operaciones registrales relativas a fincas de escaso valor resulten menos onerosas. Todas las vicisitudes de trascendencia real que afecten a esas fincas conjuntamente, o la constitución de servidumbres sobre cualquiera de ellas, se harán constar en el folio común; en los demás supuestos se abrirá un pliego propio a la finca enajenada o gravada, por un procedimiento semejante a la segregación.

La inmatriculación de la propiedad superficiaria y de la propiedad de las aguas se practica, por el contrario, a instancia de su titular. El Registrador, que según la jurisprudencia ha de apreciar la concurrencia que los requisitos necesarios para la apertura de pliego especial y decidir en consecuencia, hace constar esa apertura en la finca donde radican la propiedad superficiaria o las aguas.

En el Registro se practican diversas clases de asientos (*écritures, Einträge*): inscripciones (*inscriptions, Eintragungen*), anotaciones (*annotations, Vormerkungen*), menciones (*mentions, Anmerkungen*) y cancelaciones (*radiations, Löschungen*). Objeto de la inscripción es el dominio —habiendo declarado reiteradamente el Tribunal federal que no cabe inscribir propiedades sujetas a condición resolutoria o a prohibiciones de disponer—, las servidumbres, las cargas reales y las garantías inmobiliarias; para lograr la máxima claridad del asiento, la inscripción de estas últimas es esquemática el tipo de garantía —hipoteca, cedula hipotecaria o carta de renta— se indica con una letra —H, C o L—; se expresa a continuación el capital garantizado y el tope de interés asegurado; por último, como *observaciones*, se expresan las circunstancias fundamentales de la obligación garantizada. Las anotaciones pueden referirse a derechos personales, como la opción o el arrendamiento, a limitaciones a la facultad de disponer o a reclamaciones judiciales de derechos reales. Las menciones constatan, por regla general, restricciones de Derecho público o privado que afectan a las fincas inscritas. Por último, las cancelaciones no constituyen propiamente un asiento: se practican subrayando en rojo la inscripción que se invalida, e indicando la fecha de la cancelación y el título que la provoca. Si se ordena el cierre del Registro (*blocage, Kauzleisperre*) por la autoridad judicial, el Registrador debe hacerlo constar en el libro principal: este asiento no tiene reglas especiales de forma; de ahí que no pueda considerarse como un tipo concreto de inscripción —como advierte Deschenaux— aun que se distinga claramente de los demás.

Los efectos que produce la inscripción de un derecho real son los siguientes: presunción, *iuris tantum*, de existencia del derecho (con la extensión y circunstancias que figuran en el asiento; pero sin que la presunción se extienda a los datos físicos, a pesar de la comprobación oficial de los mismos a través de las operaciones de medición); poder formal de disposición (se trata de la facultad concedida por el artículo 656, párr. 2, del Código civil: el que adquiera la propiedad de un inmueble por ocupación, sucesión, expropiación forzosa o sentencia, aunque sea ya propietario antes de la inscripción, *no podrá disponer registralmente* hasta que figure inscrito su derecho); prioridad, sujeta al principio de *cases mobiles* pero, excepcionalmente, respecto de las garantías reales, regida por el principio de *cases fixes*; efecto absoluto de la inscripción (*principe absolu de l'inscription*), es decir, efecto constitutivo de las mutaciones jurídico reales producidas por negocio jurídico *inter vivos*; efecto relativo de la inscripción (*principe relatif de l'inscription*), es decir, efecto declarativo de las mutaciones jurídico reales producidas por título distinto del anterior; y principio de fe pública (*foi publique, Vertrauensprinzip*), que tiene un doble efecto: *acquisitio libertatis*, en cuya virtud el adquirente no se ve afectado por los derechos indebidamente cancelados, y *acquisitio a non domino*, en cuya virtud el adquirente de un titular registral

ilegítimo adquiere irrevocablemente, siempre que, en ambos casos, se *funde de buena fe en la inscripción*.

Al igual que en el sistema alemán, se exige para conocer el contenido del Registro un interés legítimo, que el Conservador comprueba con rigor, apoyado en los criterios suministrados por diversas circulares del Negociado Federal del Registro y numerosas sentencias del Tribunal Federal. El conocimiento puede obtenerse por consulta (*consultation, Einsicht*) o extracto (*extrait, Auszug*).

El libro del profesor Henri Deschenaux desarrolla con extensión otras materias no mencionadas, como los títulos inscribibles o la rectificación del Registro. En algunos casos la explicación resulta excesivamente académica, muy lejana de la realidad registral, omitiendo puntualizaciones que tienen importancia práctica. Parece difícil, en la exposición del Derecho hipotecario, conjugar los grandes principios con el funcionamiento diario de la institución. Además, la preocupación sistemática del autor le lleva a repetir, con innecesaria insistencia, el plan adoptado en cada parte, en cada párrafo y en cada capítulo. En todo caso, de ello, y del estilo didáctico del profesor. Deschenaux, resulta una obra completa y clara. Realza su valor el denso capítulo inicial dedicado al Derecho hipotecario comparado, aunque no hay en él, ni en la larga relación bibliográfica sobre los sistemas extranjeros, referencia alguna al sistema registral español.

Antonio PAU PEDRÓN

**HERNANDEZ MORENO, Alfonso: «El pago del tercero». Bosch. Casa Editorial. Barcelona, 1983. 272 págs.**

Con la posibilidad de pago de un tercero, la obligación, normalmente contemplada como una relación jurídica cerrada, perfectamente determinada en sus elementos subjetivos y objetivos y en su contenido, muestra, sin embargo, un aspecto abierto e indeterminado. Más aún: desde la perspectiva del tercero, y del que analiza teóricamente su posición jurídica, la obligación no es otra cosa que el objeto de una posible intervención. Disminuye el interés de la relación intervenida, y cobra especial importancia la acción interventora y sus posibles modos, íntimamente relacionados con los efectos que se quieren producir.

El profesor Hernández Moreno, de la Universidad Autónoma de Barcelona, inicia su estudio encuadrando la figura en el Derecho positivo: apenas dos normas que tratan, en términos generales, la intervención de terceros en la deuda de otros. Los antecedentes legislativos son escasos, pues el artículo 1.158 proviene del proyecto de 1851 y el 1.159 no tiene más precedente español que un precepto sustancialmente coincidente del anteproyecto de 1882-1888; sin embargo, se esboza ya en ellos la problemática que plantea la relación tri-lateral ínsita en el pago del tercero. No obstante, el Código civil introduce dos expresiones de primordial importancia —*en nombre* y *por cuenta*— que obligan a reconsiderar la noción de tercero, la cualidad con que interviene en la deuda ajena y los efectos que, según los casos, puedan derivarse.

En el título I se exponen los presupuestos de la institución: el pago, que no se estudia en su dimensión dogmática, sino fáctica —como hecho productor de efectos jurídicos—, la deuda intervenida, cuyo rasgo de ser *ajena* se puntualiza, la legitimación para intervenir y el sujeto interviniente. Pero si deslindar el concepto de tercero es necesario para determinar si una persona está justificada para intervenir en la obligación ajena, precisar el interés con que actúa es indispensable para concretar el efecto provocado. El interés constituye, en palabras del autor, *la noción-eje alrededor de la cual giran todas las demás*. De ahí que el título II de la obra, destinado a él, sea el más extenso, y sin duda el más minucioso; la tipificación de los intereses es exhaustiva: interés propio o ajeno, interés en la relación obligatoria, en el pago de la deuda ajena o en obtener la subrogación por pago...

Según sea la clase de interés que el tercero incorpore a la intervención, se provocará un efecto u otro: si paga *en interés del deudor*, lo liberará de su posición deudora, extinguirá la obligación; si paga *en interés propio*, adquirirá la posición acreedora y no pretenderá extinguir la deuda en que interviene. Si falta la exteriorización del tercero, existe, en opinión del autor, una presunción de existencia de interés propio; pero no pudiendo establecerse como regla general el pago no extintivo, la presunción legal, que dispensa de probar que el pago fue hecho, realmente, con voluntad de extinguir la deuda que se paga, sólo favorece a determinadas personas señaladas por la ley, concretamente las enumeradas en el artículo 1.210.

La obra del profesor Hernández Moreno llena una laguna secular de nuestra literatura jurídica. El pago del tercero, por su indudable complejidad, por sus escasos precedentes legislativos, no había sido objeto de estudio monográfico. Ahora lo ha recibido, y muy completo. Sólo las cuatrocientas notas a pie de página, de contenido generalmente histórico o comparativo, merecerían otra recensión.

Antonio PAU PEDRÓN

**LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: «Regulación procesal de la Ley de divorcio». Bosch, Casa Editorial, S. A. Barcelona, 1983. 133 págs.**

Aunque la regulación procesal contenida en la Ley de 7 de julio de 1981 tenga carácter temporal, y esté destinada a incorporarse a la futura Ley de Enjuiciamiento civil, cabe augurar a esta obra —la vista de la longevidad de nuestras normas *provisionales*— una larga actualidad. El libro del Magistrado López Barja de Quiroga no es, además, una obra circunstancial; no se limita a sistematizar los trámites procesales de la regulación vigente, aunque lo hace con gran acierto, sino que aclara numerosas cuestiones oscuras o silenciadas por la normativa actual. Cuando el cauce procedimental de determinados actos no está claramente determinado por la ley, el autor se pronuncia por uno concreto, con sólidos fundamentos de doctrinal procesal y frecuente invocación del Derecho comparado. Así sucede con la determinación del trámite adecuado para la fijación judicial del domicilio familiar o para la

adopción de medidas anteriores a la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio.

El autor distingue, dentro de la regulación procesal de la Ley de divorcio, dos grandes grupos de trámites; unos los reúne bajo la rúbrica de trámites auxiliares y otros bajo la de trámites principales. Trámites auxiliares son *todos aquellos que si bien se agotan en sí mismos, no tiene objeto individualizados, sino que nacen por y para auxiliar a un efecto jurídico principal*. Por ello agrupa bajo ese epígrafe la dispensa de impedimentos, la fijación de domicilio, la eficacia civil de las resoluciones canónicas, las medidas provisionales con relación a cualquiera de los cónyuges, las medidas provisionales o coetáneas a la interposición de la demanda y la modificación de las medidas.

Por otra parte, bajo el epígrafe de trámites principales, agrupa las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro (procedimiento especial regulado en esa disposición adicional 3.<sup>a</sup>), las peticiones de separación o divorcio presentadas sin que el otro cónyuge tenga conocimiento de ello o esté conforme, las denulidad por causas de los apartados 2.<sup>o</sup> y 3.<sup>o</sup> del artículo 73 del C. c. y las que se formulen al amparo del título IV del libro I del C. c. y no tengan señalado un procedimiento especial todas ellas se tramitan por el procedimiento de los incidentes, con algunas modificaciones que establece la disposición adicional 5.<sup>a</sup>), y por último las de nulidad por causas distintas de las mencionadas (que se tramitan por el procedimiento del juicio declarativo ordinario, según la disposición adicional 7.<sup>a</sup>).

Como tema independiente de los trámites anteriores —aunque el autor reconoce que podría incluirse entre los trámites auxiliares, pues precisa de los principales— examina el autor la ejecución de sentencias. La ordenación procesal más lógica, sencilla y rápida para la ejecución es, en opinión de López Barja de Quiroga, la formación de tres piezas separadas: una pieza se dedicará a todo lo relativo a los hijos; en otra pieza se hará constar el inventario de los bienes y el Juez proveerá lo necesario para la administración de los mismos; por último, en la tercera pieza se consignará todo lo referente a la liquidación del sistema económico que rigiere entre los cónyuges. El tema del apellido de la esposa después del divorcio, que carece de interés en el Derecho español, es objeto de un interesante esbozo de Derecho comparado con el que termina la obra.

En una breve introducción que encabeza la obra expone el autor la evolución del Derecho matrimonial español hasta la Ley de 7 de julio de 1981, poniendo de relieve que España había ratificado algunos años antes de su entrada en vigor —concretamente en 1977— dos textos internacionales que admitían el divorcio, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, y que el Tribunal Supremo había reconocido ya en auto de 1979 que la Constitución de 1978 *priva de rango constitucional al principio de indisolubilidad del matrimonio*.

**MENDEGRIS, Roger:** «Le commentaire d'arrêt en droit privé. Méthode et exemples». Editorial Dalloz. París, 1983. 107 págs.

*Un libro sobre el método en el país de Descartes...* advierte el prologuista; todo coincide para que la obra sea un paradigma de claridad. Cien breves páginas —o a penas cincuenta, si se restan los ejemplos— dedicadas a dar consejos prácticos para leer, interpretar y comentar sentencias. No es una obra destinada a los *arrétistes* profesionales, ni a los alumnos pensando en sus profesores: es una obra concebida íntegramente para el estudiante universitario.

El valor didáctico del comentario de sentencias es ampliamente apreciado —escribe el autor—; *es un medio excelente para inculcar a los estudiantes el arte de utilizar los conocimientos teóricos en la resolución de los problemas concretos, tal como se les presentarán en su inmediata vida profesional.* Frutos de este ejercicio: agilidad en el razonamiento jurídico, desarrollo en los valores de la claridad, la precisión y la concisión... *sin los cuales no se puede ser buen jurista.* Además, el comentario familiariza al estudiante con la estructura y el estilo de las sentencias, y le ayuda a vencer el hermetismo aparente de las resoluciones judiciales.

El método propuesto por el profesor Mendegrís parte de una doble idea: por un lado, el comentario de sentencias no difiere, en su estructura general, del comentario de otros textos jurídicos —resoluciones administrativas, dictámenes del Consejo de Estado, decisiones de instancias internacionales—; por otro lado, el método no agota la actividad del comentarista: el comentario de sentencias es una obra original, con un amplio margen para expresar las ideas propias. Sobre estas bases, el autor divide el trabajo a realizar en cuatro etapas sucesivas: comprensión y delimitación del objeto, búsqueda de los elementos de la respuesta, elaboración del plan y redacción. En los cursos iniciales de la carrera debe darse más importancia a las dos primeras fases; en los cursos finales, a las dos últimas.

En la exposición de la primera fase hace el autor interesantes observaciones sobre el vocabulario y la estructura de las sentencias. Estas cuestiones han suscitado recientemente el interés oficial, que ha llevado a la creación de una *Commission de modernisation du langage judiciaire* y a dictar diversas circulares del Ministerio de Justicia sobre la forma de las sentencias. Una primera recomendación elaborada por la citada Comisión, y aprobada el 15 de septiembre de 1977, se dirige a *buscar los medios para hacer el lenguaje judicial más claro, más moderno, más inteligible y más francés:* en primer lugar, han de suprimirse las expresiones latinas, para lo que se ofrece la traducción francesa en doble columna; ha de prescindirse también de los términos extranjeros, tanto jurídicos como científicos; deben suprimirse los giros y las expresiones arcaicas, que se arrastran tradicionalmente en el lenguaje judicial; deben evitarse las expresiones poco corteses para nombrar a las personas, eliminar los incisos inútiles y precisar las palabras ambiguas.

Otra recomendación del mismo origen, fechada el 31 de enero de 1977, y que ha sido acogida por la casi totalidad de los tribunales franceses, se refiere

a la estructura de las sentencias. La innovación fundamental consiste en suprimir la expresión *resultando (attendu que...)* con que se inician las exposiciones de antecedentes, que se redactarán, en el futuro, en *style courant*. Se recomienda, sin embargo, conservar el *considerant que...* para los argumentos del tribunal, aunque se permite también el estilo libre para esta segunda parte de la sentencia. Estas innovaciones implican, evidentemente, una revolución en la estructura sintáctica de los párrafos.

El silogismo de aplicación de la norma jurídica, al quedar reflejado en el texto de la sentencia, invierte el orden de las premisas, anteponiéndose la menor a la mayor. La exposición de los antecedentes es más extensa en las resoluciones de los Tribunales de instancia que en el de casación. Numerosos jueces estructuran con epígrafes el contenido de la sentencia.

La segunda fase, búsqueda de los elementos de la respuesta, debe cristalizar en una enumeración cuidadosa de los datos de hecho y de derecho tenidos en cuenta por el juzgador, y en una reflexión sobre el valor jurídico y socioeconómico de la sentencia. La enumeración debe contener los hechos relevantes, los argumentos aducidos por las partes, los problemas planteados en el caso y los eslabones del razonamiento lógico del Tribunal. La reflexión sobre el valor de la sentencia debe tener un doble contenido: jurídico, que se reduce a dos cuestiones, si se ha aplicado la norma adecuada, y si esa norma ha sido interpretada rectamente; y socioeconómico, pudiendo darse en este ámbito dos hipótesis: que la regla jurídica aplicada admita diversas interpretaciones, en cuyo caso se ha de enjuiciar si el Tribunal a optado por la mejor, desde la perspectiva socioeconómica; y que la regla jurídica aplicada no admita más que una interpretación. Entonces habrá que enjuiciar si la solución es buena o mala en el contexto socioeconómico. Si es mala, quizá el Tribunal se haya apartado de la disposición legal, o considere el comentarista que ha debido actuarse así. Este puede ser uno de los puntos más importantes del comentario, que conduzca incluso al planteamiento, modesto y prudente, de la necesidad de una reforma del Derecho positivo.

Han terminado las fases de búsqueda y comienzan las de exposición. Quedan once páginas del libro que reseñamos. Ya no pueden darse reglas concretas: en la *elaboración del plan* debe tenerse en cuenta la necesidad de una introducción, y la conveniencia de tratar separada y sucesivamente los diversos problemas planteados en el caso; la *redacción* debe ser fruto de una madura reflexión, y debe desarrollarse con gran atención a la gramática y al ritmo del lenguaje.

Pocas palabras más sobre esta obra admirable. Va precedida de un prólogo del profesor Pierre Catala, donde se exalta la idea que preside la colección a la que pertenece este libro, y que se inició con la *Lógica jurídica* de Perelman: ser una reflexión, desde distintas perspectivas, sobre el método en el Derecho. La obra termina con una sugerencia para la aplicación de lo que en ella se expone; se trata de un esquema para practicar, a lo largo de seis sesiones, y progresivamente, el comentario de sentencias.

**NANA, Gérard-Jérôme: «La réparation des dommages para les vices d'une chose», con prólogo de Jacques Ghestin, Paris, 1982, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence.**

En la primera parte de esta monografía se examina la garantía de los vicios, precisándose su objeto, sus efectos y su funcionamiento. Destacan las ideas expuestas en torno al concepto del vicio y las relaciones entre el vicio, el error y el incumplimiento. Nana pone en conexión la garantía de los vicios y la responsabilidad de derecho común, señalando las incursiones de la responsabilidad civil en el «pretendido» dominio de la citada garantía y las extensiones de ésta más allá de sus pretendidas fronteras. La dualidad de acciones de garantía y de responsabilidad es indudable, pero la garantía de los vicios presenta en cuanto a su objeto y sus efectos los rasgos esenciales de la responsabilidad civil de derecho común. El único particularismo de la garantía reside, según el autor, en el breve plazo para accionar ante los Tribunales. Termina esta primera parte con una conclusión final en la que Nana (pp. 213-214) precisa que, en lugar de desarrollarse al margen del derecho común de la responsabilidad, la garantía de los vicios es, por el contrario, una de sus piezas maestras. Hay unidad en la naturaleza del derecho a la reparación de la víctima de un daño debido a una cosa defectuosa: que su acción esté fundada en la garantía o en la culpa, la víctima busca en todos los casos la responsabilidad del demandado. He aquí una consideración que, si se tuviese en cuenta, evitaría probablemente muchos de los equívocos en relación al derecho positivo vigente. Para el autor, el vicio de la cosa, entendido en sentido conceptual, es una situación de hecho sin significación jurídica en sí. Contemplando bajo su aspecto funcional, adquiere un sentido jurídico específico. Al mismo tiempo se ensancha y se distingue mal, por no decir que se confunde, con el error sustancial o el incumplimiento del contrato. La diferencia, en la medida en que pueda existir, no lo será de naturaleza ni incluso de grado: se sitúa exclusivamente en el tiempo. Desde el punto de vista de la reparación de los daños que tienen su causa en una cosa defectuosa, se puede legítimamente afirmar que el vicio, que constituye el objeto de la garantía, no presenta ninguna peculiaridad esencial.

En la segunda parte, Nana va a partir de los resultados a que llegó en la primera, teniendo muy presente que existe unidad en la naturaleza del derecho a la reparación a la víctima de un daño debido a una cosa defectuosa. Las dificultades que presenta en esta materia el derecho positivo francés residen, sobre todo, en la determinación de los sujetos de la obligación de indemnizar, especialmente en lo concerniente al fundamento jurídico de la acción directa del subadquirente y a la ambigüedad de la distinción enre guardia de la estructura y del comportamiento, y a lo que el autor denomina, con curiosa expresión, la «balkanisation» de la garantía, que se traduce en una gran diversidad de regímenes, que las leyes de 4 y 10 de enero de 1978 han acentuado todavía en mayor medida. En las conclusiones personales, Nana conecta la noción de anormalidad (*anormalité*) con la de vicio de la cosa (p. 301). Por ello establece la construcción del concepto de anormalidad que es esencial para comprender el auténtico significado del vicio de la

cosa. Expone con amplitud la teoría de la anormalidad (p. 310 ss.) basándose en la noción de actividad dañosa. Finalmente, trata de verificar sus proposiciones aplicándolas a la responsabilidad de los fabricantes y distribuidores en los casos de daños causados por una cosa que han fabricado o vendido. Para ello examina sucesivamente la acción de la víctima contra el fabricante o el distribuidor y las acciones de regreso en las relaciones de éstos con aquéllos. A continuación se refiere a la responsabilidad de los prestatarios de servicios y, especialmente, a la de los organismos de control en razón de los defectos de la cosa, y, por último, a los que utilizan la cosa defectuosa. Termina la monografía con una conclusión general del autor en la que hace inventario de los resultados obtenidos (pp. 360-363). Destaca sobre todo una constatación esencial: la unidad profunda de la obligación de reparar más allá de los particularismos menores, a menudo de justificación discutible, especialmente en el ámbito tradicional de la denominada garantía de los vicios.

Con esta breve exposición del contenido de la monografía creemos haber puesto de relieve que en la misma se abordan cuestiones de enorme interés, que han sido examinadas por numerosos autores, porque, no en vano, constituyen aspectos fundamentales de la protección del consumidor en el derecho civil, de la que se ha ocupado, con especial detenimiento, el autor que prologa la monografía que anotamos, el profesor Ghestin (1). Llama especialmente la atención la originalidad de los planteamientos de Nana e incluso la terminología que a veces utiliza, lo cual es destacado por Ghestin en el prólogo. La lectura de esta monografía sirve para apreciar una parte importante de la problemática existente en torno a la garantía por vicios ocultos en la compraventa, de tanta complejidad y repercusión práctica.

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ

**«Nuevo Derecho Canónico». Manual universitario, por catedráticos de Derecho canónico, dirigidos por Lamberto de Echeverría. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1983. 625 págs.**

La promulgación del nuevo Código de Derecho canónico invalida en gran parte la literatura jurídica surgida en torno al ordenamiento fundamental de la Iglesia. Este vacío doctrinal sobrevenido en enero de 1983, se ha salvado, en gran medida, a los ocho meses de esa fecha, con este *Manual* —casi tratado, por su extensión y rigor— elaborado por seis Catedráticos de otras tantas Universidades españolas del Estado. La vida jurídica no puede interrumpirse, y los profesionales necesitaban conocer la nueva regulación; lo necesitaba —como indica el prologuista—, *el abogado que lleva una causa de nulidad matrimonial, el Registrador o el Notario que han de intervenir en unas enajenaciones de inmuebles diocesanos, el juez que necesita ver claro en el pleito que le han presentado y que toca a una entidad eclesiástica...*

---

(1) Muy importante es en esta dirección su libro *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*, Paris, 1980, que reseñamos en este ANUARIO (tomo XXXVI-2.º, 1983, págs. 536-542).

La sistemática de la obra no es la convencional. E:o es debido sin duda a la amplitud de sus destinatarios. No se ha pensado sólo en el estudiante universitario, sino también en quienes ejercen las diversas profesiones jurídicas. Por ello, junto a los temas básicos del matrimonio y las relaciones Iglesia-Estado, se exponen extensamente cuestiones procesales, patrimoniales y concordatarias.

El estudio de las *Cuestiones fundamentales* es obra del profesor Alfonso Prieto, de la facultad de Derecho de León. Comienza planteando el problema teológico de definir la Iglesia católica y el problema jurídico de fundamentar el Derecho canónico. La primera cuestión ha recibido diversas respuestas: fundación-corporación, institución-acontecimiento, comunidad-sociedad, ministerio-sociedad; el autor acoge la configuración ofrecida por el Concilio Vaticano II: la Iglesia como sacramento. La segunda cuestión se resuelve invocando las bases sociales y sacramentales del Derecho canónico.

Al secular proceso de formación del Derecho canónico dedica el autor un interesante y sintético apartado, dividido en tres epígrafes: un milenio de preparación (siglos I a XII), la edad clásica (s. XII a XVI) y los tiempos modernos (s. XVI a XX). En el capítulo siguiente, *La constitución de la Iglesia*, analiza el profesor Prieto la estructura de ésta, el proyecto de una *Lex Ecclesiae fundamentalis* y la potestad eclesiástica. Concluye esta primera parte con una exposición de los conceptos fundamentales del Derecho canónico: la norma canónica —su estructura e interpretación—, la persona jurídico-canónica y los actos jurídico-canónicos.

La parte más extensa del Manual es la dedicada al Derecho matrimonial. El profesor José de Salazar, Catedrático de Derecho canónico de la Universidad Autónoma de Madrid, la inicia con el estudio de las nociones básicas —concepto y fuentes del Derecho matrimonial canónico— y la teoría general del matrimonio, que abarca su concepto, naturaleza jurídica, clases carácter sacramental, fines, propiedades esenciales, *ius connubii*, potestad sobre el matrimonio y protección jurídica. De particular interés es el estudio comparativo entre los textos de 1917 y 1983 sobre los fines del matrimonio y la potestad sobre el mismo.

Del mismo autor es la exposición —concisa y didáctica— del consentimiento matrimonial y los impedimentos; en cada uno de éstos indica su concepto, requisitos y cesación.

El profesor Antonio Mostaza Rodríguez, de la Universidad Complutense de Madrid, se ocupa de las incapacidades —carencia de uso de razón, grave defecto de la discreción de juicio, incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio— y de los vicios del consentimiento —ignorancia, error, simulación, fuerza y miedo, condición impuesta al matrimonio—. Se exponen con precisión las innovaciones del nuevo Código, y en algunos casos las diferencias entre los conceptos canónicos y civiles.

El profesor José Luis Santos, de la Universidad de Alcalá de Henares, culmina la exposición del Derecho matrimonial con el desarrollo de diversos temas: la forma, los matrimonios mixtos, el matrimonio secreto, el matrimonio civil —donde se incluye una interesante *apreciación eclesiástica del de los católicos en el nuevo Código*—, los efectos, la disolución —con inclusión del rato y no consumado, el privilegio paulino, la poligamia, la imposi-

bilidad de convivencia y la disolución de matrimonios mixtos en favor de la fe, que no ha sido incorporada al nuevo Codex, a pesar de que figuraba en los esquemas previos y tiene un reiterado reconocimiento en textos de la Santa Sede—, la separación conyugal y la convalidación.

El desarrollo del Derecho procesal canónico que hace el profesor Francisco Vera Urbano, de la Facultad de Derecho de Málaga, incluye unas nociones sobre el proceso canónico en general —su objeto y caracteres—, una breve pero completa exposición de la organización judicial de la Iglesia, un panorama de los procesos contencioso ordinario y contencioso oral, y un extenso estudio de las causas matrimoniales, centrado en cinco de ellas: las de nulidad y separación, la dispensa de matrimonio rato y no consumado, la dispensa del matrimonio *in favorem fidei* y el tradicional «expediente de muerte presunta».

De especial interés para quienes intervienen en el tráfico jurídico de los bienes eclesiásticos —y concretamente Notarios y Registradores— es la exposición del Derecho patrimonial canónico que hace el profesor Mostaza Rodríguez; junto a cuestiones de carácter más general, como el derecho de la Iglesia católica a los bienes temporales, el concepto de bienes eclesiásticos, el destino de los mismos, sus clases y titulares, el autor aborda otras de inmediata aplicación práctica: los modos de adquirir, la administración de los bienes y la contratación relativa a los mismos —con una particular referencia a la enajenación—.

El profesor Vera expone las relaciones entre Estado e Iglesia como una tensión dialéctica entre poderes, que no es sin embargo un fenómeno aislado, sino *algo connatural entre lo temporal y lo espiritual, no sólo a escala social, sino también en el propio campo individual de la persona, como compuesto psicossomático*. Los resultados históricos de esa tensión y el problema jurídico de regulación se exponen como pórtico de un denso estudio asentado en tres cuestiones fundamentales: la personalidad de la iglesia en el orden internacional, la situación de la Iglesia en el Derecho del Estado y el sistema concordatario.

El profesor Lamberto de Echeverría analiza el Derecho concordatario y eclesiástico español. El autor extrae los principios esenciales que inspiran tanto el Acuerdo básico de 1976 y los Acuerdos específicos de 1979 como la Constitución española, para exponer luego con detalle el *status questionis* de temas de tan acuciante actualidad como la enseñanza, la aportación estatal a la Iglesia o su patrimonio artístico. El estudio del sistema matrimonial destaca por su amplitud y detalle; al penetrante análisis del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos une el autor oportunas referencias a la reciente reforma del Código civil.

Antonio PAU PEDRÓN

**ROGEL VIDE, Carlos:** «Autores, coautores y propiedad intelectual». Colección Ciencias Jurídicas, Tecnos, Madrid, 1984. 142 págs.

Constituye este trabajo del profesor Rogel, nuevo Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Valladolid, una reflexión, panorámica y actualizada, sobre la ya vieja problemática de la protección jurídica de las creaciones del ingenio humano, protección que en Derecho español muy intencionadamente viene a denominarse protección de la propiedad intelectual. Tras un comprimidísimo resumen de la obra, comentará, con no mucha menor brevedad, algunos puntos que reputo de interés.

El capítulo 1.º, titulado «Antecedentes históricos», comienza haciéndose eco, en línea con la doctrina atinente al tema, del hecho de que la protección jurídica de la creación intelectual se halla unida a las circunstancias, fundamentalmente técnicas, que permiten estimar la obra como un valor económico autónomo respecto de los objetos concretos en los que dicha obra pueda encarnarse o materializarse. Tras un rápido *excursus* por Grecia, Roma, el Cristianismo y la Edad Media, llega el autor al momento clave de la invención de la imprenta, con importantes alusiones a la censura. Sigue la etapa de los privilegios, describiendo Rogel, siguiendo a Alvarez Romero, los caracteres de éstos. El Estatuto de la reina Ana, en la Inglaterra de principios del siglo XVIII, adquiere —escribe Rogel (pág. 31)— «sobre el valor histórico de ser el primer reconocimiento legal del derecho de autor, el haber puesto de manifiesto los tres factores esenciales que hay que tener en cuenta para llegar a una ponderada y equitativa comprensión de la llamada propiedad intelectual: cultura, interés público y derechos de los autores»: dichas referencias desembocan en la alusión a las dos orientaciones fundamentales en Derecho comparado acerca del tema: la concepción latina, que atiende en primer lugar a la protección del interés de los autores; y la anglosajona, orientada más hacia el interés público, que desde Gran Bretaña pasa a los Estados Unidos de Norteamérica. Tras breves alusiones a éstos y a la Francia de la revolución, contiene la obra un pequeño recorrido a través de la Historia del Derecho español: antiguos privilegios de los tiempos de los Reyes Católicos, disposiciones de la época de Carlos III, Cortes de Cádiz y otros antecedentes decimonónicos de la actual legislación atinente a la materia.

Se titula el capítulo 2.º «El autor como titular de la propiedad intelectual»: partiendo del artículo 2.º del Reglamento de la Propiedad Intelectual, se define al autor, aludiendo a los dos momentos de su actuación como tal: la concepción o elaboración mental de la obra y la ejecución de ésta, destacando el sentido espiritual que debemos dar al término «ejecución». Se distinguen seguidamente las obras artísticas de las literarias, incluyéndose en estas últimas —desde el punto de vista jurídico— las científicas y las musicales, terminando el capítulo con unas páginas atinentes al requisito de la originalidad de la obra.

Se titula el capítulo 3.º «Supuestos especiales». Su 1.ª sección alude al tema cibernético, afirmándose que el programa y el soporte de ordenador, productos fundamentalmente humanos, se reputan objeto posible de pro

piEDAD intelectual, pero no así la obra creada por el ordenador a partir de los citados programa y soporte. La 2.<sup>a</sup> sección se refiere a los problemas de propiedad intelectual suscitados por la fotografía. La 3.<sup>a</sup>, alusiva a los retratos en general, afronta los casos en los que la titularidad del autor se ve limitada por los derechos que pudieran corresponder a otras personas. La 4.<sup>a</sup>, atinente a la arquitectura, plantea el tema del ámbito de la titularidad del autor. El título de la 5.<sup>a</sup> —«Supuestos en los que la titularidad de la obra puede no corresponder a su realizador. Los escritos presentados en pleitos o causas. Obras realizadas por empleados o asalariados»— indica con nitidez la gama de importantes conflictos de intereses que se tratan, teniendo Rogel, en líneas generales, a reputar autor al empleador o empresario y no al realizador material de las obras.

El capítulo 4.<sup>o</sup> se refiere a las «Formalidades legales requeridas en nuestro derecho» para la protección de la propiedad intelectual, aludiéndose a las diferentes fases en las que puede hallarse una obra susceptible de dicha protección: obra no publicada, obra publicada y aún no registrada (comprendiendo el pertinente tratamiento de la obligación de inscribir y de las moratorias), fase del llamado dominio público relativo y fase del denominado dominio público absoluto, con relación al tema de la renuncia de la obra.

«Los coautores» es el título del 5.<sup>o</sup> y último capítulo: primeramente se distinguen entre sí las obras en colaboración, las compuestas y las colectivas, con importantes referencias legislativas y jurisprudenciales. Un tratamiento algo más detenido de las publicaciones periódicas y de la obra cinematográfica sirve de colofón a la presente obra, caracterizada, como se ha dicho, por una reconsideración de las tradicionales fórmulas empleadas en el tratamiento jurídico del derecho de autor a la luz de sus nuevas manifestaciones.

Es precisamente ésta la principal característica del estudio que comento: así como la invención de la imprenta generó el problema, las modernas tecnologías plantean nuevos tipos de conflictos: en efecto, la imprenta posibilitó el planteamiento del problema y los esquemas de su solución, pero no produjo automáticamente la regulación pormenorizada de esa problemática, siendo necesaria una incesante búsqueda de soluciones a lo largo del tiempo; tras referir esas incidencias, Rogel nos invita a una toma de contacto con el mundo del ordenador, máquina capaz de elaborar productos de extraordinario interés y de inmediata rentabilidad, cuya autoría no puede ser indiferente al mundo del Derecho. O con el mundo del cine, fascinante hasta en su vertiente jurídica, en el que los conceptos de autor o creador se difuminan y confunden de modo desconcertante. La utilidad del trabajo en cuestión deriva, a mi juicio, entre otros factores, de la sensibilidad del autor ante los fenómenos aludidos y del hecho de constituir el presente estudio una valiosa exposición del estado de la cuestión desde los puntos de vista bibliográfico, normativo y jurisprudencial.

Echo de menos en la sección 3.<sup>a</sup> del capítulo 3.<sup>o</sup> —concretamente en el tratamiento de los retratos— una mayor profundización en el tema de los derechos que pueden corresponder a otras personas, con más precisas referencias a los derechos de la personalidad, por ejemplo: en la hipótesis del retrato encargado a un pintor deben barajarse, al menos, tres derechos: el

de propiedad intelectual del artista, el de propiedad común del dueño del cuadro y el de la imagen del modelo: a Rogel no se le escapa el problema, pero tal vez debería haberle dedicado más atención. Como también deja en el aire la solución a la gama de conflictos suscitados por la coautoría (página 106, principalmente), resultando, a mi juicio insuficientes las distinciones que se hacen entre los diversos tipos de ésta: obra colectiva, compuesta, en colaboración, especies intermedias, etc. Los conocimientos del autor sobre importantes puntos novedosos en materia de propiedad intelectual exceden en mucho respecto de la extensión que él ha querido dar a su libro, que a veces se me antoja un gigantesco autoprólogo de lo que este investigador puede elaborar en un futuro inmediato sobre el tema: en este sentido el trabajo de Rogel señala el principio de un camino: es un catálogo sistematizado de problemas pendientes, una obra conscientemente abierta.

Interesantes las reflexiones acerca de las publicaciones periódicas (páginas 122 y ss.), de los actores de las películas cinematográficas (págs. 136 y ss.), o de los asalariados o empleados (págs. 71 y ss.); sobre el tema de los actores o intérpretes debo decir que no tengo dudas respecto de su condición de autores: lo son, siendo oportuna la mención que hace el autor de los llamados derechos vecinos o conexos.

Interesante también es el tema del carácter imperativo de las normas de la Ley reguladora del Cine, así como el de la irrenunciabilidad de los derechos de los autores de la obra cinematográfica.

En suma, un estudio útil respecto del pasado y del presente y muy sugestivo respecto del inmediato futuro.

Luis-Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ

# REVISTA DE REVISTAS

## I. REVISTAS NACIONALES

A cargo de JOSE RAMON ANTON RIESCO

**MODESTO RECASENS GASSIO: «Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado Español, su repercusión en el instrumento público». R.D.N., número CVIII, abril-junio 1980, pág. 243.**

La palabra Iglesia nos interesa en este punto para destacar lo que hace referencia a existencia, organización, subordinación y otros aspectos a efectos de la instrumentación de documentos públicos y más concretamente de los actos patrimoniales.

Distingue entre el término persona, dividiendo ésta en personas físicas y morales. Dentro de las personas morales nos habla de dos clases, la Iglesia Católica y la Sede apostólica y las demás personas morales inferiores. También pueden ser colegiadas y no colegiadas y finalmente lo que se conoce con el nombre genérico de los Entes Eclesiásticos.

Hacemos especial mención que el trabajo es anterior al actual Código de Derecho Canónico que entrara a regir el primer día de adviento, según el Acta apostólica Sedes de su promulgación.

El autor examina a renglón seguido los Concordatos, con especial mención de los habidos con España, remontándose históricamente al de 1851, para desarrollar la materia relativa al momento actual de los Acuerdos, donde se reconoce la posibilidad de ejercer la misión apostólica de la Iglesia Católica, que se puede organizar libremente, se reconoce personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar de las órdenes y congregaciones religiosas.

En una recapitulación, el autor distingue entre Iglesia y Entes Eclesiásticos, y además la diferencia existente entre los aspectos físicos, jurídicos y formales. Dentro de éstos los temas de creación, modificación o supresión de diócesis, parroquias y otras circunscripciones territoriales. Bastará para las de nueva creación la notificación a los órganos competentes del Estado. Notarialmente bastará el acuse de recibo de la notificación. Se distingue entre personas morales al Acuerdo de y además anteriores al Concordato y posteriores. Estas últimas precisan del Certificado del Ministerio de Justicia acreditando la notificación prevenida.

Igual distinción se ha de tener con las órdenes y congregaciones religiosas. Pero en este tema será necesario que estén inscritas en el Registro del Ministerio, pues pueden carecer incluso de personalidad a efectos civiles. Bastará en algunos casos la certificación de la autoridad eclesiástica competente.

Problemas que plantea la inscripción son examinados con claridad y brillantez, la cual es muy necesaria en este tema debido a la aridez y a los problemas que plantea en la práctica.

El último apartado del trabajo se dedica a la capacidad de la Iglesia y los Entes Eclesiásticos desde el punto de vista de su representación y capacidad en el instrumento público.

**JUAN VALLET DE GOYTISOLO: «La seguridad jurídica en los negocios dispositivos de bienes inmuebles». R.D.N., núm. CVIII, abril-junio 1980, página 218.**

El presente estudio es la conferencia pronunciada por su autor en varios foros y localidades extranjeras, principalmente hispanoamericanas, así Buenos Aires con motivo de la investidura como Doctor Honoris Causa de la Universidad Notarial de Argentina, San Juan de Puerto Rico, Montevideo, Santo Domingo, Bogotá, Quito, Lima y Santiago de Chile. La actividad de Vallet es total, nuestro primer tratadista de Derecho Sucesorio es incansable, su afición al Derecho, sin límites.

El presente estudio comienza con la acepción gramatical y etimológica de la palabra seguridad, para seguir con la acepción de la seguridad jurídica y distinguir a ésta de la seguridad económica, subsidiaria de aquélla.

La seguridad jurídica tiene dos aspectos: el estático y el dinámico. Existe a veces una evidente colisión entre ambas. Los ordenamientos jurídicos pueden preferir uno u otro sistema o tipo de seguridad jurídica. Entre los principios que plantea la seguridad jurídica dinámica generalmente es decisivo el principio de seguridad o prioridad, referido al hecho de haber alcanzado cronológicamente el primero la publicidad considerada como decisoria para la consecución de la seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico de que se trate.

En todos los países existen órganos y funcionarios que velan por la seguridad jurídica. Instituciones y mecanismos de seguridad. Enumera los que a su juicio son más comunes e importantes. Dichas instituciones generalmente están al servicio de la seguridad propiamente dicha o al servicio de la seguridad económica o subsidiaria donde nos encontramos con las instituciones del seguro.

No obstante es necesario examinar las instituciones que están al servicio de la seguridad jurídica que es preciso en las transmisiones inmobiliarias.

El órgano que debe velar por la seguridad jurídica negocial es el notario o la institución notarial.

En efecto, para el logro de esa seguridad jurídica, que consiste en que sea ajustado a derecho el negocio concertado y realizado. La actuación del notario de tipo latino cuando actúa se traduce en una doble vertiente de efectos, a saber, conformadores y autenticadores, ya que ambas dimanen de la facultad de dar forma legal. Se entrelazan la función de artesanía jurídica y la función pública de centros de legalidad y autenticación, y además se impone el requisito de la imparcialidad.

Se comparan después las funciones del notario y del Registro de la Propie-

dad con relación a los bienes inmuebles, mientras que la primera se basa en la persona del notario y su labor, la segunda tiene por objeto el Registro de la Propiedad y la publicidad del mismo.

**JAVIER NAGORE YARNOZ: «El artículo segundo del Decreto-Ley promulgador del Texto del Título Preliminar del Código civil y su relación con los derechos forales». R.D.N., núm. CVIII, abril-junio, 1980, pág. 160.**

El Decreto con fuerza de la Ley de 31 de mayo de 1974 sanciona el texto articulado del título preliminar del Código civil, ofreciendo singularidades destacadas para los juristas.

Parece claro el propósito del legislador: mantener inalterado el «status quo» entre el Código civil y las Compilaciones forales.

Tal es el caso de la exposición de Motivos del Decreto a poner de manifiesto que lo establecido en las Compilaciones respectivas no resulta alterado por el nuevo título preliminar.

Examina Nagore a continuación los Antecedentes inmediatos, así como la intervención de los Vocales foralistas en la discusión del anteproyecto del Título Preliminar, presentado en la Sección Primera de la Comisión General de Codificación. Señala igualmente los avatares por los que pasó el autor y enumera las diferentes posturas que se podían llevar a la práctica en torno al tema foral.

Otro tema importante es el de la discusión del proyecto en las sesiones del Pleno de la Comisión General de Codificación, resumiendo las intervenciones más destacadas, así como las sugerencias de Iglesias Corral, Meilán Gil y Bercovitz.

El apartado 4.º del trabajo enumera algunos problemas como ¿si el texto puede ser tachado de inconstitucional, desplazará la analogía a la costumbre?, ¿cómo habrán de interpretarse leyes contradictorias simultáneamente vigentes? ¿no habrá nulidad sin texto legal expreso?, sigue vigente la antigua misión de la jurisprudencia de uniformar la aplicación de las leyes?

El Código civil como derecho supletorio es imposible que se aplique salvo que sea objeto de especial remisión en un texto compilado. Tal es la opinión el autor sobre todo en los textos forales de mayor vigor institucional, especialmente catalán, aragonés y navarro.

Finalmente, el autor sienta la conclusión especial con relación al derecho foral navarro en cuanto al derecho supletorio.

Es ésta: El Código civil y las leyes generales de España, pueden ser aplicadas supletoriamente:

a) Dejando a salvo la costumbre, las leyes de la Compilación y los principios generales del derecho navarro.

b) Antes de aplicarse el derecho supletorio debe integrarse el derecho privativo de Navarra, mediante la racional extensión analógica de sus disposiciones.

c) El derecho supletorio sólo se aplicará en defecto de la integración de las leyes de la Compilación en virtud de la tradición jurídica contenida en las antiguas fuentes forales de Navarra.

d) El derecho supletorio debe ser objeto de una interpretación restrictiva puesto que no se aplicará a preceptos y supuestos distintos de los expresamente previstos.

**FRANCISCO JAVIER SANCHEZ CALERO: «El usufructo con facultad de disponer». R.D.P., marzo 1982, págs. 214 y ss.**

El usufructo con facultad de disponer es una institución consuetudinaria que surgió como consecuencia de la función que el mismo usufructo está llamado a desarrollar. Algunos, como Pella y Friges Forgarros y Latour Brotons señalan que esta institución es una creación auténtica del derecho consuetudinario español admitido por la jurisprudencia.

Nace como deseo de los testadores, proporcionar al cónyuge superstite recursos suficientes y ha perdurado a través de nuestros días en esa importante función económica y social.

Se apoya el fundamento de este usufructo no sólo en la jurisprudencia, sino también a juicio del autor en algunas normas que de «*lege ferenda*» son aprovechadas por él mismo, tales como las Compilaciones de Cataluña y Navarra, respectivamente, en sus artículos 223 y Ley 264. Se señalan igualmente algunas diferencias entre esta figura y otras afines, como son el usufructo con facultad de disponer y el usufructo con disposición. Otras como autorización para disponer, pero con la obligación de subrogar o bien del albaeazgo con facultad de enajenar en caso de necesidad.

La naturaleza de esta institución se estudia a través de la doctrina y de la jurisprudencia, recogiendo en cuanto a la primera las opiniones de autores como los que son partidarios de la negación de la figura hasta los más amplios en su recepción como Beltrán de Heredia, Roca Sastre, etc.; por cuanto afecta a la jurisprudencia la mención es completa, antes de entrar en las consideraciones críticas propias del autor.

El capítulo siguiente se dedica a señalar las diferencias existentes entre esta figura y el llamado fideicomiso de residuo, para dar paso a los títulos hábiles de constitución del usufructo con facultad de disponer, pasando por el negocio jurídico, usufructos legales y la usucapión.

El régimen jurídico es el capítulo siguiente, para dar paso al ámbito de la figura antes de examinar el ejercicio de la facultad de disposición.

Las posiciones jurídicas del nudopropietario y del usufructuario son las materias del capítulo siguiente con todas sus obligaciones, derechos, poderes y facultades que dan paso a la postura de los terceros adquirentes, no en el caso de perfección, sino en el supuesto de que la enajenación del derecho de usufructo se hubiese llevado a cabo sin legitimación bastante para ello.

El autor se inclina por el ejercicio de la acción declarativa de nulidad.

**LUIS MARTINEZ CALCERRADA: «La familia en la Constitución española». R.D.P., noviembre 1981, págs. 963 y ss.**

La importancia del derecho de familia es evidente no sólo por los significados legales, sino también por los aspectos doctrinales que él mismo conlleva.

El estado de la cuestión es analizado por el autor a través de las posiciones críticas, aséptica y sociológica de la crisis familiar. Terminados éstos pasa a desarrollar el estudio técnico-jurídico del problema.

Se centra principalmente y como prólogo en examinar la colocación sistemática del artículo 39 de la Constitución como la consagración de un derecho fundamental de la persona. A continuación, investiga la naturaleza jurídica de la sanción de dicha norma, enumerando la postura de autores como Lucas Verdú como principio rector y su carácter de definición constitucional por exigir un desarrollo legislativo y no de aseveración o afirmación política. Es igualmente, señala Calcerrada, un principio rector de política legislaiva y social antes que económica por ordenar la célula base de la sociedad.

En cuanto a la caracterización de la norma se refiere a la tutela de la familia, la protección de los hijos y de los padres, señalando el autor que la tutela de estos derechos se formula a través del efecto sancionador.

El contenido de la norma se refiere al significado jurídico de la familia con el reconocimiento implícito del vínculo familiar a través del matrimonio, las esferas de la protección en sus vertientes social, económica y jurídica y la integración respectiva de cada una de ellas.

La equiparación social y jurídica de todas las clases de hijos se da en el aspecto legal del artículo 39, que ratifica en este aspecto lo establecido en el artículo 14 del mismo cuerpo legal, pero se distingue y ahonda algo más en una distinción original de leyes públicas y leyes privadas.

Por lo que atañe a la equiparación asistencial comprende ésta el deber de alimentos, el deber de convivencia, el deber de educación y una especial mención que hace el autor de los deberes de carácter sucesorio «mortis causa». Plantea en esta cuestión la interrogante de si se corresponde con esto lo que el precepto analiza como «deber asistencial de todo orden». Claro que se olvida otro deber que será el de los apellidos, cosa que estará justificada si se opta por determinar que tal deber es un derecho de los hijos.

Con la tutela de las madres y la discriminación de los padres y la protección de la familia de facto se termina el artículo presente antes de examinar otros preceptos constitucionales con los temas de investigación de la paternidad y la protección de los niños según las normas internacionales.

El presente trabajo es la conferencia dada por el autor en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 30 de abril de 1981.

**JOSE MARIA SUAREZ SANCHEZ-VENTURA y FERNANDO MARTINEZ MARTINEZ:** «Los actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código civil». R.D.P., octubre 1981, págs. 851 y ss.

La Ley de reforma de 13 de mayo de 1981 ha sumido a nuestro primer cuerpo legal de derecho privado en la más importante y profunda reforma de su articulado desde su publicación en 1889.

La disposición de los bienes de menores en general se examina a la luz de una prudente conclusión: ¿qué persona o personas están en poder y ostentan la facultad derivada de la patria potestad?

Parece ser en principio que dicha facultad reside en la persona de los

padres a tenor del comentario lógico y conjunto de los artículos 162,1.º y 164,4.º, así como del artículo 166 del Código civil.

El ámbito objetivo se centra en el estudio de los bienes que son objeto de disposición y los tipos de actos dispostivos, excluyendo únicamente los bienes de la personalidad o aquellos otros que deriven del título de atribución por aplicación del artículo 164 o por razón del acto dispositivo que se pretenda realizar. Los tipos de actos dispostivos se examinan a la luz del acto dispositivo a título oneroso y los actos a título gratuito, donde el artículo 166 señala que los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares, si bien con los condicionantes que el propio precepto establece.

El ámbito subjetivo es investigado a través de la disposición por los padres por un padre con el consentimiento del otro, ya sea expreso o tácito, como se formaliza la prestación de ese consentimiento, que incluso a veces puede ser presunto según el párrafo 3.º del artículo 156. Se incluyen en este apartado otros temas como la eficacia, el objeto, la posibilidad de sustitución, el tiempo de la presación y la concurrencia de otros requisitos, así como los supuestos del menor emancipado en cuanto a sus hijos, y la asistencia del tutor, o del juez en su caso.

Las disposiciones permitidas a uno sólo de los conyuges son examinadas seguidamente y entre ellas resaltan los actos realizados conforme al uso social si bien entraña más importancia la situación de urgencia, caso de desacuerdo entre ambos padres o progenitores y caso del artículo 156,5 en caso de que los padres vivan separados, en cuyo supuesto ostentará la representación aquel con el cual el hijo conviva.

Dos requisitos son comunes en todo caso: el beneficio o interés del menor y la audiencia del mismo.

La disposición de bienes del menor por persona distintas de los padres es objeto de examen en la parte siguiente que precede al estudio del artículo 166, a través de su evolución histórica, las renunciaciones tanto traslativas como preventivas o reconocitivas o abdicativas; la enajenación de los bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales y los objetos preciosos y valores mobiliarios, concluyendo el examen con las limitaciones legales como la causa de utilidad, la autorización judicial, el consentimiento del propio menor que hubiese cumplido dieciséis años y la reinversión en valores inmuebles igualmente seguros.

**FELICIANO GIL DE LAS HERAS: «La falta de libertad interna y la nulidad de matrimonio». R.D.P., septiembre 1981, págs. 771 a 777.**

Expone el Auditor de la Rota española que la finalidad de este artículo es salir al paso de una equivocada corriente de la jurisprudencia española por la que pueden obtener la nulidad de matrimonio todos o casi todos de aquellos que se lo propusieren.

Tal es el caso no infrecuente en que consta la nulidad por falta de libertad interna por haberlo contraído la esposa estando embarazada.

Si ha habido o existido una falta de libertad, el autor entiende que la

voluntad no ha sido libre en su elección o en su decisión. Pero en todos estos casos debe entenderse que son supuestos en los cuales ha sido viciada directamente la voluntad.

Las causas que originan la nulidad de un matrimonio por falta de libertad interna planteaban antes del vigente Código en el canon 1.081 el requisito de que los contrayentes deben ser personas hábiles según derecho. Por otra parte, el progreso de la psiquiatría nos ha venido dando unos conocimientos más profundos sobre el acto humano y las facultades que le emiten. De ahí el que se trate de aplicar el capítulo de falta de libertad interna con arbitrariedad. Entre esas causas, el autor examina especialmente: la necesidad de una anomalía psíquica, la neurosis grave, neurosis obsesiva, la paranoia y las ideas delirantes, la inmadurez afectiva y la debilidad mental.

Como conclusión se sienta que son los hechos los que tienen la importancia mayor para detectar la falta de libertad interna y menor importancia tiene el averiguar la clase de enfermedad o anomalía sufrida por el contrayente. Incluso, a veces, una anomalía no aparecerá de forma que afecte a la libertad, pero sí a otras potencias, y viciadas éstas, la voluntad es llevada a obrar, en un sentido más que en otro, por influjo de estas potencias y así llega a faltar la libertad interna.

**RAMON MULLERAT: «La nueva normativa liberalizadora y desconcentradora en materia de inversiones extranjeras en España». R.D.P., marzo 1982, pág. 195.**

Se trata de un estudio concreto, claro y resumido de la materia regulada en la actualidad por el Decreto de 27 de marzo de 1981 y la orden ministerial de 28 de abril de 1981. Es evidente, a juicio del autor, que estas normas tratan de llevar a cabo un proceso liberalizador en materia de inversiones extranjeras en España.

Con un examen del panorama legal, se pasa al estudio del fundamento y los fines de esta legislación, entre los que sobresalen la simplificación de la normativa vigente, la adecuación de la normativa a las necesidades presentes, liberalizaciones del sector exterior de la economía española y la desconcentración en materia de inversiones extranjeras de las competencias entre los diferentes órganos administrativos.

La liberalización se produce tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo de suerte que la legislación define lo que se ha de entender por inversión extranjera en uno u otro caso. Así, constitución de sociedades, aumento de capital, la participación de los aumentos en el capital de una sociedad, la creación de una sucursal o establecimiento y la adquisición de inmuebles.

Dentro de esta materia de inmuebles entiéndense liberalizados la adquisición de villas o chalets, la compra de terrenos destinados a la construcción de viviendas de uso propio, adquisición de viviendas en construcción, o de anexos de las viviendas o plazas de garaje y la adquisición hasta de tres locales comerciales.

Tras señalar los medios a través de los cuales deben realizarse las inver-

siones liberalizadas y cuáles son las excepciones de dicha liberalización se examinan los procedimientos de comunicación y verificación, consistentes precisa y principalmente en la presentación de un proyecto de inversión que debe ser verificado por la Dirección General de Transacciones Exteriores.

Sigue a este apartado el relativo a las obligaciones de los inversores en este tipo de inversiones liberalizadas, especialmente la obligación de declarar las inversiones al Registro de Inversiones Extranjeras, previo al derecho de transferencia al exterior.

Con la desconcentración de los órganos administrativos autorizantes termina el presente estudio, que en su totalidad es digno de alabanza por su claridad y sencillez de materia tan árida y poco manejable.

**GUSTAVO SUAREZ PERTIERRA: «Matrimonio religioso y divorcio en el derecho español». R.D.P., noviembre 1981, pág. 986.**

Afirma el autor en la introducción de esta monografía que el tema del divorcio es uno de los que se encuentra siempre rodeado de presupuestos ideológicos de signo contradictorio. Señala igualmente que el estudio tiene por objeto el examen y tratamiento del sistema de disolución del matrimonio religioso por el Estado.

Una primera parte se dedica a investigar el derecho español en materia de divorcio, si bien dentro del estudio se enumera en primer término los datos ofrecidos por el derecho constitucional. En este punto se detiene en el examen del artículo 32,2 de la Constitución. Una segunda parte dentro de este apartado se dedica a la investigación del derecho concordatario en la materia. El artículo VI,3 del acuerdo sobre asuntos jurídicos entre la Iglesia y el Estado. Se hace una breve referencia al derecho portugués y a los Acuerdos de la Santa Sede con Colombia. El Derecho Ordinario del Estado español es examinado seguidamente a través de tres proposiciones de ley que se presentaron sobre la materia.

Una segunda parte del trabajo bajo el Título de Problematismo de la solución arbitraria: Traslado metodológico de la cuestión se detiene en el divorcio vincular y los modelos matrimoniales con tres posibilidades como son: concesión por parte del Estado de al matrimonio religioso de la posibilidad de causar sus propios efectos en el orden civil y a los órganos correspondientes de la justicia civil la competencia exclusiva que a este vínculo pudieran afectarle.

Una segunda consistente en la concesión por parte del Estado al matrimonio religioso de la posibilidad de causar los efectos civiles que causa el matrimonio disciplinado por el derecho estatal. Queda una modalidad la no concesión por parte del Estado de efectos civiles a cualquier tipo matrimonial distinto del regulado por su propio derecho interno.

La parte última se dedica a determinar la calificación del sistema matrimonial español pasando por investigar temas como el modelo delineado por la Constitución, el modelo implantado por el sistema concordatario, la concreción por el sistema de derecho ordinario y las consecuencias respecto al sistema divorcista arbitrado.

Las conclusiones del autor se inclinan a que la introducción del divorcio incluso en lo que se refiere al vínculo religioso no se opone al derecho constitucional; la solución, sin embargo, no se conviene con el carácter del sistema matrimonial implantado en el derecho matrimonial de familia español y que los conflictos sólo pueden ser plenamente evitados por medio de la implantación de un sistema matrimonial unitario de clase civil.

**OSCAR FERNANDEZ:** «Balance del realismo jurídico escandinavo» R.D.P., noviembre 1981, págs. 1012 y ss.

Con este nombre se conoce en la actualidad, en las escuelas de filosofía del derecho, la corriente filosófica más importante surgida en Escandinavia y que tiene una importancia considerable en la forma de concebir el derecho.

Los orígenes de esta corriente nacen en la Universidad de Upsala, donde el profesor Axel Hägerström es, sin duda, su figura más descolante.

Su filosofía combate con energía la filosofía idealista de base kantiana y hegeliana poniendo un especial calor y vigor en la contienda con sus contemporáneos.

Pero nos quedaríamos con una idea bastante incompleta si no nos ocupáramos de la figura de Alf Ross, que en 1920 llegó a Upsala para leer su tesis doctoral sobre la teoría de las fuentes del derecho, muy influenciada por las teorías de Hans Kelsen y que tuvo que marcharse de su Facultad de Derecho de Compenhague para liberarse del ambiente hostil que en ella se cercaba.

Ross ha ejercido una gran influencia y se convirtió pronto en el representante más conocido en el plano internacional sobre todo desde su traducción al inglés de sus obras.

Uno de los temas preferidos por la escuela realista ha sido el cultivo del concepto del derecho subjetivo. El punto básico de la doctrina es que la idea, el concepto, el término de derecho subjetivo debe ser condenado como metafísico y por consiguiente inaccesible a la investigación verdaderamente científica.

La influencia ejercida por Ross es definitiva hasta el punto que los jóvenes juristas escandinavos traten de manifestar su independencia de criterio volviéndose airadamente contra sus teorías como muestra de originalidad intelectual, basándose en que su delimitación del campo científico excluye muchas materias y problemas que son de interés práctico y que piden un análisis profundo que permita una comprensión del sistema jurídico y de su manera de operar.

Olivecrona, profesor sueco, fallecido en 1980, es el jurista sueco comparable a Ross y juntamente con él, el autor más conocido a nivel intelectual en los ámbitos científicos. Es importante su estudio consagrado a examinar la naturaleza de las reglas jurídicas. Las describe como imperativos independientes o autónomos mandados, sin que puedan ser remitidos a una persona o a un organismo que los manda.

La crisis del realismo es evidente en nuestros días, si bien hoy se buscan nuevas direcciones y se puede detectar algún movimiento nuevo como la

aplicación del marxismo a los problemas de la filosofía del derecho y la teoría denominada de la lógica atlántica en tanto que como proceso especial y examen de la legislación y por otro lado, como realización expresada por medio de una lengua especializada.

**GERARDO MUÑOZ DE DIOS: «El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas». R.D.P., diciembre 1981, página 1059.**

Los fraudes en la compraventa de viviendas no son sólo los que se conocen a través de la prensa y la publicidad, sino también otros muchos que quedan ocultos bien por no ser noticia, o por estar la ilegalidad limitada a la calidad, plazos, cantidad final, etc., etc.

Las causas que provocan esta situación son variadas y generalmente concurrentes. Desde el punto de vista del constructor, en la mayor parte de los casos no existe ánimo de defraudación, surgiendo la ilegalidad de un estado de necesidad creado. El señuelo de un negocio fácil y rentable le hace iniciar la actividad de una promoción con menos capital del necesario y unos gastos generales planteados con excesiva largueza.

Desde el punto de vista del comprador, inciden la necesidad de vivienda, unida a ese escaparate de publicidad y credibilidad con fabulosas instalaciones, maquetas sugestivas que provocan la apetencia del piso, contratos privados impresos en lujo, etc.

El autor recoge posteriormente las opiniones de algunos tratadistas, especialistas del tema, como Monet Antón, Cámara Alvarez, Garrido Cerdá y Soto Bisquert, así como Sapena Tomás, Cerdá Bañuls y Garrido Palma.

Igualmente recoge la postura del Tribunal Supremo a través de algunas sentencias importantes como la 17 de febrero de 1967 o 3 de junio de 1970, donde se reconoce la compraventa de cosa futura.

Recoge a continuación la legislación más directamente aplicable al caso, así los artículos 1.461, 1.465, 1.467, 1.469 a 1.472 del Código civil.

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria y la legislación específica sobre la materia constituida por la Ley de 27 de julio de 1968, la orden del Ministerio de Vivienda de 5 de octubre del mismo año y el Decreto de 12 de diciembre de 1968.

Desde el punto de vista penal son destacables las figuras de estafa del 528 del Código penal 529 y 535 del mismo cuerpo legal.

El análisis jurídico que se efectúa sobre la Ley de 1968, es más bien desilusionador en el tema ya que a juicio del autor no ha logrado una total eficacia, o al menos la que pretendía haber conseguido.

Finaliza el trabajo con las medidas que a su juicio sería deseables, tales como prohibir la aceptación de letras de cambio por los adquirentes de viviendas futuras para los plazos posteriores y limitar los efectos de la letra, fundamentalmente en cuanto a su transmisión, por su típica forma de endoso.

## II. REVISTAS EXTRANJERAS (1)

A cargo de ANTONIO PAU PEDRON  
Registrador de la Propiedad

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. PARTE GENERAL

**JESTAZ, Philippe:** «L'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature». RTDC, núm. 2 de 1983.

Sugestiva conferencia del ilustre profesor de París, en la que, además de analizarse las fuentes y los postulados del Derecho natural, se ofrece una noción de éste como fenómeno próximo a la fe (*la foi dans le droit*), que como tal no permite una visión directa de su objeto, pero que debe impulsar la labor de los juristas.

**ATIAS, Christian:** «Progrès du droit et progrès de la science du droit». RTDC, núm. 4 de 1984.

Entre los principios inmutables de la filosofía y las circunstancias cambiantes de la cultura, el Derecho implica un margen de libertad y una permanente posibilidad de mejora; pero es el redescubrimiento del Derecho natural por todos los juristas la condición «sine qua non» del progreso del Derecho y del progreso de la ciencia del Derecho.

#### 2. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

**GRUA, Francois:** «Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs». RTDC, núm. 2 de 1983.

Tras el estudio de los efectos del *alea* en diversos tipos contractuales, y su relación con la causa del contrato, el autor niega la *summa divisio* tradicional entre contratos comutativos y aleatorios, defendiendo la existencia de figuras intermedias.

---

(1) Se recensionan artículos aparecidos en las siguientes revistas francesas: «Revue de Droit Immobilier» (cit. RDI), núms. 1 a 4 de 1983; y «Revue trimestrielle de droit civil» (cit. RTDC), núms. 1 a 4 de 1983.

**BOSGIRAUD, Catherine:** «Les droits de préemption du locataire». RDI, número 2 de 1983.

Interesante y completo estudio de los diversos derechos de adquisición preferente que la *loi Quilliot* atribuye a los arrendatarios e inquilinos, que concluye con una reflexión sobre el nuevo derecho de tanteo que instaura a su favor la ley 22 de junio de 1982.

**BRIERE DE L'ISLE, Georges:** Décrets d'application de la "loi Quilliot". RDI, núms. 1 y 2 de 1983.

La compleja materia de los arrendamientos urbanos, contenida básicamente en la llamada *loi Quilliot* ha sido objeto de un profuso desarrollo reglamentario, que el autor se limita a transcribir, suscitando algunas dudas y problemas que puede plantear su aplicación.

**FABRE, Régis:** «Les clauses d'adaptations dans les contrats». RTDC, número 1 de 1983.

Las cláusulas contractuales de adaptación tratan de prever las alteraciones que el transcurso del tiempo puede introducir en el contenido del contrato. Constituyen una manifestación de la autonomía de la voluntad, pero plantean un decisivo problema de límites: la variabilidad del contenido negocial no debe implicar una indeterminación en los elementos esenciales. El autor enumera las cláusulas de adaptación más frecuentes, para concluir afirmando que cumplen una función, ya apuntada por Demogue, de convertir el contrato en un ente vivo.

**HUET, Jerome:** «L'obligation in solidum et le jeu de la solidarité dans la responsabilité des constructeurs», RDI, núm. 1.

Se examinan las soluciones dadas por la reciente jurisprudencia de la Corte de casación a diversas cuestiones de responsabilidad del constructor: daños a terceros, cumplimiento defectuoso de las prestaciones... El autor concluye con alguna sugerencias que alteran los criterios jurisprudenciales.

**BOUYSSOU, Fernand:** «L'Etat et le logement», RDI, núm. 1.

El autor se sorprende de la falta de un reconocimiento constitucional del *droit au logement*, del derecho a la vivienda. Esta ausencia podría justificar el abstencionismo del Estado, si no existieran numerosas disposiciones de Derecho público y privado que estructuran una auténtica política de la vivienda. El profesor Boyssou repasa esas disposiciones y aporta interesantes cuadros estadísticos.

## 3. DERECHOS REALES

**JEGOUZO, Yves y HELIN, Jean Claude:** «Urbanisme et décentralisation. Commentaire de la loi du 7 janvier 1983». RDI, núm. 2 de 1983.

Tras analizar, desde una perspectiva histórica, las autoridades competentes para llevar a cabo el planeamiento urbanístico, los autores examinan el contenido de la reciente ley de 7 de enero de 1983, que desarrolla la de 2 de marzo de 1982 determinando quiénes han de ser, en el futuro, tales autoridades competentes, llevando a cabo una interesante delimitación de las funciones que corresponden al poder central y a las entidades locales; la nueva regulación instaaura, en opinión de los autores, una *descentralización limitada*.

**VERON, Michel:** «Le propriétaire ou le bailleur proxénète», RDI, núm. 2 de 1983.

Se examinan las consecuencias civiles del desarrollo, en viviendas o locales, de determinadas actividades inmorales tipificadas en el Código penal; consecuencias que consisten en la resolución del contrato de arrendamiento o en la expulsión del ocupante, además de la indemnización por *trouble de voisinage*.

**MORAND-DEVILLER, Jaqueline:** «Permis de construire et règles de droit privé». RDI, núm. 3 de 1983.

Interesante reflexión sobre la incidencia de las normas administrativas en el régimen civil de la propiedad, centrada en un supuesto de construcción sin licencia, que tras sucesivas resoluciones en instancias civiles y administrativas ha suscitado un importante dictamen del Consejo de Estado.

**HENNION-MOREAU, Sylvie:** «Lempiétement». RDI, núm. 3 de 1984.

Los problemas de delimitación o deslinde de inmuebles, limitados en otro tiempo —y en la perspectiva del *Code Napoléon*— a las fincas rústicas, han acentuado su complejidad en nuestra época al referirse a inmuebles urbanos con edificaciones superpuestas o imbricadas. La autora propone diversos criterios para solucionar los casos de invasión de propiedad ajena, con oportunas referencias de Derecho comparado.

**SAINT-ALARY, Roger:** «La préfabrication dans le bâtiment». RDI, núm. 4 de 1984.

La crisis económica de nuestros días ha dado lugar a un extraordinario desarrollo de la construcción prefabricada, fenómeno que no ha sido objeto, sin embargo, de un riguroso análisis jurídico, pese a los repetidos y

típicos conflictos que suscita. Por su extensión y profundidad, el artículo del profesor Saint-Alary llena en buena parte ese vacío de la literatura jurídica.

**BRANE, André: «Copropriété et prescription trentenaire», RDI, núm. 4 de 1983.**

Breve examen, de carácter eminentemente práctico, de las resoluciones judiciales que determinen los distintos plazos de que disponen los partícipes de la propiedad horizontal para impugnar las normas estatutarias y los acuerdos sociales ilegales, contrarios al orden público o perjudiciales para sus intereses.

#### 4. DERECHO DE FAMILIA

**LEROY, Jacques: «Perspectives sur le devenir du régime de la séparation de biens». RTDC, núm. 1 de 1983.**

Tras un detenido estudio jurídico-sociológico del régimen de separación, el autor constata que se trata de un sistema económico-matrimonial visto con desfavor, y relegado a los casos en que uno de los cónyuges emprende actividades comerciales o industriales, cuando en realidad debe buscarse su aplicacin en dos situaciones muy frecuentes en nuestro tiempo: aquella en que la mujer quiere, desde una perspectiva psicológica, mantenerse en una absoluta situación de igualdad respecto del marido, y aquella en que los cónyuges, por razones profesionales, han de vivir separados.

**BOUTARD-LABARDE, Marie-Chantal: «Réflexions sur la contestation de la paternité légitime: analyse et prospective». RTDC, núm. 3 de 1983.**

En la tendencia a que prevalezca la verdad biológica en el tema de la filiación, de la que es testimonio la ley reformadora del Código civil de 1972, cabe aún avanzar desechando los prejuicios decimonónicos que subsisten en la legislación; la autora propone una audaz interpretacin *a sensu contrario* del párrafo 2.º del artículo 322 del *Code*, que lleva consigo una notable ampliación del arbitrio judicial.

**ALT-MAES, Françoise «La situation de la concubine et de la femme mariée dans le droit français». RTDC, núm. 4 de 1983.**

Nuevo intento de definir jurídicamente el fenómeno social de la unión libre, e incluso de dotarlo de un estatuto propio. El autor reconoce que se trata de una situación que quiere desarrollarse al margen del Derecho, y que cualquier intento de regulación provocará el rechazo de sus destinatarios. Sólo cabe —concluye el autor— contemplar al concubino desde su perspectiva de *personne à charge* y atribuirle así determinados derechos alimenticios.

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

## II. RESOLUCIONES (1)

A cargo de ANTONIO PAU PEDRON  
Registrador de la Propiedad

PODER GENERAL CONFERIDO POR EL ADMINISTRADOR UNICO DE UNA SOCIEDAD ANONIMA: *Es inscribible el poder que el Administrador en base a la autorización contenida en los Estatutos sociales (para otorgar poderes a favor de quien quisiere y con las facultades que estime, salvo las legalmente indelegables), ha conferido a los apoderados atribuyéndoles las facultades de afianzar y dar garantías por otros, así como la de dar dinero a préstamo con o sin interés, que no aparecen enumeradas en concreto entre las facultades que al órgano de administración le señalan los Estatutos.* (Resolución de 11 de febrero de 1983, «B. O. E.» de 8 de marzo.)

DOCTRINA DE LA DIRECCION: a) *Los actos discutidos pueden ser objeto de delegación.*—Los actos discutidos se encuentran entre los que el artículo 77, 2.º de la L.S.A., señala que pueden ser objeto de delegación, al no aparecer incluidos entre los prohibidos por este precepto legal ni tratarse por otro lado de actos que la Junta General haya facultado su realización expresamente al órgano administrativo.

b) *Los actos discutidos, aunque no figuran como facultades de los Administradores en los Estatutos, pertenecen al giro o tráfico de la empresa.*—Los Estatutos no incluyen en la lista de facultades de los Administradores la de prestar garantías en favor de terceros y la de dar dinero a préstamo con o sin interés, lo que nos lleva a la espinosa cuestión de si tales actos pueden ser prestados para asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa, y encontrarse por tanto dentro de las facultades que el artículo 76, 2.º de la Ley confiere a los Administradores con carácter ilimitable frente a terceros.

c) *Actos incluidos en el giro o tráfico de la empresa.*—Si la inscripción registral aparece facilitada en los casos en que los actos realizados por los Administradores están claramente incluidos dentro del giro o tráfico de la

---

(1) Resoluciones del año 1983 relativas al Registro Mercantil.

empresa, la cuestión ofrece por, el contrario, serias dificultades si se trata de aquellos actos en donde normalmente no es factible establecer «a priori» si constituyen o no un instrumento idóneo para el cumplimiento de la actividad por la que se alcanza el objeto social; tras ponderar todos los factores, y salvo que el acto sea claramente contrario al objeto social, habrá en principio de considerarse el acto permitido y procederse a su inscripción.

#### CERTIFICACION BANCARIA ACREDITATIVA DE INVERSION EXTRAN-

*JERA: Es suficiente, a efectos de inscripción de una escritura de aumento de capital social, la manifestación hecha por el Notario autorizante de habersele acreditado el carácter de capital exterior de una de las aportaciones realizadas mediante la presentación de la correspondiente certificación bancaria— que una vez exhibida se devuelve al aportante—, sin que sea necesario acompañar la certificación a la copia presentada en el Registro, ni transcribirla o incorporarla a la matriz. (Resolución de 24 de enero de 1983, «B. O. E.» de 16 de febrero.)*

A) ANTECEDENTES DE HECHO: En una escritura de aumento de capital, suscrito por una persona de nacionalidad alemana, hizo constar el Notario que el carácter de «capital exterior» del dinero aplicado se le acreditaba con certificación bancaria que se le exhibía y devolvía al compareciente. Presentada en el Registro, se denegó su inscripción por no acompañarse la certificación bancaria.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCION: a) *El rigor con que ha de realizarse la calificación no excluye la existencia de límites en esa función.*—La importancia que la inscripción tiene en todo sistema de publicidad por las indudables ventajas que ofrece, unida a la responsabilidad del Registrador, impone una rigurosa censura de los documentos inscribibles, pero no hay que olvidar que la función se limita a lo estrictamente necesario para extender el asiento solicitado.

b) *El fedatario ha de reclamar la exhibición de las autorizaciones exigidas.* Los artículos 20 y 29 del Reglamento de inversiones extranjeras imponen al fedatario español que con carácter previo al ejercicio de su función, requiera a los particulares para que exhiban los documentos que acrediten haber obtenido las autorizaciones exigidas.

c) *No se establece una prevención similar cuando se trata de actos inscribibles en el Registro Mercantil.*—De la lectura del artículo 29 del Reglamento se deduce que así como en los supuestos en que el acto sea inscribible en el Registro de la Propiedad, se establece esta obligación además para los Encargados de dicho Registro, no se contiene una prevención similar cuando se trata de actos inscribibles en el Registro Mercantil, y como por otra parte, de los artículos 102 f) y g), 114, 115 y 116 RRM no se desprende que haya de inscribirse todo aquello que afecte a cada contrato de suscripción tanto en cuanto al suscriptor como respecto de la procedencia del dinero desembolsado, habrá que concluir que en este caso será suficiente la aseveración o juicio emitido por el fedatario.

**REDUCCION OBLIGATORIA DE CAPITAL:** *En los supuestos de reducción obligatoria del capital, se encuentra restablecido el equilibrio entre éste y el patrimonio social, cuando, tras la preceptiva reducción, la diferencia no alcanza las dos terceras partes del capital.* (Resolución de 3 de marzo de 1983, «B. O. E.» de 15 de abril.)

**DOCTRINA DE LA DIRECCION:** a) *Contenido y fundamento del artículo 99 de la LSA.*—El artículo 99 de la LSA establece con carácter obligatorio la reducción del capital cuando las pérdidas de la Sociedad hubieran disminuido el haber de la misma por debajo de las dos terceras partes de la cifra de capital social y hubiera transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio, mientras que esta reducción sólo tiene carácter voluntario para la Sociedad cuando falta alguno de los anteriores requisitos, norma legal que aparece fundamentada en este segundo caso en el hecho de que las pérdidas todavía no afectan gravemente a la vida económica de la Sociedad.

b) *Aplicación analógica del indicado artículo.*—Al permitir la Ley que si las pérdidas no rebasan ciertos límites, pueda no tener lugar la reducción, y deja esta cuestión a la libre apreciación de la Junta de socios, igualmente hay que entender que en los supuestos de reducción obligatoria se encuentra restablecido el equilibrio entre el capital y el patrimonio social cuando se respeta ese margen legal autorizado. Por ello puede darse cumplimiento al acuerdo social adoptado, en donde el nuevo saldo deficitario no supera el tercio del nuevo capital social ya reducido.

**PRESTAMO SIN GARANTIA REAL:** *No es inscribible en el Registro Mercantil el préstamo sin garantía real.* (Resolución de 5 de abril de 1983, «B. O. E.» de 11 de mayo.)

A) **ANTECEDENTES DE HECHO:** Presentada en el Registro Mercantil una escritura de apertura de crédito personal con interés, concertada entre dos entidades mercantiles, fue denegada su inscripción por no contener un acto inscribible, de conformidad con los artículos 1 y 86 del Reglamento del Registro Mercantil.

B) **DOCTRINA DE LA DIRECCION:** a) *Finalidad del Registro Mercantil.*—El Registro Mercantil tiene por finalidad el proporcionar seguridad jurídica al tráfico mercantil, mediante la atribución de veracidad a los actos y contratos que publica, y por eso de una parte otorga al acto o contrato inscrito eficacia en perjuicio de tercero —art. 2 del RRM— con independencia de que este último lo conozca o no, y de otro lado priva de eficacia respecto a tercero a los actos y contratos inscribibles y no inscritos —art. 2 del RRM—, sin perjuicio de la necesidad de buena fe en el tercero, que además puede invocar el acto o contrato inscrito en lo que le favorezca —arts. 24 y 29 del C. de c.—.

b) *Carácter jurídico del Registro Mercantil.*—El carácter jurídico del Registro Mercantil se aprecia en las dos facetas diferenciadas que presenta, según el artículo 16 del C. de c.: a) como Registro de bienes —inscripción de

buques y aeronaves— en donde se sigue una orientación similar a la del Registro de la Propiedad; y b) como Registro de personas, limitado al aspecto propiamente jurídico y sin que tengan reflejos en sus asientos las situaciones patrimoniales o económicas de la persona inscrita.

c) *Caracteres de los actos inscribibles.*—El artículo 21 del C. de c., al enumerar los actos sujetos a inscripción en el Registro Mercantil, incluye, por un lado, una serie de actos y relaciones contractuales que trascienden a terceros —sociedad, mandato, apoderamientos, capitulaciones—, y junto a éstos, otros a los que impone igualmente la necesidad de su inscripción con una finalidad de control y como requisito de su regularidad formal —emisión de obligaciones—.

d) *Ni el Código de comercio ni el Reglamento del Registro Mercantil declaran inscribibles los préstamos simples.*—En dicho artículo 21 del C. de c. no aparecen tipificados como inscribibles los préstamos tanto simples —que no son objeto de inscripción en ningún Registro jurídico— como con garantía real —que sólo lo son en aquellos Registros en donde está inscrito el bien objeto de la garantía —, e idéntico criterio se establece al desarrollar la materia de actos inscribibles en el RRM en sus artículos 1. 76 y 86, si bien en este último precepto la generalidad con que aparece redactado su número 8.º ha podido plantear alguna controversia, que en el caso concreto de este recurso —inscripción de un préstamo simple— queda desvirtuada por el hecho de que este acto *no modifica el contenido de los documentos inscritos ni influye en la libre disposición del capital.*

e) *Evolución del Registro Mercantil.*—La evolución del Registro Mercantil ha supuesto una decantación en cuanto a su naturaleza y carácter. En el período de tiempo comprendido entre su instauración por el C. de c., hasta la entrada en vigor del primer Reglamento que regulaba este Registro, de 20 de septiembre de 1919, al no aparecer todavía claramente configurada esta institución, accedieran a sus libros actos totalmente extraños a su competencia, como particiones hereditarias de bienes, adjudicaciones en pago de deudas, y también préstamos simples, entre otros, lo que originó una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, en donde se declaró que la inscripción de un crédito en el Registro Mercantil no modifica su naturaleza ni mejora su condición, y niega la preferencia del crédito indebidamente inscrito sobre otro anterior no inscrito y preferente con arreglo a las normas legales.

f) *Numerosas razones para no inscribir el préstamo simple.*—Tal inscripción carecería en absoluto de efectos, pues el prestamista no obtendría ninguna preferencia para su crédito por su debida inscripción; se sembraría el confusiónismo al permitir al titular que inscribiera en el Registro sólo los contratos que reforzaran su solvencia y dejar de hacerlo en aquellos otros que le perjudicarán creando así una apariencia de solvencia no concorde con la situación real; y por último, debido a la congestión de datos acumulados, se perdería la claridad que deben mostrar los asientos registrales, aparte de invadir esferas que son ajenas al Registro Mercantil.

NOTA.—Recientemente ha escrito José Luis Benavides del Rey, en un artículo dedicado a la publicidad de los estados financieros y el Registro Mercantil (RCDI, núm. 543), y bajo el sugestivo epígrafe *nuevas perspectivas de aprovechamiento de la publicidad formal*: «Es en el contexto de la publicidad registral formal donde entendemos que puede organizarse y desarrollarse un sistema publicitario apto para lograr el conocimiento por cualquier interesado, no sólo de los aspectos institucionales y organizativos del comerciante o de la sociedad, sino también de su actividad económica reflejada en sus estados financieros...». Y añade: «Si bien es cierto que la institución registral constituye, ante todo, un instrumento dirigido primordialmente a hacer efectiva la seguridad jurídica en el tráfico de inmuebles y en el mercantil, su dimensión fundamentalmente jurídica no impide la consecución de otras finalidades socio-comunitarias». Pero lo cierto es que, *de iure condito*, el Registro Mercantil español, muy cercano en sus principios al de la Propiedad, no publica la situación económica y patrimonial de las sociedades, frente a la práctica de los sistemas registrales europeos.

La posibilidad de inscripción en el Registro Mercantil de los préstamos simples otorgados a Sociedades se encuentra ante esa dificultad, que se concreta en los preceptos que enumeran los actos y contratos inscribibles: 21 del Código de comercio y 86 del Reglamento del Registro Mercantil, sin que quepa amparar su acceso en el número final de éste, relativo a todos los actos, contratos y acuerdos sociales que modifiquen el contenido de los documentos inscritos *e influyan sobre la libre disposición del capital*, pues de ningún modo puede entenderse que los préstamos simples producen ese efecto.

Además, el Registro Mercantil español tiene, en opinión de los autores, una doble finalidad —eficacia frente a terceros y control de la regularidad formal—, que no puede operar respecto de los préstamos simples. El Tribunal Supremo ha declarado, en reiteradas sentencias (15 de octubre de 1897, 18 de febrero de 1899, 30 de octubre de 1909 y 25 de mayo de 1929), que *la inscripción de un crédito en el Registro Mercantil no modifica la naturaleza ni mejora su condición para obtener preferencia sobre otro*, y que la falta de inscripción no puede producir los efectos de publicidad material negativa establecidos en el Código de comercio. Las reglas de éste sobre clasificación y prelación de créditos (arts. 912 y siguientes) demuestran la indiferencia de que se haya producido o no la inscripción del préstamo.

La resolución anotada, además de su indudable trascendencia registral, tiene también un importante alcance fiscal, pues si los préstamos simples otorgados por entidades bancarias —no sujetos al impuesto de transmisiones patrimoniales al tributar por tráfico de empresas— no son inscribibles en el Registro Mercantil, no están gravados por el impuesto de actos jurídicos documentados.

**ACCIONES AL PORTADOR NO DESEMBOLSADAS TOTALMENTE:** *No es inscribible la escritura de constitución de Sociedad Anónima cuyo capital está representado por acciones al portador no desembolsadas totalmente.* (Resolución de 19 de mayo de 1983, «B. O. E.» de 1 de julio.)

**A) ANTECEDENTES DE HECHO:** En escritura pública se constituyó la Compañía mercantil «Uresa, S. A.», con capital representado por acciones al portador, de las que sólo se hallaba desembolsado un setenta y cinco por ciento. El Registrador suspendió la inscripción del documento por oponerse al artículo 34 de la LSA, que requiere la naturaleza de nominativas para las acciones no totalmente desembolsadas.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCION: a) *Las acciones no totalmente desembolsadas deben ser nominativas.*—El artículo 34 de la LSA establece que mientras no se haya desembolsado totalmente el importe de las acciones emitidas revestirán necesariamente la forma de nominativas, y el artículo 11, 3.º f) exige además que se exprese esta circunstancia en la escritura de constitución.

b) *Necesidad de distinguir en la escritura entre el carácter provisional y el definitivo de las acciones.*—Si la pretensión de los socios era la de que una vez desembolsado todo el capital las acciones tuvieran el carácter de al portador, se debería haber expresado así en la escritura, indicándose que en el interim revestían la forma de nominativas en debido acatamiento a la norma legal.

SOCIEDAD ANONIMA LABORAL: 1.º *Denominación:* No cabe añadir una nueva letra a la abreviatura S. A., que más que clarificar el carácter de la sociedad, podría provocar confusiónismo en su lectura.

2.º *Constitución de la Junta General:* No existe obstáculo para inscribir la cláusula estatutaria que refuerza el «quorum» de asistencia para la válida constitución de la Junta General, exigiendo no sólo un determinado «quorum» personal, sino también un «quorum» de capital más concorde con la naturaleza de este tipo de sociedad.

3. *Plazo para la formulación del balance:* No contraviene la normativa legal la cláusula estatutaria que excita la actividad de los Administradores para una mayor prontitud en la formulación del balance, y podría ser, por tanto, susceptible de ser inscrita, siempre que se haya respetado el plazo legal de un mes establecido en el artículo 108 de la ley para que los accionistas censores de cuentas ejerzan su función fiscalizadora. (Resolución de 21 de junio de 1983, «B. O. E.» 21 de julio).

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA CONSTITUIDA ENTRE CONYUGES: *Es inscribible en el Registro Mercantil una escritura de constitución de Sociedad de Responsabilidad Limitada en la que los dos únicos socios son marido y mujer, y sus respectivas aportaciones a la Sociedad se concretan en bienes que tienen el carácter de gananciales.* (Resoluciones de 6 de junio y 13 de julio de 1983, publicadas en el «B.O.E.» el 6 y el 20 de julio, respectivamente.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Los cónyuges, don José M. P. y doña María Luisa R. B., constituyeron una Sociedad de Responsabilidad Limitada, en la que el capital ascendía a veintiocho millones de pesetas y estaba dividido en doscientas ochenta participaciones, que fueron suscritas y desembolsadas aportando cada uno de ellos diversos bienes adquiridos durante el matrimonio. El régimen matrimonial a que estaban sujetos era el legal de gananciales.

El Registrador Mercantil denegó la inscripción porque al ser gananciales los bienes aportados por los cónyuges constituyentes —únicos socios—, no se cumple la exigencia legal de la existencia, al menos, de dos patrimonios.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCION: a) *Tendencia del Derecho comparado a permitir las sociedades entre cónyuges.*—Uno de los rasgos más característicos que se presenta en la vida actual, y que ha tenido especial acogida en el Derecho comparado, es el de favorecer la asociación de los esposos en un trabajo o empresa común, en especial si se trata de cónyuges artesanos o comerciantes, y así sucede en la Ley francesa de 10 de julio de 1982.

b) *Incidencia de las reformas del Código civil en la cuestión.*—Han desaparecido por las reformas de 1975 y 1981 los obstáculos que se oponían a la constitución de sociedades entre cónyuges, que señalaba la R. de 16 de marzo de 1959: posibilidad de eludir el principio de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, dejación de los poderes que al marido correspondían como tal, existencia de una donación entre cónyuges.

c) *La Dirección ha admitido ya la constitución de S. A. entre cónyuges que aportan bienes presuntivamente gananciales.*—La aportación a una Sociedad de bienes presuntivamente gananciales por ambos cónyuges aparece ya reconocida en la R. de 5 de julio de 1982, dado que el medio empleado es uno de los que mejor se adapta a una colaboración igualitaria de los dos cónyuges querida por el legislador.

d) *Las participaciones ocuparán el lugar de los bienes gananciales.*—En base al principio de subrogación real, las participaciones sociales de las que son titulares ambos esposos ocuparán el lugar de los bienes gananciales aportados a la Sociedad y quedarán sujetas junto con el resto del patrimonio a la responsabilidad universal por las obligaciones contraídas, de acuerdo con el artículo 1.911 del C. c.

e) *Han desaparecido totalmente las restricciones a la contratación entre cónyuges.*—No se puede privar a dos personas, por el hecho de estar casadas entre sí, el poder realizar los actos que a cualesquiera otras les está permitido, toda vez que se encuentran ya superadas a través de la reforma de 1981 las antiguas restricciones a la contratación entre cónyuges.

SOCIEDAD URBANISTICA DE GESTION: 1.º *Cambio de sede social:* No puede el Consejo de Administración variar el domicilio de una Sociedad fuera de su término municipal, que es de la competencia de la Junta General.

2.º *Duración de la Sociedad Urbanística de Gestión:* El plazo máximo de duración de la Sociedad es de 50 años, como se desprende del artículo 111 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales en relación con el artículo 2 del R. D. de 2 de mayo de 1978, que regula las S.U.G.

3.º *Adopción de acuerdos y representación de la Corporación:* El artículo 107 del RBCL señala una mayoría cualificada de tres cuartas partes de los votos para poder adoptar una serie de acuerdos, y el artículo 108 indica que la representación de la Corporación en los órganos de administración se distribuirá en una proporción de un cincuenta por ciento entre los miembros que la constituyen y técnicos.

4.º *Posibilidad de que el Consejo de Administración se convierta en Comisión liquidadora*: No existe obstáculo por ser práctica razonable, que el Consejo de Administración se convierta en Comisión liquidadora, teniendo en cuenta que, según las Resoluciones de 15 y 29 de noviembre de 1956, los Estatutos, al prevenir este supuesto, tienen que contar con la limitación del número impar de liquidadores impuesto por el artículo 156 de la Ley, y ofrecer las correspondientes soluciones cuando el número de administradores puede resultar impar. (Resolución de 7 de junio de 1983, «B. O. E.» de 13 de julio).

**OBJETO SOCIAL**: *Sólo se entienden como fórmulas omnicomprendivas, y por tanto no admitidas, aquellas que recogen de manera indeterminada toda actividad industrial, mercantil o comercial.* (Resolución de 22 de agosto de 1983, «B. O. E.» de 23 de septiembre.)

**CLAUSULAS ESTATUTARIAS ILICITAS**: 1.º *Cláusula que establece causas de exclusión en Sociedad Anónima*: A diferencia de las Sociedades personalistas, en que aparece regulada la posibilidad de exclusión del socio, no se encuentra ningún precepto que regule esta materia con carácter general en la L. S. A., lo que es completamente congruente con la esencia capitalista de esta clase de sociedad, en donde la obligación fundamental del socio es la de aportar y desembolsar la suma a que se comprometió, y de ahí que solamente por incumplimiento de esta obligación social quepa su exclusión a voluntad del propio ente social. La ampliación de las causas de exclusión en una sociedad de tipo capitalista ha de ser examinada con disfavor.

2.º *Cláusula restrictiva de la transmisibilidad de acciones*: La cláusula estatutaria que hace depender la transmisibilidad de las acciones de la autorización de la Junta General, más que una limitación —que es lo permitido por el artículo 46 L. S. A.—, establece una verdadera prohibición de transmitir los títulos. (Resolución de 16 de septiembre de 1983, «B. O. E.» de 7 de octubre.)

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### EL PRIVILEGIO DE LOS LLAMADOS CREDITOS SALARIALES

(Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1983)

RICARDO DE ANGEL YAGUEZ

Profesor de Derecho civil de la Universidad de Deusto

MANUEL MARIA ZORRILLA RUIZ

Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Deusto

**SUMARIO:** Introducción.—I. El supuesto de hecho.—II. Desarrollo del procedimiento en la instancia.—III. Motivos del recurso de casación.—IV. La sentencia del Tribunal Supremo.—V. 1. Los privilegios de los créditos salariales. Artículo 32 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 y artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980. Alcance de su apartado 1.—2. El criterio de retroactividad adoptado por el Tribunal Supremo. a) Aplicación al caso presente de los principios de Derecho transitorio. Doctrinas de Savigny, Gabba y Roubier. b) La llamada retroactividad tácita. c) El Derecho positivo español. Artículo 2.º 3 del Código civil. Disposiciones transitorias del Código civil y de la Ley hipotecaria de 1909 y de la de 1946, d) La argumentación del Tribunal Supremo. Valoración. El Fondo de Garantía Salarial. e) La invocación, a mayor abundamiento, del artículo 32.1 b) de la Ley de Relaciones Laborales.—3. La inadmisibilidad del recurso de casación y el significado de los pronunciamientos sobre el fondo. ¿Son éstos «Jurisprudencia»?—4. La vía procesal utilizada para hacer valer el privilegio. Crítica.—5. Aspecto registral del problema.

A continuación analizamos los aspectos que juzgamos más relevantes de la sentencia citada, de la que tuvimos un primer conocimiento por la referencia que a ellas se hacía en la revista jurídica «La Ley» (Diario número 872, de 13 de febrero de 1984, páginas 1 y 2, referencia 3.960). Su singular planteamiento procesal y el contenido de su doctrina de fondo —que sin dudarlo calificamos de revolucionario— la hacen merecedora, a nuestro juicio, de un comentario. Y creemos que suscitará otros posteriores, a

todas luces deseables por lo sugestivo del problema planteado y por el alcance que puede tener el razonamiento que en este caso desarrolla nuestro Alto Tribunal.

Recientemente, la sentencia ha aparecido publicada en el Repertorio «Aranzadi» (número marginal 5.345).

Por otra parte, por deferencia de la entidad ejecutada en este pleito hemos contado con los autos recaídos en primera y segunda instancia, con lo que la visión del asunto resulta más completa.

## I. EL SUPUESTO DE HECHO

Ante el juzgado de Primera Instancia número 2 de Pamplona se siguieron autos de procedimiento especial del artículo 131 de la Ley hipotecaria, siendo parte demandante C.A.N. y demandada la sociedad «Confecciones X S. L.».

Por la actora se alegaron los siguientes hechos: *Primero*. Se invocaba la constitución de un préstamo hipotecario entre las partes, en octubre de 1977. *Segundo*. En la cláusula segunda de la escritura se estipulaba la obligación de devolución del capital prestado en dos años, prorrogables hasta diez a voluntad de C.A.N., más los pactos sobre devengos de intereses y comisiones. *Tercero*. Se describían las fincas de la prestataria hipotecadas en garantía del pago del capital, intereses y gastos. *Cuarto*. En la cláusula séptima se establecía que el incumplimiento de las obligaciones pactadas, la falta de pago de la amortización, o de los intereses o comisiones vencidas, facultaban a la prestamista a dar por vencido el préstamo, pudiendo exigir el pago del capital, intereses y gastos; en la octava, que C.A.N. podía hacer uso para ello, entre otros, de este procedimiento hipotecario; en la novena, que se cumplirían las condiciones conocidas del Reglamento de la C.A.N., cuyo artículo 64 entendía por vencida la obligación si el prestatario infringía cualquier obligación establecida en el contrato, por lo que se exigía el capital prestado, que estaba sin satisfacer, al no haber pagado puntualmente las obligaciones anuales ni los intereses vencidos, por lo que se daba por vencido el préstamo y se exigía la totalidad del mismo, principal, intereses y costas. *Quinto*. La caja, ante el vencimiento de la obligación, había requerido de pago a la deudora mediante acta notarial. *Sexto*. Habiendo transcurrido más de diez días desde dicho requerimiento, se reclamaba de la deudora la cantidad de 2.566.168,61 pesetas, de las que 2.000.000 de pesetas correspondían a capital y el resto a intereses, más los intereses de tal cantidad devengados desde el 21 de marzo de 1979 hasta la liquidación total de la deuda, más las costas. Seguían los fundamentos jurídicos oportunos y acababa la demanda suplicando que, previo el cumplimiento de los trámites legales pertinentes, se hiciera pago completo a la demandante de la totalidad de lo adeudado.

## II. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO EN LA INSTANCIA

Admitida la demanda, se libró mandamiento al Registro de la Propiedad de Pamplona, para que expidiera certificación comprensiva de la inserción literal de la inscripción de dominio de la finca hipotecada, vigencia, relación de censos, hipotecas, gravámenes, etc., apareciendo las que a continuación describía, así como que estaba vigente y sin cancelar el crédito a favor de C.A.N.

Notificado el procedimiento a quienes aparecían con cargas posteriores, se sacaron a subasta las fincas hipotecadas, sin que en la primera vez hubiera postores; y a petición de la actora se sacó la segunda subasta, apareciendo como únicos licitadores Don J. y Don J. M., a quienes por auto de 21 de noviembre de 1980 les fueron adjudicados los bienes hipotecados en el precio de 435.000 la número 4, es decir, por un total de 3.000.000 de pesetas.

En cuanto al indicado precio del remate, decía el auto, se destinará sin dilación la cantidad de 1.361.471 pesetas a pagar la última mensualidad correspondiente a los salarios de los trabajadores de la ejecutada, previa remisión a la Magistratura número 2 de Navarra, a efectos de a sentencia de la misma de 8 de octubre de 1980, en proceso número 597/1979, en reclamación por salarios. Y el resto del precio del remate, esto es, 1.638.529 pesetas, se destinará al pago inmediato a la ejecutante C.A.N. de su crédito hipotecario de 2.566.168,61 pesetas, por lo que no existe sobrante a disposición de los acreedores posteriores.

A todo esto hay que decir que, como describe el Resultando 7.º del auto, después de celebrada la segunda subasta se presentó ante el juzgado un escrito de trabajadores de la entidad ejecutada, invocando el derecho preferente del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores (se refería sin duda al del número 1). Notificado este extremo a la entidad ejecutante, se opuso a esta pretensión, manifestando que dicho Estatuto había entrado en vigor el 15 de marzo de 1980 y que no gozaban de la preferencia en él establecida los salarios anteriores a tal fecha. Los trabajadores presentaron otro escrito aportando copia de la sentencia dictada en el procedimiento 597/79 de la Magistratura, en reclamación de salarios de los propios trabajadores de la empresa deudora, dictada el 8 de octubre de 1980 y en la que constaba la deuda total por salarios y la limitada a los treinta últimos días, cantidad esta última que sumaba 1.361.471 pesetas. Justamente la que el auto antepone al crédito hipotecario de la entidad ejecutante.

Hay que tener presente, pues, que los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo eran anteriores a la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores, que la sentencia de Magistratura reconociendo esos créditos fue posterior a la segunda subasta en el procedimiento de ejecución del artículo 131 de la Ley hipotecaria y que, por tanto, fue también posterior a dicha

segunda subasta la presentación del escrito por el que los trabajadores invocaban ante el Juzgado de Primera Instancia sus citados créditos, presuntamente preferentes.

El segundo Considerando del auto a que nos referimos dice que, no obstante la regla 16.<sup>a</sup> del artículo 131 de la ley hipotecaria sobre pago preferente y sin dilación, del crédito hipotecario del solicitante, «hay que tener en cuenta la preferencia que sobre el mismo gozan los salarios de los trabajadores de la empresa ejecutada, sobre el último mes reconocido (junio de 1979)... y ello conforme al número 1.º del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por ley de 10 de marzo de 1980... y, dada la fecha de la reclamación, anterior a dicha vigencia, conforme al número 1.º del apartado b) del artículo 32 de la precedente Ley de Relaciones Laborales, de mayor amplitud que aquél, pues no limita, como el Estatuto, la preferencia de la última mensualidad reclamada al tope del doble del salario mínimo interprofesional, sino que la preferencia de dicha mensualidad, sobre los créditos hipotecarios y de cualquier otra clase, se refiere a toda la extensión de la misma, y respecto a inmuebles, como los aquí hipotecados, sobre los que se incorpore el trabajo».

Obsérvese, por tanto, que aunque se cita el privilegio del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, parece que no es él el que constituye la *ratio decidendi* del fallo, por razón de la fecha de su promulgación y entrada en vigor, sino el artículo 32.1 b) de la Ley de Relaciones Laborales, interpretado de una forma evidentemente singular.

Contra dicho auto interpuso la C.A.N., recurso de apelación, sin que compareciera en la misma la demandada «Confecciones X, S. L.» y verificándolo Doña Josefina (*sic* en nuestra fuente; parece que dicha señora era una de las trabajadoras de la sociedad demandada).

Suntanciada la alzada, la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial de Pamplona dictó auto de 18 de mayo de 1981 por el que confirmaba la resolución recurrida, sin expresa condena en las costas del recurso.

Es digno de reproducción el Primer Considerando del auto de la Audiencia. Dice: «Que tras un examen de lo actuado y razonado en la resolución recurrida, ha de confirmarse la misma, pero no por los mismos argumentos en ella esgrimidos, sino por aplicación de la Ley de Relaciones Laborales de 18 de marzo de 1976, pues el Estatuto de los Trabajadores, que entró en vigor el 15 de marzo de 1980, no es estrictamente aplicable al caso enjuiciado ya que los salarios adeudados por la empresa ejecutada fueron reconocidos, al referirse al año 1979, con anterioridad, sin que tenga efectos retroactivos el segundo cuerpo legal, y así la cuestión, todo depende de la interpretación que se dé al artículo 32.1.b) de la Ley citada en primer lugar, el cual establece que los créditos por salarios gozarán de preferencia sobre todos los demás respecto de los inmuebles a los que precisamente «se incorpore» su tra-

bajo..., término el entrecomillado del verbo incorporar que en un sentido meramente literal significa unión de una cosa a otra pero que jurídicamente ha de entenderse en un sentido más lato como lugar o inmueble en que se realizan determinadas labores, de tal manera que la empresa deudora tuviera otros locales en los que los trabajadores hubieran desarrollado sus labores, interpretación por otra parte, de acuerdo, conforme al artículo 3 del Código Civil, con la presente realidad social y el espíritu y finalidad de las leyes laborales a las que responde la vigente legislación de tal carácter, pues puede estimarse también de la lectura del artículo 32 ya citado una cierta discriminación de los trabajadores que no unan una cosa a otra con aquellos que sí la realizan (albañiles, pintores, etc.), por lo que procede confirmar el auto recurrido».

La Sala, pues, descarta la aplicabilidad del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, al que niega efectos retroactivos, pero confirma el auto apelado en virtud de una singular interpretación (que ya el Juzgado había insinuado) del artículo 32.1.b) de la Ley de Relaciones Laborales.

### III. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION

La C.A.N. formalizó recurso de casación contra el citado auto, por infracción de la ley y doctrina legal, fundado en los siguientes motivos:

*Primero.*—Por infracción de ley y doctrina legal concordante, al amparo del artículo 1.692, ordinal 1.º de la Ley de Enjuiciamiento civil. Por infracción del artículo 131, regla 16, de la Ley hipotecaria, infringido por el concepto de violación por inaplicación. La totalidad del precio del remate debe ser entregada al pago del crédito hipotecario y si existe sobrante se entregará a los acreedores posteriores o a quien corresponda. Por el contrario, en el presente caso se ha entregado sólo parte del precio y se ha dedicado en primer lugar a satisfacer deudas ajenas al presente procedimiento.

*Segundo.*—Por infracción de la ley y doctrina legal concordante al amparo del artículo 1.692, ordinal 1.º de la Ley de Enjuiciamiento civil. Por infracción del artículo 132,4, párrafo 6.º de la Ley hipotecaria, infringido en concepto de violación por inaplicación. Está perfectamente definido en el citado artículo y párrafo de la Ley hipotecaria cuál es el procedimiento que deberían haber seguido los trabajadores cuya última mensualidad reclaman, y que es el declarativo ordinario, mas nada de ello han realizado, sino que con un simple escrito alegando su preferencia se han visto beneficiados en contra de los intereses de mi mandante la declaración de tal preferencia (*sic* en nuestra fuente) en un auto de adjudicación de bienes procedentes de procedimiento judicial sumario, con la indefensión que esto produce a mi representada, y

que le ha obligado a un recurso de casación que no por menos hemos de reconocer resulta un tanto anómalo, pero que nos vemos obligados a interponer ante el fallo del auto recurrido.

*Tercero.*—Por infracción de ley y doctrina legal concordante, con base en el artículo 1.691, ordinal 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento civil. Por infracción del artículo 32.1.b) de la Ley de Relaciones Laborales de 21 de abril de 1976 por interpretación errónea. Se basa el fallo recurrido en que cuando el artículo 32.1.b) de la Ley de Relaciones Laborales indica que «gozarán de preferencia sobre todos los demás créditos, respecto de los inmuebles a los que precisamente se incorpore su trabajo...». El verbo incorporar jurídicamente ha de entenderse en un sentido más lato como lugar o inmueble en que se realizan determinadas labores, de tal manera que «precisamente» el mismo ha de ser objeto de la preferencia y no otro... Esta interpretación tan original deja sin contenido el apartado del citado artículo 32 que se refiere a la preferencia «sobre muebles e inmuebles incorporados a la empresa a efectos de su actividad habitual». En definitiva, pues, el auto recurrido se olvida de la existencia del citado apartado 2 del artículo 32 de la Ley de Relaciones Laborales, que subordina el crédito salarial al hipotecario y aplica indebidamente el artículo 32.1.b) que se refiere a un supuesto totalmente diferente cual es la «incorporación del trabajo al inmueble», esto es, como indica Alfredo Montoya Melgar, «Derecho del Trabajo», III, página 113, la presencia de «inmuebles rústicos o urbanos cuya titularidad corresponda al empresario y que hayan sido construidos, reparados y cultivados, etc., por el trabajador». Esto sí es una lógica y justa interpretación del artículo 32.1.b) de la Ley de Relaciones Laborales.

*Cuarto.*—Por infracción de ley y doctrina legal concordante, con base en el artículo 1.692,1 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Por infracción del artículo 32.1.b) de la Ley de Relaciones Laborales, infringido por concepto de aplicación indebida. En el supuesto controvertido, la empresa «Confecciones X S. L.», contra la que se promovió el procedimiento judicial y en la que trabajaban quienes reclaman el crédito salarial, ninguna relación tenía con la construcción. Es más, para que los trabajadores reclamantes hubieran tenido un crédito preferente al de mi mandante deberían haber demostrado que con su trabajo construyeron o repararon las naves objeto de subasta, más ninguna prueba se ha practicado, por la sencilla razón de que su trabajo era relacionado con la confección (obsérvese que casi todas son mujeres) y por tanto ninguna relación y ninguna incorporación hacen a los locales. Por ello, al crédito salarial reclamado es de aplicación el artículo 32.2 de la Ley de Relaciones Laborales, dado el concepto del mismo y que su origen es muy anterior a la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores, por lo que al no tener efectos re-

troactivos deberá aplicarse la legislación en vigor que es la citada Ley de Relaciones Laborales, pero nunca aplicarse el artículo 32.1.b) como hace el juzgador.

#### IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Fue ponente en ella el señor De Castro García, según la versión de «La Ley». En el repertorio «Aranzadi» figura como tal el señor Beltrán de Heredia y Castaño.

En su primer Considerando, la Sala hace una valoración de orden procesal sobre la admisibilidad de este recurso. Y dice:

«Considerando: Que tratándose de impugnación que arranca de un auto recaído en procedimiento especial sumario de ejecución hipotecaria, apelado oportunamente y abierta la segunda instancia tan sólo en el efecto devolutivo, la resolución que se trae a la censura de este Tribunal carece de las calidades precisas para poder fundar un recurso de casación con arreglo a los artículos 1.689 y 1.690 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por lo cual el formulado por la C.A.N. ejecutante no debió haber superado la fase de admisión; pero aún haciendo caso omiso de tan esencial óbice, el recurso no podría alcanzar un resultado positivo, según se pasa a exponer».

A continuación, la Sala plantea la cuestión, en su doble faceta sustantiva y procesal.

«Considerando: Que el recurso por infracción de Ley entablado por C.A.N. ofrece dos aspectos en el tema planteado para su estudio en casación; de índole sustantiva el uno, referido a si los créditos salariales de que se trata gozan de preferencia con relación a los que ostenta la entidad recurrente, a pesar de la garantía hipotecaria, y que dieron lugar al procedimiento especial sumario de ejecución al amparo del artículo 131 de la Ley hipotecaria, y formal el otro, por cuanto se alega por la vía procesal empleada por los trabajadores de la empresa ejecutada «Confeciones X, S. L.», no es idónea para la finalidad perseguida, ya que debió haberse utilizado el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía».

En su tercer Considerando, la sentencia alude a la implantación y desarrollo de los denominados privilegios de los a su vez llamados créditos salariales.

«Considerando: Que los privilegios concedidos por el legislador a los créditos salariales, aplicados por la doctrina jurisprudencial con la amplitud de criterio que es propia de las acuciosas situaciones a que responden (sentencia de 27 de marzo de 1971, que a su vez hace cita de las de 16 de enero de 1968 y 8 y 29 de mayo de 1970), no sólo vienen proclamados en el Código civil (artículo 1.924.2.d, según modificación introducida por la Ley de 17 de julio de 1958) y en el Código de comercio (artículo 913.1.c), sino muy especialmente en las disposiciones laborales, tal como resulta de los artículos 16 del Código de Trabajo de 23 de agosto de 1926,

55 de la Ley de contrato de trabajo de 21 de noviembre de 1931 y 59 de su texto refundido de 26 de enero de 1944, pero es en el artículo 32 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 y sobre todo en el precepto del mismo número del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980 donde las garantías del salario se acentúan, ya que éste otorga preferencia de rango al crédito por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, incluso frente a los acreedores hipotecarios y prendarios, sin limitar su proyección a los objetos elaborados por los trabajadores mientras estén en posesión o sean propiedad del deudor ni a los bienes inmuebles a los que precisamente se incorpore trabajo, como hacía la Ley de Relaciones Laborales».

En el Considerando que sigue, el Tribunal formula su criterio en cuanto al fondo.

«Considerando: que discutida la realidad e importe de los créditos salariales reconocidos en sentencia firme de la Magistratura de Trabajo número 2 de Pamplona recaída en el procedimiento 597/1979 y admitido asimismo el dato de que la cantidad total de 1.361.471 pesetas corresponde a la última mensualidad de las 35 obreras de la empresa "Confecciones X, S. L.", la controversia gira en torno a la interpretación correcta que ha de darse al citado artículo 32 de la Ley de Relaciones Laborales y las consecuencias que se siguen para la decisión del caso debatido, punto respecto al cual los motivos tercero y cuarto del recurso, íntimamente relacionados, sostienen que la Sala de instancia ha interpretado con desacierto y aplicado indebidamente en precepto en cuestión, pues el trabajo de las asalariadas no se incorporó materialmente a los inmuebles hipotecados, sin que sea válida la acepción lata del verbo "incorporar" utilizada por la resolución combatida ("como lugar o inmueble en que se realizan determinadas labores"), por lo que las reclamantes carecen de la preferencia que el Tribunal *a quo* les aplica; pero la impugnación no puede prosperar por las siguientes razones: *Una*) Tal afectación de los bienes a los créditos por salarios correspondientes a los últimos treinta días, que opera legal y tácitamente como un gravamen sobre los bienes del empresario, significa que el interés del trabajador para la percepción de esa parte mínima de la retribución que le es debida se antepone a la garantía real que protege a los acreedores por hipoteca o prenda en atención a evidentes argumentos de protección social, que toman en cuenta la debilidad del asalariado, la cobertura de cuyas más perentorias necesidades se vería muy dificultada y hasta imposibilitada de no serle concedido ese singular privilegio rotundamente proclamado por el legislador. *Dos*) Si la posible retroactividad de la Ley no ha de revestir forma expresa necesariamente, "bastando —como dijo esta Sala en sentencia de 26 de marzo de 1969— que resulte de su sentido, debiendo tenerse en cuenta la importancia que para la ética y el bien común" reviste la nueva normativa, o en otras palabras, atendiendo a la

idea de justicia social, como apuntara la sentencia de 16 de junio de 1956, parece procedente afirmar la retroactividad, aunque no lo sea en grado máximo, del artículo que importa del Estatuto de los Trabajadores, esto es, concediendo preferencia a los créditos salariales que como los de autos han sido reconocidos después de la entrada en vigor de la Ley 8/1980 de 10 de marzo frente a hipoteca constituida con anterioridad e incluso ya manifestada mediante ejercicio de la acción real por el procedimiento judicial sumario, pero sin que la primera subasta tuviera lugar hasta el 12 de junio de 1980, es decir, unos tres meses después de la vigencia de aquella reglamentación, pues no cabe desconocer que la nueva norma está penetrada de una mayor motivación social que la precedente y el interés comunitario se vigoriza, como ha resalado en su sentencia de 28 de enero de 1983 este Tribunal (Sala Especial de Conflictos Jurisdiccionales) que califica de "super-privilegiado" el crédito del trabajador por el salario de los últimos treinta días. *Tres*) Aun prescindiendo de lo indicado y a pesar de que se entendiera que el organismo jurisdiccional está constreñido por la indeclinable aplicación al caso de la Ley de Relaciones Laborales, es claro que, como con acierto entiende la resolución impugnada, la ratio legis de las garantías del salario y el consiguiente privilegio del trabajador no autorizarían al presente una interpretación puramente literal del artículo 32.1.b) de la Ley de Relaciones Laborales, sino que el espíritu y finalidad de la protección al obrero, manifestada en la realidad social a que entiende el Estatuto de los Trabajadores, imponen una interpretación correctora y extensiva de la locución «inmuebles a los que precisamente se incorpore su trabajo», que permite comprender en su ámbito las naves industriales donde el asalariado desarrolla su actividad».

En el siguiente Considerando, la Sala extrae las consecuencias procesales de este su criterio.

«Considerando: Que la desestimación de ambos motivos arrastra la del primero, que denuncia violación por inaplicación de la regla 16 del artículo 131 de la Ley hipotecaria, pues obviamente mal puede destinarse en su totalidad el precio del remate al pago del crédito hipotecario de la C.A.N., cuando lo impide un privilegio legal existente en favor de las trabajadoras de la empresa ejecutada, y tampoco puede ser acogido el segundo, basado en la infracción por el mismo concepto del artículo 132,4 párrafo 6.º de la Ley hipotecaria, pues además de que se trata de una cuestión nueva en el recurso, cuyo planteamiento contraviene la prohibición establecida en el número 5.º del artículo 1.629 de la Ley de Enjuiciamiento civil, nada tiene que ver lo dispuesto o en tal precepto en orden a la improcedencia de suspender el desarrollo de unas actividades procesales atendidas exclusivamente a los pronunciamientos del Registro, ni siquiera con hipotética nulidad de actuaciones (sentencia de 12 de diciembre de 1950), remitiendo las posibles reclamaciones al juicio ordinario que por cuantía correspon-

da, con la preferencia y protección dispensada a los créditos por salarios rotundamente afirmada en los párrafos 4 y 5 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, en términos tales que en las tareas de elaboración legislativa se ha llegado a calificar el correspondiente privilegio como "derecho de separación absoluto", determinante de una afección patrimonial que lo antepone al crédito hipotecario, sin necesidad de que la preferencia sea declarada en los dilatados trámites de un juicio declarativo de mayor cuantía, cuando todos los antecedentes figuran en el proceso de ejecución y su contenido no ha sido puesto en duda, conclusión autorizada asimismo por el sentido de las reglas 8,10 y 13 del artículo 131 de la Ley hipotecaria».

Y se concluye:

«Considerando: que por todo lo expuesto ha de ser íntegramente rechazado el recurso, con los preceptivos pronunciamientos respecto a la imposición de costas (artículo 1.748) y sin que haya lugar a declaración alguna en cuanto al depósito, que no ha sido constituido por litigar la institución recurrente con beneficio de pobreza legal».

Por todo ello, el fallo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por C.A.N.

## V. COMENTARIO

### 1. *Los privilegios de los créditos salariales.*

No es momento ni lugar, desde luego, para hacer un desarrollo de esta materia, especialmente sugestiva desde la regulación que de dichos privilegios ha hecho el Estatuto de los Trabajadores. Aquí nos limitamos a dejar constancia del contenido del precepto que los regulaba en la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, es decir, el artículo 32, y del que lo hace ahora en el Estatuto de los Trabajadores, que lleva el mismo número.

El primero decía así:

Uno. Los créditos por salarios o conceptos sustantivos del salario, devengados por los trabajadores, tendrán la consideración de singularmente privilegiados, conforme a las siguientes reglas:

a) Gozarán de preferencia sobre todos los demás créditos respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras estén en posesión o sean propiedad del deudor.

b) Gozarán de preferencia sobre todos los demás créditos respecto de los inmuebles a los que precisamente se incorpore su trabajo, estén o no hipotecados, expresa, legal o tácitamente, si bien la preferencia alcanzará en este caso hasta el salario correspondiente a una mensualidad.

Dos. Los créditos salariales o asimilados no protegidos por el párrafo anterior gozarán también de igual preferencia, respecto de los bienes muebles o inmuebles incorporados a la Empresa o afectos a su actividad habitual, excepto cuando concurren con acreedores hipotecarios o pignoratícios sobre dichos bienes.

Tres. El plazo para ejercitar los derechos de prelación absoluta del crédito salarial prescribirá al año a contar desde el momento en que debió percibirse el salario o el concepto sustitutivo del mismo.

Cuatro. Las preferencias a que se refieren los párrafos uno y dos de este artículo se harán efectivos, incluso, cuando se hubiera instado o iniciado un procedimiento de suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del empresario.

Por su parte, el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores reza:

1. Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo, y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca.

2. Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.

3. Los créditos salariales no protegidos en los números anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados y gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real en los supuestos en los que éstos con arreglo a la Ley hipotecaria, sean preferentes.

4. Las preferencias reconocidas en los números precedentes a los créditos salariales serán de aplicación tanto en el supuesto de que el empresario haya iniciado un procedimiento concursal como en cualquier otro en el que concurren con otro u otros créditos sobre bienes del empresario.

5. Las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que le puedan ser adeudados no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal.

6. El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos.

Han sido todavía pocos los autores que han escrito sobre las garantías salariales establecidas en el Estatuto de los Trabajado-

res, y en concreto con la que aquí interesa, que es la del artículo 32.1. Pero es doctrina fundada la de Gullón (*Las garantías del crédito salarial*, «Revista de Derecho Privado», 1980, págs. 398 ss.), que afirma:

«El crédito salarial por la cuantía legalmente señalada viene a ser un gravamen (no en el sentido técnico) que gravita sobre todos y cada uno de los bienes del empresario, de carácter tácito (puesto que no es público) y legal. En efecto, los acreedores hipotecarios se encuentran con que no saben en el momento de constituirse la hipoteca ni a la hora de su ejecución si el empresario debe o no al trabajador por su salario. En la misma situación se encuentra el acreedor prendario. Pero tanto uno como otro han de soportar que sobre el bien afecto a la garantía real prevalezca el interés del trabajador para el cobro de su salario.»

Más adelante matiza la calificación jurídica de la fórmula legal:

«¿Es un gravamen de los bienes del empresario la preferencia del trabajador? Anteriormente hemos afirmado que no lo es en sentido técnico o jurídico, y no lo es porque el artículo 32 no dice que los créditos salariales se harán efectivos cualquiera que sea el poseedor de los bienes o frente al adquirente de los mismos. Por otra parte, el artículo 34.4 preceptúa: "Las preferencias reconocidas en los números precedentes a los créditos salariales serán de aplicación tanto en el supuesto de que el empresario haya iniciado un procedimiento concursal como en cualquier otro en el que concurra con otro y otros créditos sobre bienes del empresario». Implícitamente, pues, el legislador dice que las preferencias salariales sólo se hacen efectivas sobre bienes que pertenezcan al patrimonio del empresario, y que los terceros adquirentes de los mismos están inmunes a aquéllas.»

Y por fin añade:

«La solución contraria hubiera sido enormemente perturbadora para el tráfico jurídico, porque precisamente por la generalidad del objeto afectado por las preferencias salariales (todos los bienes del empresario) se estaría resucitando las antiguas prendas e hipotecas legales tácitas, que se desterraron a partir de la Ley hipotecaria de 1861 por las nefastas consecuencias que producían, con la excepción de las del Estado por la última anualidad que gravita sobre los inmuebles y la de los aseguradores (según opinión dominante): nadie sabía, con aquel sistema, qué cargas tenía un bien sobre el que gravitaría la garantía de un préstamo o iba a ser objeto de transmisión. En el Estatuto de los Trabajadores ciertamente que renacen, pero de una forma limitada tanto

por la cantidad como frente a las personas a las que son oponibles las preferencias (acreedores prendarios e hipotecarios exclusivamente, no terceros adquirentes). De ahí que no existe en el artículo 32.1 un gravamen real, sino una afección de los bienes del empresario mientras sean de su propiedad.»

En suma, puede concluirse —creemos— que la «garantía» a que nos referimos es un *privilegio*, en el sentido estricto que este término recibe en el Derecho de obligaciones.

Después de Gullón han sustentado este mismo criterio Pérez Pérez (*Concepto, naturaleza jurídica y clases de privilegios del crédito salarial*; en «Civitas», revista española de Derecho del Trabajo, número 4, diciembre de 1980, págs. 499-500), Lacruz Berdejo (*sobre los privilegios del salario y en particular el «superprivilegio» del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores*, en «El salario como crédito privilegiado», Madrid, 1981), Ríos Salmerón (en su espléndida monografía *Los privilegios del crédito salarial*, Madrid, 1984, páginas 331 ss., entre otros lugares) y Gil Suárez (*Los créditos laborales y los procesos concursales*, en «Civitas», revista española de Derecho del Trabajo, número 13, enero-marzo 1983, página 131).

## 2. El criterio de retroactividad adoptado por el Tribunal Supremo

a) Aplicación al caso presente de los principios de Derecho transitorio. Doctrinas de Savigny, Gabba y Roubier.

Sin propósito de exhaustividad, y a los solos efectos de ensayar algunas vías de aplicación al caso presente de los principios de Derecho transitorio expuestos por autores especialmente relevantes en la materia, quizá convenga dedicar algunas consideraciones al respecto.

Sabido es que Savigny articulaba su construcción del Derecho transitorio sobre la distinción entre normas concernientes a la adquisición de los derechos, de un lado, y de otro las referentes a la existencia o inexistencia de una institución o a su modo de existencia, cuando, conservándose la institución, experimenta una alteración profunda.

En el caso de la sentencia que motiva este comentario, nos parece incuestionable que la constitución de la hipoteca convencional entre C.A.N. y «Confecciones X, S. L.», determinó el nacimiento, en favor de la primera, de un derecho adquirido, de suerte que cualquier norma posterior no podría afectarle ni en su existencia ni en su extensión, según el pensamiento de Savigny. Sólo sería así, en su doctrina, si se entendiese que lo que el Estatuto de los Trabajadores introduce en su artículo 32.1 es, o la inexistencia de la institución de la hipoteca (hipótesis absurda), o la institución del privilegio (circunstancia que evidentemente no se

da, aun en el supuesto de que el privilegio merezca la calificación jurídica de «institución»), o una modificación sustancial en la institución de la hipoteca o del privilegio (caso que tampoco creemos que concurra aquí, puesto que de lo que ha tratado el legislador ha sido de introducir uno de estos últimos, pero sin que la construcción técnica y los caracteres de la figura experimenten alteración alguna).

Gabba, a quien bien puede considerarse como el auténtico «clásico» en materia de derechos adquiridos, define este último con las siguientes palabras:

«Es adquirido aquel derecho que: a) es consecuencia de un hecho idóneo para producirlo, en virtud de la ley del tiempo en que el hecho se ha realizado, aunque la ocasión de hacerlo valer no se haya presentado antes de la actuación de una ley nueva sobre el mismo; y b) al término de la ley bajo cuyo imperio ocurre el hecho del que trae origen, entró inmediatamente a formar parte del patrimonio del que lo ha adquirido» (*Teoría della retroattività delle leggi*, tercera edición, Torino, 1891, I, página 191).

Parece indudable que en el caso que nos ocupa se dan los caracteres que en la idea de Gabba permitían hablar de un derecho adquirido por el acreedor hipotecario (C.A.N.), a resguardo de cualquier ley posterior que afectara a la prioridad de su crédito.

Pero donde cabalmente contempla Gabba la hipótesis que nos ocupa es donde, en la misma obra (páginas 314-319), se refiere a los efectos de los derechos adquiridos frente a terceros, lugar en que sienta el principio de que un posterior derecho de un tercero, en colisión con un anterior derecho adquirido, no puede limitar ni modificar este último en medida distinta de la establecida por la ley bajo cuyo imperio hubiese sido adquirido, esto es, el que (el subrayado es suyo) *la colisión de sucesivos derechos adquiridos, distintos y separados, respecto a un mismo objeto, viene regulada en relación con cada uno de ellos por la ley vigente cuando el derecho anterior fue adquirido.*

Particular interés teórico reviste la distinción entre *derechos legales* y *derechos contractuales*. Roubier, en su conocida monografía sobre la cuestión (*Le droit transitoire —conflits des lois dans le temps—*, segunda edición, París, 1960, páginas 119-124) señala cómo la distinción encuentra en un trabajo de jurista alemán Georgii (en 1820), que separaba los derechos legales y los «derechos adquiridos», es decir, los que se adquieren en virtud de un acto jurídico encaminado a tal fin.

La dualidad, como pone de relieve el propio Roubier (páginas 119-120), alcanza su mejor formulación, en el terreno de la Filosofía del Derecho, en F. Lassalle (*Teorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetz*, 1861). La teoría de la retroactividad, dice este autor, es una violación de la libertad y de la responsabilidad del hombre; por este motivo, opina que la retroactividad es inadmisibile. Frente a la retroactividad de una ley, el individual puede decir al legislador y al juez: si la ley hubiese

atribuido entonces estas consecuencias a mi acto yo no habría actuado así, porque era libre de no actuar. Si una ley posterior afecta retroactivamente a la acción libre de un individuo, la voluntad de éste se ha transformado en otra. Una ley así tiene, *ex post*, el efecto de que el individuo ha querido y hecho otra cosa que él no ha querido; en suma, le hace violencia. Esto no será una ley, será el no-Derecho, la destrucción de la idea de Derecho en general. En otros términos, para Lassalle la razón última del respeto a los derechos adquiridos es la inviolabilidad de la persona humana y la imposibilidad de separar la idea de Derecho de la de una persona que piensa y quiere libremente. Pero el sujeto no puede hacer estas consideraciones al legislador más que en la medida en que éste viniese a anular o desfigurar una acción libre, un acto de libertad individual, por medio de una ley posterior. Por el contrario, los derechos de los que la ley rodea al individuo, sin el recurso de su voluntad individual, no son más que facultades generales, atributos que subsisten sólo sobre la base de la ley que los concede y que desaparecen con ella.

Roubier expone su sistema de Derecho privado transitorio distinguiendo y tratando por separado la regla de la no retroactividad de las leyes y los hechos consumados (op. cit., páginas 177-292) y el efecto inmediato de la ley y las situaciones jurídicas en curso (páginas 292-439). Y dentro de este segundo apartado diferencia las «situaciones *legales* en curso» de las «situaciones *contractuales* en curso». Y es dentro de estas últimas donde se refiere a los «efectos por venir de los contratos en curso», a cuyo respecto formula la doctrina común de que los efectos de los contratos en curso en el día del cambio de legislación quedan determinados por la ley en vigor en el momento en que fueron formados; una ley nueva no los puede modificar, ni aumentarlos, ni disminuirlos (página 360 ss.).

Esta regla sobre las situaciones contractuales en curso parece cargada de razón, pues va contra toda lógica que los derechos adquiridos en virtud de un contrato puedan verse afectados por una circunstancia que los contratantes —o uno de ellos— no pudieron tener presente a la hora de contratar. Aunque la nueva circunstancia tenga su origen en una ley.

Sin embargo, hacemos aquí un inciso para referirnos a un caso en el que, en nuestro Derecho, no jugó este criterio. Se trata de la introducción en nuestro ordenamiento de la llamada prórroga forzosa en los arrendamientos urbanos.

Dicha figura fue implantada por primera vez en España por el Real Decreto de 21 de junio de 1920, del cual dice expresivamente, a modo de encabezamiento, el «Boletín Jurídico-administrativo» de Martínez Alcubilla (apéndice de 1920): «Real Decreto... estableciendo normas extraordinarias para resolver el problema de la vivienda en las capitales de provincia y poblaciones de más de 20.000 almas, a cuyo fin se declara obligatoria la prórroga de los actuales contratos, se autoriza...». En efecto, no es hipérbole hablar

de «normas extraordinarias», pues sin duda lo constituye el artículo 1.º del Real Decreto en cuestión, al decir: «A partir de la fecha de la publicación de este Real Decreto, *los contratos vigentes* de arrendamientos de fincas urbanas de las capitales de provincia y poblaciones de más de 20.000 almas se entenderán prorrogados, con carácter obligatorio para los propietarios, sin alteración de la cuantía de alquiler, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».

Obsérvese que en este excepcional supuesto el legislador no tuvo inconveniente en afectar con la prórroga forzosa —de tan notable incidencia en la relación contractual— a los contratos de arrendamiento entonces vigentes, es decir, actuando de forma deliberada sobre las situaciones contractuales preexistentes, que es tanto como decir contra el régimen convencional previo.

Idéntico criterio siguió el Decreto de 29 de diciembre de 1931, en su artículo 1.º, que reafirmaba la figura de la prórroga forzosa salvo ciertas excepciones que no afectan a nuestro razonamiento.

Y todavía fue más contundente la Ley de arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946, cuya disposición transitoria 1.ª decía: «Sin otras excepciones que las que resulten de sus propios preceptos, lo dispuesto en esta Ley será de aplicación no sólo a los contratos que se celebren a partir de su vigencia, sino también a los que en dicho día se hallaren en vigor».

Es innegable que el caso a que nos referimos constituye una visible excepción a la regla o principio de Derecho transitorio a que alude Roubier, sobre las situaciones contractuales en curso, y que por tanto contradice nuestra opinión (luego manifestada) contraria a la tesis de retroactividad adoptada por el Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos. Sin embargo, hay que advertir que en punto a la introducción en nuestro Derecho de la prórroga forzosa —y consiguiente afectación a situaciones contractuales preexistentes— *existe una regla expresa de retroactividad* en la propia ley, cosa que no sucede —en el caso de nuestra sentencia— respecto del Estatuto de los Trabajadores.

Por lo cual, en definitiva, el problema consistirá en preguntarnos si podía el Tribunal Supremo, en buena técnica, aplicar efectos retroactivos a una norma que no los tenía explícitamente atribuidos.

Volvamos ahora sobre las formulaciones doctrinales de Roubier, salvado el inciso que acabamos de hacer.

Contra nuestra invocación de la teoría del autor francés sobre las situaciones contractuales en curso se nos podría objetar que Roubier, cuyo planteamiento del problema del Derecho transitorio no parte de la irretroactividad de las leyes, sino del más original del llamado «efecto inmediato de las leyes», aplica este concepto, que haría defendible la teoría del Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos, a los derechos reales (pág. 333). Y podría pensarse, puesto que de lo que aquí se trata es el juego de una hipoteca, que ese «efecto inmediato» se produce en relación

con el privilegio del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, en perjuicio de la hipoteca convencional anterior en favor de la entidad ejecutante.

Sin embargo, creemos que contra este posible razonamiento cabe señalar: 1.º Que cuando Roubier habla de este efecto inmediato de las leyes relativas a derechos reales, lo hace tratando de las «situaciones *legales* en curso», siendo así que la prioridad de la hipoteca convencional sobre un privilegio establecido por la ley posterior no es sólo producto de la regla legal primitiva determinante de la preferencia de aquella hipoteca convencional, sino de la voluntad de las partes, o por lo menos de la del acreedor titular de dicha hipoteca, que si accedió al negocio subyacente a la misma (el préstamo garantizado por la hipoteca en cuestión) fue en la conciencia de que sobre su garantía no prevalecía otra o cuando menos sólo las *entonces* establecidas por la ley. 2.º Que aquí lo que afecta —hipotéticamente— a la hipoteca convencional no es un derecho real (podía haberse tratado de una hipoteca tácita, tesis que antes hemos descartado), sino un privilegio. 3.º Que a pesar del carácter de derecho real que ostenta la hipoteca, las reglas sobre su concurrencia con otros créditos se inserta en el terreno del Derecho de obligaciones, esto es, en el ámbito de la autonomía privada, como lo demuestra la referencia que el artículo 1.922, 2.º del Código civil hace a los créditos garantizados con prenda y la del 1.923, 3.º a los créditos hipotecarios. 4.º Que el mismo Roubier, al establecer los principios generales de lo que él llama «efecto inmediato de la norma», (págs. 191-194), remite la disciplina de los derechos reales a la de los actos jurídicos constitutivos de los mismos, que quedarían a resguardo de lo que posteriores leyes pudieran disponer. Y 5.º), por fin, que la materia relativa a los privilegios ha de ser objeto, a nuestro juicio, de interpretación restrictiva, por cuanto constituye ruptura de la *par conditio creditorum*.

Siguiendo con el pensamiento de Roubier, es menester reconocer que lo que acabamos de decir en relación con la eficacia de los derechos reales él lo manifiesta en el apartado correspondiente a su constitución, no a sus efectos. En cuanto a éstos, hay que acudir al lugar en que el autor trata de las «Leyes relativas a los efectos de una situación jurídica» (págs. 204 ss.), donde formula la regla fundamental de que la ley que gobierna los efectos de una situación jurídica no puede, sin retroactividad, producir consecuencias sobre los efectos que una situación jurídica de esta naturaleza hubiese producido bajo la ley anterior, ya se trate de modificarlos, aumentarlos o disminuirlos. *A sensu contrario*, según el pensamiento de Roubier, los «efectos no producidos» sí podrían verse afectados por una ley posterior.

Y, en este punto, de lo que se trata es de determinar —extremo que por ahora dejamos planteado— si es *efecto producido* o no, respecto de la situación jurídica derivada de una hipoteca convencional, el hecho relativo a la preferencia absoluta que de

dicha hipoteca dimana (en su caso sólo minorada por hipotecas tácitas, pero *ya entonces* —en el momento de su constitución— establecidas por la ley).

A modo de sugerencia, desde luego discutible, cabe proponer que la hipoteca, desde su constitución, *produce el efecto* de la afectación de los bienes hipotecados y que lo produce, precisamente, en el régimen de preferencias o prioridades —entre varias posibles hipotecas— vigente en el momento en que la hipoteca nació.

b) La llamada retroactividad tácita.

Ahora bien, cuanto venimos diciendo se refiere a los que podríamos llamar principios de Derecho transitorio directamente orientados a la labor legislativa. Esto es, al *desideratum* técnico a la hora de confeccionar las reglas de conflictos de leyes en el tiempo. No es que no tengan virtualidad en relación con el intérprete, y más concretamente el juez, pero es incuestionable que éste puede y hasta debe tener presentes otros criterios a la hora de resolver una determinada controversia.

Uno de estos criterios puede ser, por ejemplo, el de la llamada «retroactividad tácita», a la que con mejor terminología, a nuestro juicio, se refiere De Castro llamándola «casos de aplicación de la nueva ley con efectos retroactivos» (*Derecho civil de España*, I, tercera edición, Madrid, 1955, págs. 726-728).

Dicho sea de paso, es curioso observar que algún autor, por ejemplo Roubier (*op. cit.*, pág. 413 ss.), rechaza la retroactividad tácita, incluso cuando se funda en la noción de orden público. Dice muy expresivamente en un pasaje: «La idea de orden público no puede ser puesta en oposición con el principio de la no retroactividad de la ley, por la sencilla razón de que en un orden jurídico fundado sobre la ley la no retroactividad de las leyes es en sí misma una de las columnas del orden público. Es absolutamente imposible —prosigue— concebir los fundamentos de un orden legislativo si no se introduce la noción de la no retroactividad; porque si las leyes deben ser retroactivas, nosotros no llamamos a esto orden, sino desorden jurídico». Sin embargo, hay que tener presente que estas palabras se entienden desde la particular forma que Roubier tiene de enfrentarse con el problema del Derecho transitorio, a partir de la «eficacia inmediata de las leyes». Esta es la que explica, según él, lo que otros considerarían retroactividad tácita, por ejemplo, de las leyes de abolición de la esclavitud o de los derechos feudales.

Prosiguiendo con la idea de la llamada retroactividad tácita, que es a la que el Tribunal Supremo apela en este caso, habría que pensar que nos encontramos ante un supuesto de lo que De Castro denomina «disposiciones que condenan, como incompatibles a sus fines morales y sociales, las situaciones anteriormente constituidas», que son las que de entre las citadas por nuestro

ilustre jurista más se aproximan a las constitutivas de orden público en la terminología extranjera.

Ahora bien, no creemos que éste sea nuestro caso. Es obvio que el legislador de 1980 ha querido atribuir a los salarios de los treinta últimos días el carácter de un crédito especialmente privilegiado, pero no creemos fácilmente defendible la idea de que con ello se ha querido romper con una situación anterior injusta. Podría sostenerse la mayor justificación social del régimen actual de garantías salariales (a pesar de los depresivos efectos que el artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores habrá de ocasionar sin duda en la vitalidad del crédito inmobiliario y del caro precio que esto supone si se tiene en cuenta el alcance de los fines del Fondo de Garantía Salarial —al que luego aludiremos—), pero nos parece difícil defender la idea de que con la nueva legalidad se ha tratado de introducir un principio de orden público de suficiente consistencia como para afectar al alcance de una hipoteca convencional previamente constituida.

En Derecho Social *lato sensu*, comprensivo de las situaciones de Derecho de Trabajo y Seguridad Social, los avances o adquisiciones paulatinas implican mejoras con relación a situaciones anteriores en virtud del llamado *principio de progresividad* y en modo alguno de *ruptura* respecto de las mismas. Una regulación no sucede a otra para sustituirla por injusta, sino para mejorar la dosis de justicia que la primera supuso conforme a las exigencias y posibilidades de su tiempo. Sostener la idea de incompatibilidad entre dos ordenaciones sucesivas de ese carácter es desconocer el criterio con que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1983 —corrigiendo, es cierto, la postura mantenida en su Sentencia de 4 de mayo de 1982— viene a sostener que las prestaciones sociales resultan de una gradualidad político-legislativa que autoriza su implantación y se han de contener en unos límites de temporalidad que excluyen la proyección de las adquisiciones más novedosas y recientes sobre los períodos anteriores, en que esas adquisiciones eran naturalmente más modestas. Así, pues, la situación constituida —con expresión de De Castro— conforme al artículo 32 de la Ley de Relaciones Laborales no queda desautorizada por el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores hasta el punto de que deba éste invadir la regulación de los supuestos acogidos naturalmente al primero de ambos preceptos, por la simple razón de que la última regulación es tan de orden público como la primera, no adolece de incompatibilidad con ésta y resulta del mecanismo de progresividad de los derechos sociales, cada uno de cuyos períodos de institucionalización se contiene en la regulación que supone el *optimum* de justicia material. El artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores da un paso más adelante en la instrumentación del principio de suficiencia del salario (art. 35.1 de la Constitución), pero no desautoriza el régimen jurídico de las situaciones ampa-

radas en el precepto preconstitucional que el artículo 32 de la Ley de Relaciones Laborales implica.

Por otra parte, la afectación que establece el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, además de figurar en el cuerpo de un texto que desarrolla el artículo 35.2 de la Constitución, entraña una regulación de la *función social* de la propiedad del ejecutado en los términos que el artículo 33.3 de la misma Constitución ha previsto. Si se está a los criterios que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 ha enunciado para dar con el llamado *contenido esencial* de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.1 de la Constitución, no parece que la propiedad privada pueda considerarse afectada con la intensidad que la sentencia de casación proclama. Es más, la imposición a la propiedad de una de las funciones sociales que el artículo 33.2 de la Constitución exige regular mediante ley, no admitiría una declaración expresa de retroactividad, pues la regla del artículo 9.3 de la Constitución preceptúa la irretroactividad de las disposiciones limitativas de derechos individuales, como sería el de propiedad en este caso.

Además, parece que ha de tenerse presente que el juego de los privilegios debe interpretarse con criterio restrictivo, dada su propia excepcionalidad y su carácter de ruptura del principio de la *par conditio creditorum*.

c) El Derecho positivo español. Artículo 2.º.3 del Código civil. Disposiciones transitorias del Código civil y de la Ley Hipotecaria de 1909 y de la de 1946.

El artículo 2.º.3 del Código civil sienta el principio tradicional, clave de la seguridad jurídica, de la irretroactividad de las leyes, «si no dispusieren lo contrario».

Ahora bien, es innegable que cuando el texto legal se refiere a «disponer lo contrario» no alude sólo a un mandato de retroactividad establecido *expressis verbis*, sino a una posible aplicación de la misma cuando venga impuesta por la interpretación de la norma jurídica. Es aquí donde están llamados a jugar los principios de Derecho transitorio o las reglas positivas vigentes al respecto.

Díez Picazo y Gullón (*Sistema...*, cit., pág. 138) recogen la común opinión de que la retroactividad de una ley puede deducirse por vía de interpretación.

Parece adecuado, pues, indagar en los principios de Derecho transitorio que brinda nuestro ordenamiento.

De entre las disposiciones transitorias del Código civil, que deben ser consideradas como un Derecho transitorio común, por lo que han de aplicarse a todos los cambios de legislación, extraños a las materias del Código civil, que no poseen sus propias normas especiales de transición (Díez Picazo y Gullón, *Sistema...*, pág. 143), merecen especial aplicación al caso presente la 1.ª y la 4.ª. La primera establece que se regirán por la legislación anterior al Código los

derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca. Y la cuarta dispone que las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente. Más dudoso es que sea aplicable la disposición transitoria segunda, a tenor de la cual los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior surtirán todos sus efectos según la misma, pues aunque la hipoteca que se pospone al privilegio del salario de los treinta últimos días en el caso contemplado es de origen contractual, aquí no se trata de establecer el efecto *inter partes* del contrato en cuestión sino la eficacia o ineficacia de sus efectos frente a los trabajadores terceros.

Creemos, salvo criterio más fundado, que el espíritu que anima a estas reglas de Derecho transitorio excluye la retroactividad del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores en perjuicio de una hipoteca convencional de origen anterior.

La ley hipotecaria de 1861 no contenía disposiciones transitorias, lo que nos priva de alguna pista en el problema que comentamos. Es sin embargo segura su eficacia retroactiva, por tratarse de una ley de las que tienen por objeto establecer un régimen general y uniforme (De Castro, *op. cit.*, pág. 728). No obstante, es dudoso que pueda hablarse aquí de genuina retroactividad, y no de «eficacia inmediata de la norma», en cuanto que la propia Ley se justifica en su intento de implantar un régimen de uniformidad, que por otra parte no perjudicaría nunca (al menos nosotros no lo imaginamos) ninguna clase de derechos adquiridos.

Tampoco nos suministran argumentos en torno a la cuestión la ley de reforma hipotecaria de 1909 ni la de 1946, cuyas disposiciones transitorias no aluden a caso similar ni próximo al que aquí se plantea.

d) La argumentación del Tribunal Supremo. Valoración. El Fondo de Garantía Salarial.

Es en el Considerando cuarto de la sentencia donde el Tribunal Supremo desarrolla su razonamiento sobre el fondo de la cuestión sometida a censura del Alto Tribunal. Y lo hace utilizando tres argumentos, de los cuales los dos primeros intentan apoyar la tesis de la retroactividad del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, hasta el punto de declarar que el privilegio en él establecido, «que opera legal y tácitamente como un gravamen sobre los bienes del empresario», determina la primacía o prioridad del crédito de las trabajadoras de la empresa ejecutada por los treinta últimos días de salario sobre el crédito de la entidad acreedora ejecutante, cuyo derecho se constituyó cuando no se había promulgado todavía el Estatuto de los Trabajadores y la regulación aplicable a los privilegios salariales era la del artículo 32 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976.

Para aplicar este criterio de retroactividad, el Tribunal Supre-

mo acude a «*evidentes argumentos de protección social*, que toman en cuenta la *debilidad del asalariado*, la cobertura de cuyas más perentorias necesidades se verían muy dificultadas y hasta imposibilitada de no serle concedido ese singular privilegio». Se apela también a la «*ética y el bien común*» y a la «*justicia social*». Y por fin, a la «*mayor motivación social*» de la normativa del Estatuto de los Trabajadores, así como al «*interés comunitario*», que con dicha reglamentación se vigoriza, según el Tribunal.

No cabe desconocer, desde luego, el espíritu progresista y tutelar que anima los pronunciamientos de la Sala, motivación que en sí misma no puede ser objeto de crítica alguna.

Sin embargo, la atribución a la jurisprudencia —en concreto a ésta que se sienta en la presente sentencia— de un papel tutelar o tuitivo no encaja bien con los esquemas de un Estado de libertades, más comprometido que ninguno con la salvaguarda del Estado de Derecho y en concreto con el principio de seguridad jurídica o de lo que algunos han llamado «*la certeza del Derecho*».

Entendemos, en efecto, que la idea tuitiva es más bien propia, en el terreno de la creación y de la aplicación de la norma, de un Estado autoritario.

El argumento de la *debilidad del asalariado* debe conectarse con la doctrina sentada en las Sentencias del Tribunal Constitucional de 4 de mayo de 1982 y 26 de julio de 1983. Si la primera de ambas decisiones abundaba en un criterio semejante al que ofrece la sentencia de casación comentada y opinaba que la más reciente de las regulaciones socialmente protectivas debía proyectarse sobre cualesquiera situaciones constituidas antes al amparo de regulaciones menos generosas, la segunda rectifica ese punto de vista y entiende que cada regulación es, por así decirlo, *hija de su tiempo* y supone el *optimum* de tutela al socialmente débil, sin que, a la luz de las ulteriores disposiciones, pueda ser tachada de injusta. Sin explícita formulación, viene la sentencia comentada a indicar que habría discriminación y se infringiría el artículo 14 de la Constitución en el caso de no proyectarse retroactivamente la norma del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores sobre una situación generada conforme al artículo de la Ley de Relaciones Laborales. Doctrina que la más reciente jurisprudencia de amparo constitucional no ha dado por buena.

También merece analizarse la invocación de la *ética y el bien común*, que hace la sentencia comentada. La primera de ellas sólo puede entenderse referida a lo que la ética representa en la Constitución española, cuyo artículo 1.1 ha diseñado un *cielo moral* poblado por los valores superiores del ordenamiento jurídico. ¿Quiere decirse que, en nombre de todos o alguno de éstos, la retroactividad aparece justificada o justificada? ¿Se trata de un ensayo de la llamada *interpretación razonable conforme a la Constitución* del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores? ¿Se mueve la jurisprudencia en el terreno de lo que los modernos reconversores del tomismo llamaron la *naturalis inclinatio* que, junto con la

*naturalis conceptio*, perfila un yusnaturalismo de contenido variable? ¿Se compadece lo escueto de la invocación a la *ética* con la garantía de seguridad jurídica y de irretroactividad, que en el artículo 9.3 de la Constitución debe entenderse conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional?

La invocación del bien común también suscita dudas. En un sistema jurídicopolítico de libertades, el bien común es el conjunto de condiciones que hacen posible el ejercicio de las mismas. A la promoción de esas circunstancias hace referencia el artículo 9.2 de la Constitución y, en tal caso, se trataría de interpretar en esa clave su mensaje. Si se tiene presente que el bien común se ha definido, de otro lado, como el conjunto de las exigencias de la coexistencia, la colaboración y la coparticipación, no hubiese estado de más que la sentencia comentada hubiese optado por alguno de estos parámetros conceptuales para hacer más accesible y justificable su línea de razonamiento en este punto.

El llamamiento a la *justicia social* no pasa de ser reiteración de uno de los valores superiores que abarca el mencionado *cielo ético*.

La *mayor motivación social* del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores marca, como en otro pasaje de este trabajo se apunta, la adquisición de un nivel de protección social superior al precedente y eventualmente inferior a otros que de futuro puedan alcanzarse. La jurisprudencia de amparo constitucional (Sentencias precitadas de 4 de mayo de 1982 y 26 de junio de 1983) ha sido concluyente respecto a la necesidad de que las situaciones surgidas en cada uno de dichos estadios se atenga a la regulación bajo la que se ha constituido y no se produzca ninguna invasión retrospectiva de ordenaciones posteriores. El *interés comunitario*, cuya vigorización se postula por la jurisprudencia civil, no es un concepto indeterminado totalmente, sino que, en parte, se configura de acuerdo con este principio de gradualidad e irretroactividad.

Una vez más, se ha de recordar, como regla de oro, la idea de que las normas sociales más recientes no tienden a uniformar en el espacio y en el tiempo, sino a resaltar el esfuerzo transformador que predice el artículo 9.2 de la Constitución en función de circunstancias que justifican una innovación tan sólo desde que la misma se produce. El espíritu y finalidad del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores no es crear un régimen uniforme y general, sino realzar un paso adelante cuyos resultados coexisten con los de las situaciones superadas merced a esa mejora.

En cualquier caso, la acumulación de referencias valoristas da idea de que la voluntad judicial se orienta en un sentido influido por los correspondientes contenidos, pero la seguridad jurídica —que no vea cualquier suerte de compromiso razonable con una filosofía de valores amparada en el artículo 1.1 de la Constitución— sí que requiere una explicitación de los juicios en cuya virtud dichos valores se utilizan para fundar la retroactividad discutida. Hay una *ética confesional* y una *ética secular* que, a su

vez, puede ser deontológica o sociológica. Hay una concepción personalista y una idea transpersonalista o trascendente del bien común. La noción de interés comunitario —que no aparece en el texto constitucional, pero que sin duda se refiere a un concepto unívoco para la jurisprudencia— necesita ser delimitada. A la densidad e intensidad de referencias no ha correspondido una especificación de las posiciones filosóficojurídicas en que las mismas se colocan y con relación a las cuales su autoridad se invoca.

La sentencia que comentamos podría inscribirse, creemos, en el terreno del uso alternativo del Derecho y acaso de una «toma de posición consciente» de que hablarían los constructores de tan sugestiva teoría. Lo que se fabrica con la doctrina de esta resolución, a nuestro juicio, es una *jurisprudencia de apoyo* con objetivos y finalidades no dispares de los que —con fines de transformación social— persiguieron los propugnadores de la *legislación de apoyo* que aceptando la lucha de clases como premisa, entendía que sólo con la toma de posición del legislador del lado de la clase trabajadora se eliminaba la situación deprimida de la misma y se aliviaba la posición hegemónica de la clase dominante. Los pasajes de la sentencia, que antes hemos subrayado o entrecomillado, adquieran cierta proximidad o parentesco con proposiciones pertenecientes al *uso alternativo* o *manejo diverso del Derecho*, lo que confiere a la resolución que comentamos un indudable atractivo técnico o doctrinal.

No es este comentario lugar apropiado para hablar de las pretendidas virtudes del uso alternativo del Derecho frente al denominado *uso tradicional*, ni para tratar de los falsos planteamientos que se imputan a este último, pero sí parece oportuno decir que la sentencia que nos ocupa participa de las objeciones que ha suscitado aquella primera doctrina, cuando padece en demasía la seguridad jurídica, aquí materializada en la entidad ejecutante de la hipoteca, que se ve inopinadamente desplazada en el contenido efectivo de su derecho (prioridad absoluta en el cobro) ante la presencia de otro consagrado por una ley posterior al nacimiento de aquél.

Merced al *uso alternativo* o, si se prefiere al *uso divergente* o *diverso* del Derecho, la norma aparece reflejada en un espejo cóncavo, sobredimensionándose algunos de sus contenidos y minimizándose otros. Ese sería el efecto de exasperar el alcance del artículo 32.1 de la Ley de Relaciones Laborales y vaciar de contenido —como subraya el escrito de interposición del recurso de casación— el párrafo 2 de tal precepto. La *acción remotriz* de la sentencia comentada ha sido múltiple, ya que: a) Alivia o suprime los controles depurativos del título ejecutivo del crédito llamado superprivilegiado. b) Aplica retroactivamente el artículo 32 del Estatuto. c) Confiere a este precepto el alcance derivado de una interpretación que la propia sentencia califica de correctora y extensiva.

Nuestra opinión es que la tesis de la retroactividad está insuficientemente argumentada, en presencia de la formidable consecuencia teórica y práctica que de ella se desprende.

Merece atención la jurisprudencia que la Sala cita en apoyo de su tesis de retroactividad tácita.

Menciona, por este orden, las sentencias de 26 de mayo de 1969 (en la versión de «La Ley» se dice, por error, 26 de marzo) y 16 de junio de 1956.

La de 26 de mayo de 1969 dice en su Considerando segundo: «Que según resulta del texto del artículo 3.º del Código civil, a cuyo tenor «las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario», el mandato de retroactividad no ha de revestir forma expresa, bastando, por tanto, que resulte del sentido de la Ley, debiendo tenerse en cuenta a este respecto la importancia que para la ética y el bien común tiene la nueva Ley, implicando igualmente un tácito efecto retroactivo las disposiciones que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme, en cuanto sólo concediéndoles efectos retroactivos se puede conseguir la uniformidad propuesta».

Previamente, en su primer Considerando había dicho la Sala: «Que las leyes pueden aplicarse, o simplemente a los hechos que ocurran a partir del momento en que entran en vigor, en cuyo caso carecen de retroactividad, o a la regulación de hechos ocurridos con anterioridad a ese momento, y entonces son retroactivos, retroactividad que puede ser de primer grado o débil, cuando se aplica la nueva a los efectos producidos después de ella por consecuencia de un hecho anterior a la misma, y de segundo grado o fuerte cuando se aplica la nueva Ley a los efectos de un hecho pasado producido antes de entrar en vigor la última».

En aquel caso, el director de dos periódicos propiedad de una misma empresa reclamaba a ésta ciertas cantidades con motivo de su cese en el cargo. El Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela desestimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó, estimando la demanda y condenando a la demandada a abonar al actor la suma de 752.396,11 pesetas.

Interpuesto recurso de casación por la empresa demandada, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, dictando segunda sentencia por la que condenó a la demandada a satisfacer al actor la cantidad de 318.035,61 pesetas.

Hay que advertir que después de firmado el contrato de autos se promulgó y entró en vigor el Estatuto de la profesión periodística, de 6 de mayo de 1964, que establecía la cuantía del sueldo por la dirección de periódicos y la de la indemnización en caso de resolución del contrato. El sueldo había de ser el triple de la remuneración de los redactores de los diarios y la indemnización el triple de los ingresos mensuales multiplicado por el número de años de antigüedad en el cargo.

La Audiencia había entendido que en el caso se trataba de dos

contratos diferentes (uno por cada diario), lo que le condujo a la cifra establecida en su sentencia, desde luego con aplicación retroactiva del Estatuto de la profesión periodística, si se entiende por retroactividad aplicar sus normas sobre retribución e indemnizaciones a los contratos en vigor en el momento de su promulgación.

El Tribunal Supremo parte de esa llamada retroactividad, pero considerando que se trataba de un solo contrato (para dirigir dos periódicos) redujo la suma por diferencias de sueldos (desde la entrada en vigor del repetido Estatuto) y por indemnización por resolución o cese (entre otros conceptos) a una cifra inferior a la establecida por la Audiencia.

El Tribunal Supremo entiende que la Audiencia había aplicado un criterio de retroactividad de la que él mismo llama *fuerte* (es decir, *más intensa*), cuando lo correcto —entiende el Tribunal de casación— era aplicar la «de primer grado o débil». Por tanto hay que tener presente que no es que el Supremo declarara haber lugar al recurso por considerar que había que aplicar una retroactividad que el Tribunal *a quo* no había considerado, sino que, justamente al revés, se casa la sentencia *para aplicar una retroactividad más débil* que la de la Audiencia había tenido en cuenta.

En el pronunciamiento puramente doctrinal de la Sala (esto es, en la fundamentación doctrinal de su fallo), el Tribunal había aludido a dos casos en que procede la llamada retroactividad tácita. Uno es el de los supuestos en que lo exige la ética y el bien común, es decir, cuando la nueva ley trata de romper con un sistema anterior que se juzga contrario a tales valores. El otro caso es de leyes que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme. Y esto último es lo que ocurría en el caso de autos, como dice el Considerando tercero:

«... que ese objeto cumple (el de establecer un régimen uniforme) el Estatuto de la profesión periodística... por lo que es indudable su retroactividad...».

Hay que tener presente que el régimen económico de los directores de periódicos estaba regulado por dicho Estatuto en atención al carácter de ese puesto, como «alto cargo», a tenor de lo establecido en el artículo 7.º de la Ley de Contrato de Trabajo vigente a la sazón y en el artículo 2.º de la Reglamentación Nacional de Prensa, publicada por Orden del Ministerio de Trabajo de 14 de julio de 1950. Es decir, se trataba de un puesto de trabajo excluido de la Reglamentación Nacional cuando el contrato se concertó y luego expresamente sometido al Estatuto de la profesión periodística, cuando éste se promulgó.

Por tanto, hay que contar con el hecho de que el citado Estatuto, en cuanto a sus previsiones económicas respecto a los directores de diarios, jugaba el papel de una Reglamentación Nacional, aplicable a todos los demás trabajadores de la prensa pero no a los directores.

En consecuencia, en el Estatuto de la profesión periodística

existía, implícito, pero muy evidente, un propósito uniformador y de inmediata eficacia para toda relación de carácter laboral, como era el caso de las Reglamentaciones Nacionales de Trabajo existentes a la sazón.

Dicho en otros términos, que el Tribunal Supremo se inclinara en aquel caso por la retroactividad tácita no era sino fruto de un criterio suficientemente claro en el espíritu y finalidad de la normativa en cuestión.

Lo que no nos parece tan claro es que esas mismas circunstancias concurren en el precepto del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, en el que la aplicación retroactiva supone lesión de un derecho adquirido *perteneciente a un tercero*, esto es, a un extraño a la relación jurídica laboral existente entre empleado y trabajadores.

En cuanto a la sentencia de 16 de junio de 1956, segunda de las citadas (*Jurisprudencia civil*, mayo-junio de 1956, Madrid, 1959, páginas 1742 ss.) cabe reproducir la doctrina siguiente:

«... doctrina esta que más recientemente ha confirmado la sentencia de 31 de marzo de 1955, que en rigor responde a la idea general de que el principio de irretroactividad no es aplicable por su propia naturaleza y alcance cuando se trata de normas que son mero desarrollo de otras, o procuran exclusivamente su ejecución, o denuncian su propósito ampliamente rectificador de actuaciones morales o sociales con las que la nueva Ley se declara incompatible, o cuando persigue un designio interpretativo o aclaratorio que se refiere por eso a una norma anterior, que por su imprecisión u oscuridad exige que el propio legislador la interprete o aclare».

Parece irreprochable la descripción de los supuestos en que los que cabe la aplicación de la fórmula de la retroactividad tácita, casos que, por otra parte, coinciden con los que la doctrina común caracteriza en tal sentido.

Ahora bien, lo que no nos parece tan claro es que la cita de esta sentencia pueda justificar la aplicación retroactiva del Estatuto de los Trabajadores en la que ahora comentamos, al menos como antecedente jurisprudencial de suficiente parecido con el caso contemplado por esta última.

En efecto, en la resolución de 16 de mayo de 1956 se trataba de determinar el alcance de la interrupción de la prescripción por la reclamación ante la Junta de Detasas, como previa a la demanda judicial. Y la retroactividad a la que el Tribunal acudió afectaba al Decreto-Ley de 2 de setiembre de 1947, pero en su *condición interpretativa o aclaratoria* de lo que se hallaba establecido por la Ley de 24 de junio de 1938, circunstancia por la que se declaraba la aplicabilidad de aquel Decreto-Ley a hechos acaecidos antes de su entrada en vigor.

Vemos, pues, que la razón dogmática que justificó la apelación a la retroactividad fue el carácter meramente interpretativo o acla-

ratorio de la disposición en cuestión, circunstancia que no presenta ningún parecido con el caso de la sentencia que comentamos.

Por otra parte, y por lo que respecta a la doctrina general que la sentencia de 1956 desgrana, hay que advertir que de todos los supuestos por ella citados el que más podría acercarse al caso de la sentencia que comentamos es el de leyes que pretenden romper con actuaciones morales o sociales con las que la nueva ley se declara incompatible. Ahora bien, creemos que no es ésta la circunstancia que concurre en el asunto que ha dado lugar a la resolución que nos ocupa. Es innegable que el artículo 32, y en concreto su número 1, del Estatuto de los Trabajadores persigue fines de protección del salario más acusados que la legislación anterior, pero no creemos que se trate de un caso de *ruptura* con una legalidad preexistente.

La sentencia que comentamos alude también a la de 28 de enero de 1983, de la Sala Especial de Conflictos Jurisdiccionales, para poner el énfasis en el carácter de «super-privilegio» (para ver el origen de esta curiosa denominación, *cfr.* Ríos Salmerón, *op. cit.*, página 331) que reviste el del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores. Pero la cita de esta interesante resolución (que en realidad son dos de la misma fecha, ampliamente comentadas por Gil Suárez, *Los créditos laborales...*, citado más arriba) no añade ninguna especial cualificación al razonamiento del Tribunal Supremo.

Por último, cabe formular alguna observación, a nuestro juicio, sobre la razón de fondo que motiva la decisión del Tribunal Supremo.

La sentencia comentada abunda en consideraciones de orden social, en torno, sobre todo, al carácter que el salario de los últimos treinta días reviste como ingreso destinado a subvenir las más perentorias necesidades de los trabajadores. Así, por ejemplo, el Considerando cuarto dice que «el interés del trabajador para la percepción de esa parte mínima de la retribución que le es debida se antepone a la garantía real que protege a los acreedores por hipoteca o prenda en atención a evidentes argumentos de protección social, que toman en cuenta la debilidad del asalariado, la cobertura de cuyas más perentorias necesidades se vería muy dificultada y hasta la imposibilitada de no serle concedido ese singular privilegio...».

Sin embargo, basar en este argumento radical teoría de la aplicación retroactiva del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores adolece, a nuestro juicio, del defecto de no tener en cuenta que no ya un mes de salario, sino hasta cuatro (en principio) son los que se hallan cubiertos por el Fondo de Garantía Salarial, según el artículo 33 del referido Estatuto.

En efecto, como pone de relieve Ríos Salmerón (*op. cit.*, página 164), atendido el carácter alimenticio del salario el legislador utilizó como primer remedio la técnica del privilegio. Pero este remedio dista mucho de ser satisfactorio, entre otras cosas por la

tardanza que todo apremio comporta. «Ha surgido por ello —dice el citado autor— un segundo mecanismo protector, generalizado en la sociedad occidental hacia la década de los años sesenta, consistente en la implantación de un fondo público, que, en nuestra patria, se nutre con aportaciones de los empresarios y se constituye en garante de salarios y de indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo, para caso de insolvencia del empleador, y que por eso cabalmente recibe la denominación de Fondo de Garantía Salarial».

La actuación del Fondo supone la imposibilidad de que el empresario pague, manifestada por su «insolvencia, suspensión de pagos, quiebra y concurso de acreedores», entendiéndose que existe insolvencia cuando «se haya despachado mandamiento de ejecución o de apremio de sus bienes (los del empresario) y del embargo subsiguiente no resulten bienes libres bastantes para el pago».

Con la importante salvedad, que subraya Ríos Salmerón (*op. cit.*, página 167), de que las prestaciones del Fondo no hacen aparición tras el agotamiento de todas las posibilidades que el privilegio salarial confiere, sino que, por obvias razones tuitivas, la ley se conforma con un ejercicio mínimo de los derechos del trabajador, sea porque se presupone la iniciación de un apremio singular, en el que no pueden ser embargados «bienes libres bastantes» (artículo 33.7 del Estatuto de los Trabajadores), sea porque abierto el proceso concursal se presupone cuando menos la insinuación del crédito.

Queremos con todo esto decir que intentar apoyar la tesis de la retroactividad en el carácter alimenticio de los treinta últimos días de salario, como si a falta de esa discutible medida jurídica no tuviese el trabajador otro medio de percibir dicha retribución, es desconocer la operatividad del Fondo de Garantía Salarial, que cubre con creces ese mínimo ingreso económico.

Y no creemos que se nos pueda objetar que con la tesis del Tribunal Supremo se consigue una rapidez en la percepción que los mecanismos de funcionamiento del Fondo no permiten, pues es evidente que no tiene por qué ser más rápido el desenlace de un procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria que el de uno de ejecución en Magistratura del Trabajo, tras el cual no se descubran «bienes libres bastantes» en poder del empleador, sobre todo si se tiene en cuenta que para invocar el crédito salarial en cuestión en un juicio de ejecución hipotecaria se debe requerir, cuando menos, la previa declaración de la existencia de ese crédito por parte de Magistratura.

e) La invocación, a mayor abundamiento, del artículo 32.1 b) de la Ley de Relaciones Laborales.

Como hemos visto, el Considerando de esta sentencia en que se aborda la cuestión de fondo contiene tres argumentos en pro de la desestimación del recurso. El tercero de ellos consiste en rea-

firmar el criterio del Auto recurrido, que entendió que bajo la expresión «inmuebles» a los que precisamente se incorpore su trabajo», que utilizaba el artículo 32.1.b) de la Ley de Relaciones Laborales, puede darse cabida a los inmuebles en que los trabajadores desarrollan su actividad, es decir, en el caso presente, las naves en que las trabajadoras en cuestión operaban para «Confec-ciones X, S. L.» y para sostener esta tesis, el Tribunal Supremo acude a la *ratio legis* de las garantías del salario y al espíritu y finalidad de protección al obrero (con lo que se menciona, sin citarlo, el artículo 3.º 1 del Código civil) que a su juicio inspiran dicha norma.

A este respecto, nos parece incuestionable que, por mucho que se extienda la palabra «incorporar», los inmuebles a los que «se incorpora» la actividad de los trabajadores son los *productos* de su actividad, no los constituidos por el lugar en que operan. Dicho en otras palabras, en la actividad de una empresa pueden distinguirse los bienes-capital y los bienes-producto, que resultan de la acción transformadora de la fuerza de trabajo y la tecnología sobre los bienes o factores de producción. A los bienes-producto es a los que el trabajo de los operarios «se incorpora». Y desde luego pueden ser inmuebles, como en el caso de una empresa de construcción o reparación de los mismos.

El razonamiento del Supremo no nos parece autorizado por ninguna regla hermenéutica, ni siquiera la del «espíritu y finalidad» de las normas, pero ésta, como cualquier otra, debe arrancar del sentido propio de las palabras, que según el artículo 3.º 1 del Código civil es el punto de partida para toda labor interpretativa.

Otra cosa es llegar a los confines de la «libre búsqueda del Derecho», lo que cuestiona entonces el significado de la seguridad jurídica que el artículo 9.º 3 de la Constitución garantiza.

Por otro lado, nos parece irreprochable el argumento que expresa la recurrente en su tercer motivo, es decir, el de que si se adoptara la interpretación del Auto recurrido se dejaría vacío de contenido el artículo 32.2 de la Ley de Relaciones Laborales, que expresamente aludía a los «muebles o inmuebles incorporados a la empresa o afectos a su actividad habitual» (aquí tendrían que entrar las naves de «Confec-ciones X, S. L.», objeto de la hipoteca), pero que los mencionaba como objeto de privilegio en favor de los trabajadores *excepto cuando concurriesen con acreedores hipotecarios o pignoraticios*. Esto es, con un grado de preferencia o rango diferente del que el Tribunal Supremo, en esta sentencia, establece.

Resta decir que nos hemos encontrado un solo autor, tanto bajo el régimen vigente como bajo los anteriores, que insinúe siquiera la interpretación que el Supremo sostiene aquí. Al contrario, Ríos Salmerón, en su documentada monografía *los privilegios del crédito salarial*, cit., página 92, pone de manifiesto la motivación refaccionaria que alcanza a los inmuebles en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y en la de Relaciones Laborales de

1976. Los inmuebles son aquellos a los que se incorpore el trabajo del empleado, es decir, que sean *resultado de su quehacer*. Por supuesto que el autor se refiere a los bienes del artículo 32.1.b) de la Ley de 1976. En suma, la tesis de Montoya Melgar que la entidad ejecutante citaba en el tercero de los motivos del recurso de casación.

En definitiva, no es todo ello otra cosa que la conocida doctrina de Marx sobre la incorporación de la fuerza del trabajo al producto. Un pasaje interesante es aquel en que dice: «Este desdoblamiento del *producto* —o sea, del *resultado* del proceso de producción en una cantidad de producto que se limita a materializar el trabajo contenido en los medios de producción o parte constante del capital, otra cantidad que no hace más que representar el trabajo necesario incorporado al proceso de producción, o capital variable, y por fin, una cantidad en la que se condensa el trabajo excedente añadido en el mismo proceso, o sea la plusvalía, es algo tan sencillo como importante, según hemos de ver cuando lo apliquemos a toda una serie de problemas complicados y que están aún sin resolver» (*El capital*, ed. esp., octava reimpresión, Méjico, 1973, vol. I, página 169).

En otro lugar afirma Marx que «el trabajador se relaciona con el *producto de su trabajo* como un objeto extraño» (*Manuscritos: economía y filosofía*, Madrid, 1968, página 106).

### 3. *La inadmisibilidad del recurso de casación y el significado de los pronunciamientos sobre el fondo. ¿Son éstos «jurisprudencia»?*

Un extremo que merece especial atención en la sentencia que comentamos es el referente a la inadmisibilidad del recurso de casación.

En efecto, ya el recurrente, en su motivo segundo, manifiesta que acude al recurso de casación aun comprendiendo que es *un tanto anómalo*, pero que es el que se ve obligado a interponer ante el fallo del auto recurrido.

La Sala, como no podía menos de ser, dedica su primer Considerando a dejar bien sentado que el recurso no tenía que haber superado el trámite de admisión, a tenor de los artículos 1.689 y 1.690 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Obice, dice el Supremo, que es «*esencial*».

No obstante, la Sala entra a conocer el fondo del asunto.

Ya es llamativo que el Tribunal no se limitara a formular el reparo de orden procesal, que habría bastado (como de hecho ocurre en tantas sentencias del Supremo) para omitir todo enjuiciamiento sobre el fondo de la cuestión. Parece como si la Sala hubiera tenido especial interés en entrar en dicho fondo, lo cual atribuye a la sentencia notable y redoblado interés, en cuanto posible ejemplo de política *judicial*.

A nuestro entender, partiendo de la base de que la causa de

inadmisión es causa de desestimación, y de que la inadmisión del recurso de casación produce el efecto de que la sentencia combatida quede firme por no haber lugar al examen de las infracciones de fondo o de forma denunciadas, hay que concluir que el que más tarde la inadmisibilidad opere no deja de impedir que esas infracciones se aprecien y, en buena técnica procesal, que se genere el mismo efecto de convertir en firme la resolución no susceptible de casación. El haber superado el trámite de admisión, a nuestro entender, no muda la naturaleza del auto, que sigue *siendo tan firme como si se hubiese declarado la inadmisión del recurso*.

Si todo esto es así, no sería dudoso que, siendo firme la sentencia de instancia, el Tribunal de casación no podría, por ser funcionalmente incompetente ante dicha firmeza, emitir consideraciones de fondo sobre los motivos de casación fundados en normas de Derecho material.

Cuando el Tribunal de casación tiene competencia funcional para examinar los vicios *in iudicando* e *in procedendo*, su razonamiento puede nutrirse de *rationes decidendi* y de *obiter dicta*, pero siempre que las primeras apoyen una decisión de fondo para cuya emisión el Tribunal es competente y las segundas sean afirmaciones de pasada que asistan a esos razonamientos centrales.

Lo que es más objetable es que si el Tribunal va a declarar firme la sentencia de instancia por inadmisibilidad del recurso, pueda, sin competencia funcional sustantiva y *ad abundantiam*, proferir las hipotéticas razones de Derecho que, en el caso de ser procedente el examen del tema de fondo, llevarían a una decisión desestimatoria, como en este caso sucede.

Se puede plantear, a nuestro juicio, la pregunta de si esa doctrina de fondo, sentada innecesariamente para la decisión que se adopta, constituye *jurisprudencia* del artículo 1.º 6 del Código civil, o si por el contrario es toda ella un *obiter dictum*, de notable autoridad por quien lo profiere pero sin valor para fundar un recurso de casación ulterior por infracción de *doctrina legal*. Y esto, en atención a que en el caso planteado no se trataba de aplicar la ley (ley sustantiva, advertimos), ya que el efecto declarado no dependía de la subsunción en una norma sustantiva del supuesto de hecho, sino de una operación previa, que hacía innecesaria la aplicación del Derecho material y descansaba en la inadmisibilidad del recurso. Se desprende así de la lectura del artículo 1.728 regla 1.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### 4. *La vía procesal utilizada para hacer valer el privilegio. Crítica.*

Como hemos señalado antes, el segundo motivo del recurso de casación interpuesto por la entidad ejecutante consistía en la alegación de haberse infringido el artículo 132.4, párrafo 6.º de la Ley hipotecaria.

Dicho precepto establece que «todas las reclamaciones que pue-

dan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versen sobre nulidad del título o de las actuaciones o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece la presente Ley».

La sociedad recurrente alegaba que este del juicio declarativo tenía que haber sido el procedimiento seguido por los trabajadores. «Mas nada de ello han realizado —dice el recurso— sino que con un simple escrito alegando su preferencia se han visto beneficiados en contra de los intereses de mi mandante por la declaración de tal preferencia en un auto de adjudicación de bienes procedente del procedimiento judicial sumario, con la indefensión que esto produce a mi representada...».

Recuérdese, en efecto, que celebrada la segunda subasta los trabajadores presentaron *un escrito* y copia de la sentencia dictada hacía pocos días por Magistratura. En dicho escrito alegaban su preferencia, al amparo del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. La ejecutante se opuso a la pretensión, en base a que los salarios reclamados se habían devengado antes de la entrada en vigor de dicho Estatuto. Dicho sea de paso, creemos que su argumentación era corta, pues aunque los salarios de los treinta últimos días de trabajo hubiesen sido posteriores a la citada entrada en vigor siempre se habría podido alegar la irretroactividad del meritado artículo 32 del reiterado Estatuto.

El hecho es que la defensa de la ejecutante no prosperó en Primera Instancia. El Juzgado, no se ve claro si en atención al artículo 32.1 del Estatuto o si por virtud del 32.1.b) de la Ley de Relaciones Laborales, dio por bueno el trámite procesal seguido por los trabajadores, extremo que no fue desautorizado por la Audiencia.

En cuanto a este punto dice el Tribunal Supremo en su quinto Considerando: «... tampoco puede ser acogido el segundo, basado en la infracción por el mismo concepto del artículo 132.4, párrafo 6.º de la Ley hipotecaria, pues además de que se trata de una cuestión nueva en el recurso, cuyo planteamiento contraviene la prohibición establecida en el número 5.º del artículo 1.629 de la Ley de Enjuiciamiento civil, nada tiene que ver lo dispuesto en tal precepto en orden a la improcedencia de suspender el desarrollo de unas actividades atenuadas exclusivamente a los pronunciamientos del Registro, ni siquiera con hipotética nulidad de actuaciones (sentencia de 12 de diciembre de 1950), remitiendo las posibles reclamaciones al juicio ordinario que por la cuantía corresponda, con la preferencia y protección dispensada a los créditos por salarios rotundamente afirmada en los párrafos 4 y 5 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, en términos tales que en las tareas de elaboración legislativa se ha llegado a calificar el correspondiente privilegio como «derecho de separación absoluto», determinante de una afección patrimonial que lo antepone al cré-

dito hipotecario, sin necesidad de que la preferencia sea declarada en los dilatados trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, cuando todos los antecedentes figuran en el proceso y su contenido no ha sido puesto en duda...».

Se observará lo rotundo del criterio de la Sala.

Sin embargo, su decisión nos parece discutible. No se trata sólo de que se haya entendido innecesario aplicar el artículo 132, cuarto, párrafo sexto, de la Ley hipotecaria, sino que se observa la inexistencia en este caso de un trámite procesal que haya servido cuando menos para depurar el título de ejecución (la sentencia recaída en Magistratura). Los trabajadores presentan un escrito en un momento procesalmente atípico, alegando su crédito, y una *copia* (no se dice si testimonio) de la sentencia de Magistratura. Y en base a ello, sin que mediase un trámite de cognición por muy elemental que fuera, y desde luego sin que mediara una fase de depuración del título de ejecución (como decíamos), el Juzgado, la Audiencia y la Sala Primera dan por bueno el procedimiento (en el sentido no procesal de la palabra, como «modo de actuar o proceder») y anteponen a la hipoteca expresa el salario de los treinta últimos días de trabajo de los trabajadores intervinientes.

Las razones que utiliza la Sala para seguir ese procedimiento son aceptables, desde luego, en un terreno ético o de protección de intereses, pero poco convincentes —creemos— desde un punto de vista técnico-procesal. La generalización de tal criterio puede conducir a fórmulas procedimentales constitutivas de verdadera ruptura con el *ius conditum* procesal.

La sentencia comentada viene a entender que el automatismo del superprivilegio es una emanación de la exigencia de tutela judicial efectiva y que el seguimiento del proceso ordinario a que el artículo 132 de la Ley Hipotecaria se refiere supone una indebida dilación en la celeridad con que aquel beneficio debe actuarse. Los efectos son los mismos que si la sentencia de casación hubiese inaplicado el precepto hipotecario por tratarse de una norma preconstitucional que conculcaba, en este aspecto, el artículo 24 de la Constitución y que, de acuerdo con una conocida jurisprudencia constitucional (Sentencias de 2 de febrero y 8 y 29 de abril de 1981), determinaba una incompatibilidad determinante del efecto previsto en la Disposición Derogatoria 3 de la Constitución misma, a cargo de los jueces y Tribunales ordinarios.

##### 5. Aspecto registral del problema

Como conclusión de este comentario, vamos a hacer alguna consideración sobre aspectos registrales de la cuestión planteada (el juego de los privilegios salariales), sugerido por el Auto de 18 de mayo de 1983 dictado por el Presidente de la Audiencia Territorial de Bilbao en recurso gubernativo interpuesto contra nota denegatoria del Registrador.

Una Caja de Ahorros inició un procedimiento judicial sumario en reclamación de un crédito concedido con garantía de unos inmuebles que habían sido adjudicados por Magistratura a favor de los trabajadores de la sociedad demandada.

La Magistratura de Trabajo no sólo adjudicó el inmueble a favor de los trabajadores, decisión que a todas luces era correcta, sino que incluso ordenó al Registrador de la Propiedad que cancelase la hipoteca previa de la Caja.

El Registrador denegó la inscripción del mandamiento de Magistratura, decisión que provocó que los representantes de la sociedad anónima laboral a cuyo nombre se cedieron los terrenos por parte de los trabajadores recurrieran contra la nota del Registrador. El suplico del recurso terminaba diciendo que «atendida la prioridad absoluta que reconoce el artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores a favor de la cesionario del remate en la subasta de los bienes a que afecta la ejecución, se declare ajustada a Derecho la cancelación de la meritada hipoteca, ordenada por la Magistratura núm. 2 de Trabajo de Vizcaya al Sr. Registrador de la Propiedad núm. 1 de los de Bilbao y, en consecuencia, se ordene el citado titular que proceda a cancelar la mencionada hipoteca en los términos interesados por el mandamiento de la Magistratura de Trabajo núm. 2 de Vizcaya de fecha 3 de agosto de 1982».

Evacuado informe por el Magistrado de Trabajo y por el Registrador de la Propiedad, se dictó el Auto a que nos venimos refiriendo, que declaró no haber lugar al recurso gubernativo en cuestión.

Reproducimos los *Considerandos* de esta interesante resolución:

**CONSIDERANDO:** Que se impugna a medio del presente recurso gubernativo, interpuesto al amparo del art. 66 de la Ley Hipotecaria y artículos 112 y siguientes de su Reglamento, la calificación del Sr. Registrador de la Propiedad núm. 1 de Bilbao, de 22 de diciembre de 1982, denegatorio de la cancelación de la hipoteca inscrita a favor de la Caja de Ahorros Vizcaína con fecha 10 de julio de 1979, al folio 157 del libro 185 de Erandio, finca número 13.150, inscripción 1.<sup>a</sup> de agrupación, edificación e hipoteca, cuya cancelación venía ordenada en el mandamiento expedido por el Sr. Magistrado de Trabajo núm. 2 de Vizcaya en los autos 397 bis de 1982 en periodo de ejecución, a instancia de José Antonio Moryllón Candosa y otros, contra la empresa Aplinsa (Auxiliar de Plantas Industriales, S. A.), señalándose en la calificación como defecto insubsanable a no ser que se tratara de una simple omisión del título —*no resultar del mandamiento la notificación del procedimiento al titular de la hipoteca, de conformidad con lo dispuesto en el art. 131 regla 5.<sup>a</sup> en relación con el art. 133 párrafo 2.º, ambos de la Ley Hipotecaria y art. 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento civil.*

CONSIDERANDO: Que frente al expresado fundamento de la calificación denegatoria opone el ahora recurrente: 1.<sup>a</sup> Que el Sr. Registrador se ha extralimitado en su facultad calificadora, pues de acuerdo con lo dispuesto en el art. 99 del Reglamento Hipotecario, cuando se trata de examinar documentos judiciales, como ocurre en el caso presente, la función del Registrador, queda limitada a controlar la competencia del Juzgado o Tribunal, la congruencia del mandato con el procedimiento, las formalidades extrínsecas del documento y los obstáculos que surjan del Registro, en ninguno de cuyos supuestos encaja, a su juicio, la decisión denegatoria que ahora se impugna y 2.<sup>a</sup> porque los preceptos invocados por el Sr. Registrador, no resultan aplicables a casos como el presente, en que se pretende la cancelación de la hipoteca constituida, en base al super-privilegio que a los trabajadores concede el art. 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley de 10 de marzo de 1980, al conceder preferencia absoluta a los créditos por salario por los últimos treinta días de trabajo, incluso respecto de créditos garantizados por prenda o hipoteca.

CONSIDERANDO: Que en cuanto al primer motivo del recurso, si bien es cierto que los Registradores no pueden entrar a calificar el orden riguroso del procedimiento que dé lugar a actos registrables, también lo es que en el examen de la debida congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, cabe la comprobación de si el titular registral, cuyo derecho se pretende erradicar del Registro, *ha sido legalmente citado, notificado o emplazado*, ya que en otro caso se desconocería un principio capital del ordenamiento jurídico, cual es el de que *nadie puede ser condenado sin ser citado y vencido en juicio*.

CONSIDERANDO: Que naturalmente esta citación o emplazamiento tiene que realizarse de acuerdo con lo dispuesto en las normas procesales contenidas fundamentalmente en los arts. 260 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de entre los cuales conviene destacar el art. 269, en cuanto reserva la notificación edictal para los supuestos en que sea desconocido el domicilio de la persona que deba ser citada, notificada o emplazada.

CONSIDERANDO: Que por tal razón no cabe acoger la alegación del recurrente al entender que el llamamiento al procedimiento de la titular registral, ya se había realizado en los edictos *anunciadores de la subasta*, pues *esta publicación tiene una finalidad distinta*, cual es la de hacer saber al público en general su celebración, y aunque en dichos edictos se hiciera constar que se ejercitaba la prioridad absoluta del art. 32.1 del Estatuto del Trabajador, tal genérica

indicación, no podía sustituir la notificación individualizada y específica a la titular registral.

**CONSIDERANDO:** Que declarada la facultad del Sr. Registrador para examinar si en el procedimiento del que dimana el mandamiento dirigido al Registro, se ha dado la oportunidad de intervenir a los titulares registrales eventualmente afectados y declarada igualmente la insuficiencia a este efecto de la publicación edictal respecto de entidades con notorio domicilio conocido se llega al verdadero meollo de este recurso cual es el de si efectivamente *era preceptivo el regular llamamiento al procedimiento de la titular registral de la hipoteca*, cuya cancelación se ordena por la Magistratura de Trabajo.

**CONSIDERANDO:** *Que la necesidad de tal llamamiento e incluso de un previo proceso ante la jurisdicción civil ordinaria, con esta específica finalidad cancelatoria, resulta patente figurada como parte demandada el titular registral*, pues si la Ley Hipotecaria en la regla 5.ª del artículo 131, y la de Enjuiciamiento civil en su art. 1.490, exigen la notificación de la vía de apremio a los titulares de cargas e hipotecas constituidas con posterioridad al crédito del ejecutante, con la clara finalidad de que éstos puedan intervenir en el procedimiento a fin de poder defender sus derechos, bien satisfaciendo el crédito del ejecutante, para situarse en su lugar, bien para procurar obtener el máximo producto de la finca, con más razón se muestra necesaria tal notificación en el caso presente, pues si se entiende, como lo ha entendido aunque sea erróneamente la Magistratura de Trabajo, que el super-privilegio del art. 32.1 del Estatuto de los Trabajadores opera automáticamente y sin más, la hipoteca pasaría a situarse en rango posterior al crédito laboral, o sea prácticamente quedaría como segunda hipoteca, lo que exigiría, obviamente la notificación a su titular como ordena el art. 1.420 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**CONSIDERANDO:** Que con independencia de la anterior motivación, que en esencia recoge el principal fundamento de la nota calificadora, surge el argumento que constituye el verdadero obstáculo a la cancelación de la hipoteca declarada —y ordenada— en el auto de la Magistratura de Trabajo, el de que *el superprivilegio establecido en el ya citado art. 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, no opera, ni puede operar de forma automática*, desconociendo y arrollando derechos protegidos por la fe pública registral, que se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales, como declara el art. 1.º de la propia Ley Hipotecaria, sino que requiere *un previo reconocimiento judicial en proceso seguido ante la jurisdicción ordinaria, con intervención del acreedor hipoteca-*

*rio, pues una cosa es el super privilegio establecido a favor de los trabajadores por los salarios de los últimos treinta días de trabajo, que evidentemente goza de preferencia sobre cualquier otro crédito, incluso sobre los garantizados por hipoteca y otra muy distinta el modo y lugar de hacer valer el privilegio frente al sujeto obligado a soportarlo.*

CONSIDERANDO: Que evidentemente el art. 32.1 del Estatuto de los Trabajadores lo que otorga es un derecho a los trabajadores, en quienes concurran las circunstancias y requisitos que lo configuran, consistente en poder anteponerse a créditos que de otra forma resultarían preferentes; pero como todo derecho requiere para su efectividad *la declaración judicial de su existencia venciendo en el procedimiento adecuado al sujeto obligado*, en este caso los acreedores hipotecarios sacrificados en aras del fin social perseguido por el legislador.

CONSIDERANDO: Que en consecuencia en el caso que nos ocupa la cancelación de la hipoteca constituida a favor de la Caja de Ahorros Vizcaína *sólo puede acordarse en un procedimiento seguido ante la jurisdicción ordinaria civil*, única competente para resolver sobre preferencias de créditos de distinta naturaleza, como reiteradamente viene reconociendo nuestra jurisprudencia —véase por todas Sentencias de 30 de octubre de 1963—, en el que por otra parte, se acrediten frente al titular del crédito que se pretende sacrificar, *la concurrencia de los requisitos que condicionan y limitan el derecho a este superprivilegio*, cuales son: 1.º que el crédito *corresponde realmente a los treinta últimos días de salario devengado*; 2.º que en su cuantía no supera el doble del salario mínimo y 3.º que en el embargo trabado se ha respetado el orden del art. 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CONSIDERANDO: Que por otra parte tampoco puede olvidarse que *la cancelación de los derechos reales inscritos, por su trascendencia está sometida a un régimen especial y riguroso*, y así el art. 82 de la Ley Hipotecaria señala que las inscripciones hechas en virtud de escritura pública no se pueden cancelar en contra de la voluntad de la persona favorecida, sino en virtud de sentencia judicial firme, dictada, evidentemente, en proceso dirigido contra dicho titular.

CONSIDERANDO: Que no se opone a lo anterior el párrafo segundo del mismo precepto, en cuanto exceptúa de dicha regla, los casos en que el derecho inscrito quede extinguido por declaración de la Ley, ya que el art. 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, no ordena cancelar las posibles hipotecas que se opongan al crédito preferente de los trabajadores, sino que, simplemente, se limita a reconocer un

derecho, que puede hacerse valer judicialmente, para obtener la cancelación.

CONSIDERANDO: Que en resumen la decisión de la Magistratura de Trabajo núm. 2 de Vizcaya, al declarar y ordenar la cancelación de la hipoteca inscrita a favor de la Caja de Ahorros Vizcaína, *ha incurrido en un patente exceso de jurisdicción, arrogándose facultades propias y exclusivas de la jurisdicción ordinaria*, única competente para resolver sobre derechos civiles, como el de hipoteca, *aparte de que ni tan siquiera del auto judicial se desprende que concurren los requisitos necesarios para la existencia del superprivilegio de que se trata*, aunque ciertamente tal extremo quedaría fuera de la función calificadora del Registrador, pero no la de comprobar que el mandamiento de cancelación se ha dictado por órgano competente y en el procedimiento adecuado.

Repárese, en primer término, en la importancia que, con razón, asigna el Auto a la ausencia de notificación a la Caja acreedora del procedimiento seguido en la Magistratura.

Pero la médula de la cuestión se halla sin duda en la forma en que el Magistrado de Trabajo consideró que había de jugar el llamado superprivilegio del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores.

El Magistrado entendió que dicho privilegio juega de forma automática, lo que le condujo a ordenar al Registrador la cancelación de la hipoteca de la Caja sin haber existido el más elemental trámite de contradicción o cognición sobre esa cuestión de fondo.

El Auto, por el contrario, y a nuestro juicio con acierto, manifiesta que no puede operar el mentado privilegio *sin un previo reconocimiento judicial en proceso seguido ante la jurisdicción ordinaria y con intervención (es decir, citación) del acreedor hipotecario*.

Resultan, pues, del Auto en cuestión, dos consecuencias: en primer lugar, que para que opere el reiterado superprivilegio es precisa su declaración judicial, afirmación que parece incuestionable, ante la necesidad de que todo proceso de ejecución se desencadene en virtud del poder transformador del título ejecutivo, que atañe a las sucesivas integridad y composición del patrimonio del ejecutado. En segundo término, que esa declaración de preferencia del crédito salarial tiene que derivar de un procedimiento seguido ante la jurisdicción ordinaria, a la que se califica de única competente para resolver sobre preferencias de créditos de distinta naturaleza; discrepando, en este punto, del criterio del Tribunal Supremo, el auto entiende implícitamente que la cognición ordinaria es aquí cauce de tutela judicial eficaz y en modo alguno significa indebida dilación de la Administración de Justicia.

Dejamos formulados ambos pronunciamientos, merecedores sin duda de otro comentario.

## **LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS CLAUSULAS ESTABILIZADORAS DE LA RENTA ARRENDATICIA URBANA**

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1983)

Por JOSE BONET CORREA

**SUMARIO:** 1. El caso de autos y las decisiones de instancia, apelación y casación. 2. La importancia y las consecuencias jurídicas de la elección del índice de revisión o de actualización de la renta. 3. La naturaleza jurídica de las cláusulas de estabilización.

### 1. EL CASO DE AUTOS Y LAS DECISIONES DE INSTANCIA, DE APELACION Y CASACION

El propietario de la planta baja de un edificio lo arrienda como local de negocio el veinte de octubre de mil novecientos setenta y dos y, entre otros pactos, conviene con el arrendatario, en la cláusula tercera del contrato, que: «El alquiler pactado se revisará cada tres años, sirviendo de módulo la variación que experimente el metro cuadrado en la calle Llanera de Ranés, a efectos del arbitrio sobre el incremento de valor de los terrenos, según los índices que publique el Ayuntamiento de Valencia».

Una vez pasados los tres años, y llegado el momento de revisar la renta, el arrendador notifica al arrendatario, el día veinticuatro de octubre de mil novecientos setenta y cinco, la cuantía actualizada de dicha renta. El arrendatario se opone a la revisión de la renta y en la contestación a la demanda alega que la cláusula suscrita es nula de pleno derecho, de acuerdo con el espíritu que informa la normativa arrendaticia respecto a la renta y la múltiple jurisprudencia al respecto.

El Juez de Primera Instancia, en su Sentencia de veintiuno de diciembre de mil novecientos setenta y nueve desestima íntegramente la demanda y, concretamente, respecto a la cláusula tercera del contrato de arrendamiento del local que tenía por objeto la revisión de la renta, la declara como nula de pleno derecho y, por tanto, debe considerarse como no puesta, condenando al actor reconvenido a estar y pasar por tal declaración, sin que pueda exigir al arrendatario aumento de la renta con base a la indicada cláusula.

El arrendador interpone recurso de apelación contra esta Sentencia de Primera Instancia ante la Audiencia Territorial, la cual, en Sentencia de cuatro de diciembre de mil novecientos ochenta, confirma en todas sus partes la Sentencia apelada.

A la vista de lo ocurrido, el arrendador eleva ante el Tribunal Supremo recurso de casación por infracción de Ley contra la sentencia pronunciada por la Sala primera de lo Civil de dicha Audiencia Territorial. El Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de junio de 1983, estima que: «Respecto de la nulidad de la estipulación tercera de las que rigen el contrato vigente entre las partes, reguladora de la renta pactada, nulidad que es declarada por

entender el juzgador de instancia que, en tal cláusula, sólo se contempla el supuesto de aumento de renta del local, con exclusión de toda posible alternativa, por consecuencia, según la sentencia combatida de «la propia naturaleza definitiva del impuesto Incremento del Valor de los Terrenos» cuyas variaciones son las utilizadas por los contratantes como punto de referencia, a los pretendidos fines estabilizadores de la renta pactada, el cual, impuesto, otra vez según la sentencia impugnada, no constituye «un modo regular de adecuación de la renta en más o en menos, sino siempre y en todo caso un incremento», conclusión ésta que el recurrente contradice en el ordinal primero de los motivos del recurso».

El Tribunal Supremo, además, añade: «Considerando que el primero de los motivos de casación que, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la ilegalidad, por inaplicación del artículo mil doscientos cincuenta y cinco del Código en relación con los noventa y siete, noventa y ocho y cien de la Ley Arrendaticia, de la estimación hecha por la Sala de instancias de la acción reconvenzional, ejercitada en el proceso por el arrendatario demandado, relativa a la nulidad de la cláusula tercera del contrato de arrendamiento cuestionado, suscrita con la finalidad de mantener estable el precio del arriendo, tal y como está previsto por los artículos mil doscientos cincuenta y cinco del Código civil y cien de la Ley de Arrendamientos Urbanos, es, por el contrario acogible a este trámite casacional, ya que, del texto de tal cláusula, expresivo de que «el alquiler pactado se revisará cada tres años sirviendo de módulo la variación que experimenta el valor del metro cuadrado en al calle Llanera de Ranes a efectos del arbitrio sobre el valor de los terrenos» no se sigue, como entiende la Sentencia impugnada, que, necesariamente, tal cláusula haya de operar, en cada revisión, siempre al alza, razonamiento que, sólo en parte, esto es, en cuanto excluya la baja, sería cierto si la venta hubiese de ser modulada, terrenalmente, precisamente conforme al arbitrio municipal de plus valía vigente en cada momento en la zona en que el inmueble arrendado se ubica, más no lo es, en absoluto, cuando la circunstancia externa variable, a seguir para el precio del arriendo, está constituida como señala la cláusula en cuestión, por «la variación que experimente el valor del metro cuadrado en la calle Llanera de Ranes...», ya que el resto de la estipulación —«a efectos del arbitrio sobre incremento del valor de los terrenos»— claramente carece de operatividad, no siendo sino un modo de revelar la existencia, y el montante fiscal, en su caso, de aquella variación que, ha de derivarse de los índices periódicos que el Ayuntamiento viene, legalmente, obligado a confeccionar para cada una de las zonas, manzanas o calles, que según los artículos quinientos once de la Ley de Régimen Local y noventa y dos, dos primera, del Decreto tres mil doscientos cincuenta/mil novecientos setenta y seis, de treinta de diciembre, y el propio Ayuntamiento juzgue oportuno establecer, con el efecto de dejar así, formalmente, fijados los tipos unitarios del valor corriente en venta de los terrenos enclavados en tales zonas, para cada período de tiempo y poder exaccionar el arbitrio, a la vista de la diferencia entre este valor, en el momento de cerrarse el período impositivo —transmisible del inmueble— y el que el propio terreno tenía asignado en el instante de iniciarse

dicho período, diferencia que si, normalmente, suele ser positiva, ello no descarta la hipótesis —y de aquí la validez de la cláusula en estudio tal y como figura redactada— de que el valor posterior resulte municipalmente estimado por debajo del precedente a consecuencia de posibles variaciones en el aprovechamiento urbanístico del terreno, determinantes de un menor valor corriente en la venta del mismo, valor que constituye, conforme a la normativa citada, la base del impuesto y que, en esta hipótesis de minoración, privaría al ente impositor de la potestad de exaccionar en concepto de arbitrio de plusvalía, al tiempo que, en el caso contemplado en el contrato de arrendamiento enjuiciado, atribuiría, al arrendatario, la facultad de pedir una correlativa reducción de la renta a satisfacer».

Por tanto, «considerando que el razonamiento precedente al poner de manifiesto que la cláusula anulada por la Sentencia combatida, no es sólo de incremento de la renta del arriendo, conduce a estimar este punto»... por lo que, el Tribunal Supremo falla que «ha lugar a la casación y anulación de la Sentencia dictada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial», añadiendo en segunda sentencia la declaración de «improcedencia de la disposición de la misma que anula la cláusula tercera del contrato de arrendamiento suscrito entre los litigantes D. H. G. y D. V. B., en fecha de veinte de octubre de mil novecientos setenta y dos, cláusula estabilizadora cuya validez expresamente se mantiene».

## 2. LA IMPORTANCIA Y LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA ELECCION DEL INDICE DE REVISION O DE ACTUALIZACION DE LA RENTA

La cuestión fundamental que se debatió entre las partes, desde la primera instancia hasta llegar al Tribunal Supremo, así como lo tratado por los juzgadores en sus decisiones y sentencias, se centró principalmente en sí el módulo o índice económico, elegido por las partes para la revisión de la renta, implicaba o no un exclusivo incremento en beneficio del arrendador. Como queda visto, se examinó detalladamente si el módulo elegido era un mecanismo exclusivamente concebido para la elevación de la renta y, por tanto, si no permitía una posible oscilación de su valor, en más o en menos, excluyendo la posibilidad de su disminución o rebaja. En definitiva, si la revisión de la renta sólo toma en cuenta el interés del arrendador y suprimía el del arrendatario o bien permitía el contemplar el de ambas partes.

De este modo resultaban com implícitas las cuestiones referentes a la distinción entre las auténticas cláusulas de estabilización o de actualización de la renta y las meras cláusulas de elevación o de aumento de la misma. Aunque el demandante alegó las posibilidades legales que permiten las partes el pactar válidamente la revisión de la renta mediante el empleo de una cláusula estabilizadora, tanto, según el Derecho común (art. 1.255 del C. c.), como por el ordenamiento especial de arrendamientos urbanos (artículos 97, 98 y 100 de la LAU), tampoco fueron un objeto explicitado en el debate por los litigantes y por los tribunales, al implicarlo y sobreentenderlo implícitamente.

Al juzgador de instancia, para declarar la nulidad de la cláusula pactada por las partes en el contrato de arrendamiento, le bastó apreciar que con el módulo elegido sólo se contemplaba el supuesto de aumento de la renta del local, con exclusión de toda posible alternativa de reducción, por lo que advierte cómo el índice o módulo económico elegido, «no constituye un modo regular de adecuación de la renta en más o en menos, sino siempre y en todo caso un incremento». En el caso concreto del módulo pactado por las partes (el de «la variación que experimente el metro cuadrado de la calle Llanera de Ranés, a efectos del arbitrio sobre el incremento del valor d los terrenos, según los índices que publique el Ayuntamiento de Valencia»), conducirán al Juez de Primera Instancia a concluir que «la propia naturaleza definitoria del impuesto —incremento de valor de los terrenos— antes de Plusvalía—, ha de suponer aumento».

La Audiencia Territorial entendió igualmente que el módulo o índice económico elegido por las partes era únicamente en beneficio del arrendador, por lo que confirma en todas sus partes la Sentencia apelada de Primera Instancia.

En cambio, el Tribunal Supremo va a coincidir con los argumentos del arrendador en cuanto a que el módulo de actualización implica los aumentos o disminuciones que experimente el valor del suelo sobre el que está constituido el local arrendado. Con ello —aunque no se manifieste—, el índice elegido carece de alcance especulativo, tan sólo tiene la aleatoriedad positiva o negativa respecto al incremento o baja que experimente el valor de los terrenos de la zona urbana en que está enclavado el inmueble arrendado.

También es muy importante que el módulo elegido para apreciar el alcance valorativo que lleva a cabo la revisión de la renta guarde la adecuada relación dentro del ámbito urbano. Este aspecto, que fue muy considerado por la doctrina y la jurisprudencia (1) francesa a la hora de considerar la validez o invalidez de una cláusula estabilizadora añadida a un contrato, creo que también debe ser puesto de relieve para el caso de autos como un argumento decisivo respecto a la proporcionalidad y reciprocidad de los intereses entre las partes contratantes.

Es muy frecuente que las partes a la hora de elegir un módulo o índice económico de valor, se equivoquen en su elección; o bien por que pretenden conseguir el mayor beneficio posible, advirtiéndose su carácter especulativo e inadecuado (como sería para un arrendamiento un índice referente a un índice económico u otro producto en constante alza), quedando, por lo demás, fuera del ámbito específico del objeto contratado, o bien porque ante la constante y sucesiva tendencia inflacionista, les parece natural a los arrendadores que la actualización implique una elevación de la renta, no poniendo cuidado al redactar la cláusula y expresarlo así, sin advertir que dicha cláusula queda desnaturalizada, y, lo que se pretende sea de estabilización de la renta resulta de mera y exclusiva elevación de la misma.

---

(1) Cfr. BONET CORREA, J.: *Arrendamientos urbanos con renta actualizada. Cláusulas de estabilización y elevación ante el Tribunal Supremo*, 4.ª ed., Pamplona, 1982.

La elección del módulo o índice económico que hagan las partes debe ser aquel que refleje lo más objetivamente posible la alteración del poder adquisitivo de la suma o cuantía de la renta pactada. De aquí que el índice deba implicar tanto aspectos monetarios de la coyuntura en que se aplique como consideraciones del ámbito económico concreto en que se establecen los intereses de las partes.

Así, un índice que se refiera a una coyuntura de monedas ajenas a nuestra unidad monetaria de curso legal deja de guardar la relación y proporción debidas en el marco de nuestras transacciones de carácter exclusivamente interior y se mostrará francamente especulativo. En cambio, no es el caso cuando se mueva dentro de los márgenes de las alteraciones monetarias generales (inflación, deflación, etc.) ocurridas a la propia peseta.

Igualmente, la elección de un índice valorativo que quede fuera del ámbito de la relación contractual entablada por las partes, no guardaría ni una relación de intereses ni un equilibrio económico de reciprocidad y conmutabilidad de las obligaciones contraídas. En el caso de autos, precisamente el módulo de valoración es específico y propio del ámbito inmobiliario urbano, sin que resulte especulativo, ni unilateralmente favorecedor de una sola de las partes que contratan el arrendamiento. La serie de razones económicas que expone el Tribunal Supremo en esta Sentencia tienden a avalar este último aspecto concreto de la eficacia ambivalente en cuanto a las partes, y como consecuencia, de su plena validez contractual. Porque se trata de un módulo o índice de valor económico que por carácter aleatorio puede ascender o rebajarse, ya que se adecúa no sólo a criterios monetarios, económicos o sociales, sino también financieros, estructurales, urbanísticos y sectoriales, tal como se configura este tipo de impuesto fiscal.

En definitiva, el módulo o índice que se elija para la revisión de la renta de un arrendamiento urbano, en particular, como el que se determine para otra cualquiera cláusula estabilizadora o de actualización en general, tiene que participar de la naturaleza jurídica recíproca y ambivalente, equitativa y equivalente, sinalagmática y bilateral. De lo contrario, no estaríamos ante una auténtica cláusula de estabilización; de no ser así el contrato contendría otro tipo de cláusula o pacto que no fuere el genuino de estabilización.

### 3. LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION

Una cláusula de estabilización es un convenio o pacto entre las partes contratantes por el cual se establece una previsión respecto al mantenimiento futuro de la equivalencia patrimonial entre el valor inicial, sus prestaciones y el de un índice económico posterior, especialmente si una de ellas tiene por objeto una suma o cantidad de dinero.

Cuando el valor equivalente de una de las prestaciones se ha concretado en una suma de dinero, como es el caso de la renta en el contrato de arrendamiento urbano, se ha realizado pensando en el poder adquisitivo de esa

suma o cantidad, es decir, con la que se pueden obtener otras cosas, bienes o servicios a cambio, no sólo para ese momento inicial, sino también posteriormente, durante la vigencia en que dure la relación contractual obligatoria.

En principio, para toda relación obligatoria de tracto sucesivo, o sea, que va a durar durante un período o períodos largos de tiempo (por ejemplo, más de un año), el nominalismo monetario acogido por los legisladores para regir las deudas de dinero («una peseta igual a una peseta»), pretende garantizar no sólo la permanencia cuantitativa de la suma o cuantía prometida, sino también su valor cualitativo o poder adquisitivo. Pero ello, sólo es cierto en cuanto al primer aspecto cuantitativo de la moneda, ya que deja de serlo por las alteraciones monetarias (inflación, deflación), las económicas (recesión, encarecimiento de los productos básicos y energéticos) y las sociales (paro, huelga, etc.). Todos estos eventos externos y tan sólo mediatos al mantenimiento de la identidad y equilibrio patrimonial de la relación obligatoria, con el paso del tiempo destruirán el poder adquisitivo del dinero, de tal modo que la cuantía de la renta pactada, a pesar de seguir siendo la misma, dejará de tener el valor equivalente por el que, precisamente, el acreedor o arrendador había celebrado el contrato. Mientras tanto, el arrendatario se beneficia a su costa. Un contrato que no es aleatorio, como el arrendamiento urbano, sino bilateral, recíproco, oneroso y conmutativo, de pronto se quiebra y se desnaturaliza convirtiéndose en todo lo contrario.

Es de justicia, pues, que si el principio nominalista no viene corregido normativamente por el legislador por la previsión de preceptos valoristas, sean las mismas partes quienes provean a remediar con diligencia y visión de futuro mediante un convenio o pacto que venga a corregir el desequilibrio económico o valorativo acaecido entre las prestaciones inicialmente convenidas. Ahora bien, este pacto o convenio ha de corresponder a la misma naturaleza jurídica del contrato, por lo que ha de tener efectos bilaterales y correspondientes, conmutativos y equivalentes; o sea, que, en definitiva, ha de ser un pacto o cláusula de estabilización.

Los pactos o cláusulas de estabilización tienen, así, una naturaleza jurídica genuina y propia para cumplir esa función de mantener el equilibrio patrimonial entre las prestaciones de las partes, evitando con su correlación y proporcionalidad entre el índice o módulo económico elegido por las partes, los desequilibrios respecto de cualquiera de ellas y no para una exclusivamente. Si así ocurriera, dejaría de ser un pacto o cláusula de estabilización, a pesar de que las partes las denominaran de tal modo; estaríamos ante un pacto que, por carecer de un efecto bilateral para ambos contratantes y ser en exclusivo beneficio de uno sólo, produciría una disminución o aumento de la cuantía de la prestación. De aquí que, en el contrato de arrendamiento también se reflejaría la ausencia de bilateralidad en la renta, advirtiéndose el beneficio o el perjuicio para una sola de las partes, dejándose de esta manera el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes. Los efectos y consecuencias jurídicas de uno y otro pacto son radicales y de signo contrario. Mientras que por su propia naturaleza jurídica una cláusula de estabilización es un pacto o cláusula no contrario a la ley, a la moral

ni al orden público (art. 1.255 del C. c.), y, por tanto, plenamente válida; en cambio, un pacto o cláusula de mera exclusividad o beneficio de una de las partes carece de validez y es nulo (art. 1.256 C. c.), ya que le faltan las necesarias características de bilateralidad, reciprocidad y equivalencia, respecto de las prestaciones contractuales.

En el ordenamiento positivo especial de arrendamientos urbanos, todavía es necesario advertir las diversas modalidades potestativas que se concede a la autonomía de la voluntad de las partes respecto a la renta: en cuanto a su libre estipulación inicial (art. 97 LAU), respecto al acuerdo de su posible aumento o reducción posterior (art. 98 LAU), o para convenir y prever un «sistema de actualización» futura de la renta (art. 100 LAU).

Dentro de este «sistema de actualización» de la renta es donde entran los pactos o cláusulas estabilizadoras tal como, por lo demás, se ha reconocido por una constante jurisprudencia del T. S., bien para las viviendas como para los locales de negocio (2). Su identificación se hace precisa y determinada cuando el índice o módulo de estabilización sea el precio de una mercancía o producto, el valor de otra moneda o divisa, o ya un coeficiente medio (como el IPC = «índice medio de precios al consumo»). El cuidado que las partes han de tener en cuenta para la elección de dicho índice debe ser el que carezca de carácter especulativo y su necesario equilibrio en relación con el objetivo y la finalidad contractual de las prestaciones que llevan a cabo a fin de que se guarde una proporción equitativa y justa. De otra manera el juzgador advertirá pronto su desnaturalización y carencia de estabilización respecto a la conmutabilidad necesaria.

En el caso de autos, según queda visto, fue este aspecto concreto de la bilateralidad, o no, de los efectos del índice económico elegido por las partes para estabilizar cada tres años el valor en alza o en baja de la renta, el que planteó la cuestión fundamental. Mientras que fue considerado su único efecto en alza por la primera instancia y la de apelación, con la consecuencia de ser en exclusivo beneficio del arrendador y en perjuicio del arrendatario, considerándose, pues, nulo el pacto, el Tribunal Supremo demuestra el error acaecido, advirtiendo la ambivalencia de sus efectos tanto a la alza como a la baja, por lo que casa la sentencia de apelación y declara lícito y válido el pacto de estabilización.

---

(2) Cfr. RIST: *L'échelle mobile dans les contrats e dans les jugements*. París, s. a.; TOULEMON: *Les étapes de la jurisprudence en matière d'échelle mobile*, en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, XI-4 (1958), p. 697 ss.; HUBRECHT, *Wertsicherungsklauseln im französischen Recht*, en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 11 (1964), p. 346; DOUCET, *L'indexation*. París, 1965; FAU G. DEBEAURIN: *L'indexation des contrats*, París, 1971; DE LA MARINIERRE: *Observations sur l'indexation come mesure de valeur*, en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1 (1974), p. 54; MEZGER: *Entwicklung der Rechtsprechung und Gesetzgebung auf der Gebiete der Indexklauseln in Frankreich seit 1958*, en *Arbeiten zur Rechtsvergleichung*, 25 (1976), p. 78 ss.; BRICKS, *Les clauses abusives*, París, 1982; «*Le Droit nouveau de la location. Loi Quilliot du 22 juin 1982*», París, 1983; LEVY, J. Ph., *Note: Nullite d'une clause d'indexation*. Trib. Grand. Inst. Le Mans, 1er marz., 1983, en *J. C. P.*, 1983, II, 19991; LAFOURCADE, J.: *Pour un renouveau des obligations indexées*, en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* (1983), p. 51.

## **LA FECHA DE VALORACION DE LOS BIENES DONADOS SUJETOS A COLACION**

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1982)

Por JOSE BONET CORREA

### **1. EL CASO DE AUTOS Y LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES**

En el caso de autos un matrimonio dona a uno de sus seis hijos el 11 de noviembre de 1948 el caserío con sus pertenencias, que, prácticamente, componía todo el haber hereditario. Los donantes ordenaron en la escritura que el importe de la donación se imputase a los tercios libre y de mejora de sus respectivas herencias, en cuanto excediese de las legítimas respectivas.

Al fallcimiento de los causantes no quedaron otros bienes patrimoniales que les pertenecieran, por lo que la donación a uno solo de los hermanos se pide por los demás que sea reducida, al considerarla inoficiosa, ya que perjudica íntegramente los derechos de la legítima de los coherederos. Tramitado el juicio de testamentaria y realizada la partición, lo que es objeto de discusión entre los coherederos es la fecha para la valoración del caserío donado: si ha de serlo con arreglo a lo dispuesto por la antigua redacción del artículo 1.045 del Código civil, o bien si han de tomar en cuenta las alteraciones monetarias y concluir por aplicar lo dispuesto por la vigente redacción del artículo 1.045.

La antigua redacción del artículo 1.045 del Código civil establecía que el valor de los bienes donados era el que tenía en la fecha de dicha donación. Conforme a aquella redacción, al ser realizada la liberalidad del caserío por los padres a uno de sus hijos en el año 1948, su valor ascendía a unas cien treinta y nueve mil cuatrocientas cincuenta y tres pesetas, según la tasación pericial.

En cambio, según la nueva redacción del artículo 1.045, el valor de la cosa donada será el del «tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios», lo cual, al haberse hecho en el año 1971, el importe del caserío alcanzaba la cifra de tres millones doscientas cincuenta y cinco mil trescientos treinta y dos pesetas.

Al estar en desacuerdo el donatario, con lo pretendido por los demás legitimarios, se entabla pleito y el Juez de Primera Instancia, en su Sentencia de 8 de marzo de 1978, declara que la donación del caserío es inoficiosa por perjudicar la legítima de los coherederos de los donantes, debiendo ser reducida en cuatro veintiuna-ava parte.

Contra esta sentencia se interpone recurso de apelación ante la Audiencia Territorial que estima, en parte, el recurso, por lo que declara que las legítimas paterna y materna de cada uno de actores de la primera demanda consiste en una veintiuna-ava parte del valor asignable en el mes de agosto de 1971 al terreno o terrenos que constituyen el caserío y sus pertenencias,

con exclusión de las edificaciones sobre ellas levantadas y de las mejoras realizadas en la finca por el donatario, cuyo valor habrá de determinarse en ejecución de sentencia.

El donatario, todavía descontento de este resultado, interpone recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal ante el Tribunal Supremo, el cual considera que no ha lugar en base a los siguientes razonamientos:

Que la colación de bienes, como operación previa a la partición de herencia, definida en el artículo 1.035 del Código civil en su sentido estricto, tiene una acepción más amplia, referida a la agregación numérica que hay que que hacer a la herencia del valor de todas las donaciones hechas por el causante al efecto de señalar las legítimas y para averiguar si son inoficiosas, acepción contemplada por el artículo 818 de dicho Código, tanto en su antigua como en la vigente redacción; operación de colacionar que no lleva consigo ningún desplazamiento de bienes, limitándose a ser modificación de las proporciones en que es adjudicado el caudal relicto; en cambio, el cálculo de la legítima lleva como consecuencia la posible reducción de legados y donaciones; por consiguiente, la colación implica una ordenación típica basada en criterios de equidad tendentes a evitar desigualdades en la distribución de la herencia, en tanto el causante no disponga de ella, siempre dejando a salvo el régimen de legítimas, lo que lleva consigo que la imputación precisa para determinar las legítimas, se impone incluso sobre la voluntad del testador, como se deduce del artículo 1.036 del mismo Código civil; cediendo, por tanto, el sistema de alteración puramente contable a través de las adjudicaciones compensatorias en las cuotas, propio de la colación al sistema de compensación en especie, también seguido por la colación (arts. 1.047 y 1.48), pero esencial en la imputación para la fijación de las legítimas (arts. 820 y 821).

Que atendiendo a la redacción originaria del artículo 1.045 del Código civil, vigente al ocurrir los hechos objeto de la litis, aunque no en la actualidad, la norma aplicable a la colación en sentido amplio, para efectuarla de una manera contable, es la de que «no se traerán a la partición las mismas cosas donadas», sino el valor que tenían al tiempo de la donación o dote, aunque no se hubiese hecho entonces su justiprecio; más ya, con anterioridad a la redacción vigente, dada por la Ley de 13 de mayo de 1981, que atiende al valor del tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, la doctrina científica predominante, ante el moderno fenómeno de la continua depreciación monetario, consideró la injusticia que supondría que el donatario reciba una cosa cuyo valor nominal al tiempo de la donación es muy inferior al valor real que pueda tener al fallecer el causante, con lo que resultarían perjudicados los coherederos, si se tiene en cuenta en la partición aquel valor nominal y no real de la cosa determinado al abrirse la sucesión, y, desde luego, ha de excluirse una solución que permitiese al donatario aportar solamente el valor nominal de lo donado al tiempo de la donación cuando en virtud de la depreciación de la moneda al tiempo de abrirse la sucesión, aquel valor nominal resultase irrisorio o muy bajo en relación con el valor real actual de las cosas que recibió en donación; se faltaría con ello a la equidad y se consagraría un enriquecimiento injusto

en perjuicio de los coherederos del colacionante y se infringiría el texto del Código civil, que se inspira en la idea de que los coherederos todos reciben en el supuesto de colación cuotas equivalentes a través, incluso, de compensación específica (arts. 1.047, 1.048 y 1.049, párrafo 2, precepto este último que supone una igualdad de valor entre la liberalidad y los bienes que, de la misma especie, existan todavía en la herencia); puesto que la norma, de que el donatario «tomará de menos tanto como ya hubiese recibido», no se cumpliría si se limitase a aportar el valor nominal de lo recibido al tiempo en que se hizo la donación; por tanto, el anterior artículo 1.045 se refiere al «valor» de lo que recibió el donatario determinado por su cotización actual al abrirse la sucesión, pero teniendo en cuenta los bienes tal como se encontraban al hacerse la donación y no sus aumentos o deterioros posteriores o sus pérdidas totales, que serán, como dice el artículo 1.045, párrafo 2, a cargo y riesgo o beneficio del donatario.

Que la conclusión expuesta, añade el Tribunal Supremo, además de acomodar el antiguo texto del artículo 1.045 del Código civil al espíritu y finalidad de las normas sobre colación de bienes, como previa a la partición hereditaria, atiende, como manda el artículo 3, apartado 1, del mismo Código civil, no sólo a la realidad social actual, recogida ya en la vigente redacción de los artículos 818 y 1.045, sino también al tradicional criterio del tan citado Cuerpo legal acerca de la determinación y protección de las legítimas (arts. 820-821 y 822) y reducción de las donaciones (arts. 636 y 654), que atienden a la computación de los valores de las cosas al tiempo de la muerte del donante; debiendo interpretarse la originaria redacción de los artículos 818 y 1.045 en la forma expuesta para evitar resultados inequívocos; máxime cuando el fenómeno de la depreciación monetaria radica, no en que los bienes aumenten de valor intrínseco o real, sino en la disminución del poder adquisitivo de la moneda, cuestión ajena a los interesados en una herencia, cuyas consecuencias han de evitarse en cuanto les perjudiquen, puesto que, en todo caso, el artículo 1.045 no plantea ni resuelve el problema de los cambios de valor del dinero en que la cosa ha de estimarse; por tanto, hay que estimar el valor en el momento de la donación con arreglo a las circunstancias monetarias del día del fallecimiento del causante. Cada una de las legítimas de los actuales recurridos en la veintiuna-ava parte del valor asignable al inmueble discutido al tiempo de abrirse la sucesión de los demandantes, no implica infracción alguna de los preceptos legales invocados en dicho motivo, sino meramente la satisfacción en metálico del valor de la legítima, atendiendo el momento expresado, valor que se determinará en ejecución de sentencia.

## 2. EL CAUDAL HEREDITARIO COMO DEUDA DE VALOR

A primera vista, puede pensarse que las alteraciones dinerarias, concretamente, la que la sentencia llama «el moderno fenómeno de la continua depreciación monetaria», es la causa sino inmediata, sí mediata de una injusticia para los coherederos, en cuanto al valor nominal del bien recibido

con anterioridad por el donatario, cuyo valor real al abrirse la sucesión será otro muy diferente.

Efectivamente, las alteraciones dinerarias, ya sean de signo inflacionista, como son los casos específicos de la depreciación y de la devaluación monetaria, o ya tengan un signo deflacionario, trastuecan y quiebran el equilibrio de valor de la unidad monetaria, la igualdad y permanencia de su valor nominal, por lo que, una misma cosa, bien o servicio, con la alteración y el paso del tiempo, adquiere otra valoración distinta a la que tenía, puesto que con ello se ha cambiado su poder adquisitivo.

Sin embargo, las alteraciones dinerarias no son la causa inmediata de la falta de equidad o del enriquecimiento injusto que se produce en el caso concreto de la colación de una donación a la apertura de una herencia entre los coherederos y donatarios. La causa principal, su razón de justicia en la relación jurídica del hecho sucesorio, concretamente, está en la elección y determinación del tiempo o fecha en que ha de hacerse la evaluación de la cosa donada: si ha de ser en el momento de producirse la donación o al tiempo de la apertura de la sucesión.

La primera solución fue la elegida por el legislador del Código de 1889, al redactar el artículo 1.045, o sea, la de valorar las cosas donadas al tiempo donación, aunque no se hubiese hecho entonces su justiprecio. Aunque evidentemente las alteraciones monetarias fueron las que contribuyeron más a poner de relieve la imprecisión y falta de equidad a que conducía esa fecha de valoración del bien o bienes donados, no obstante, con anterioridad ya se había puesto de manifiesto que también otras circunstancias ajenas eran las que perjudicaban la relación de igualdad para la distribución de los bienes en la herencia, por lo que, finalmente, con la nueva reforma de 13 de mayo 1981 se decidió que el tiempo más idóneo para valorar el bien donado era aquel en que se va a efectuar la de los bienes hereditarios, tal como actualmente proclama la nueva redacción del artículo 1.045 del Código civil.

Efectivamente, como señala esta misma sentencia, la elección de una valoración del bien donado a la época de hacerse la donación faltaba a la equidad y provocaba un enriquecimiento injusto en perjuicio de los coherederos del colacionante al infringirse la normativa del Código civil, que se 1.047, 1.048 y 1.049 C. c., además del tradicional criterio sobre la determinantes en el supuesto de colación, mediante compensación específica (arts. inspira en el principio de que los coherederos todos reciben cuotas equitación y protección de las legítimas (arts. 636 y 654), las cuales atienden a la computación de los valores de las cosas al tiempo de la muerte del donante. Por tanto, con razón, se señala por esta sentencia que la causa más justa de la elección del tiempo de la apertura de la herencia y la más equitativa para la valoración del bien donado, es el criterio interpretativo del apartado 1 del artículo 3 del propio Código civil, al conformarse «a la realidad social actual».

A mi juicio, si bien todas estas razones de justicia contribuyeron a elegir el tiempo de evaluación de la cosa donada en el momento de apertura de la sucesión, la más fundamental es porque la colación, como la sucesión, tienen una naturaleza valorativa, y no nominal; ellas no implican el precio o

suma de dinero previos y fijos, sino que implican un valor patrimonial a determinar, o determinable en el momento de su liquidación; y, ese momento no puede ser otro que aquel final en el que participan todos los sucesores para obtener su igual o correspondiente cuota-parte del patrimonio. El precio o suma que se calcula del bien donado en el momento de contraerse la donación, no representa la disminución que realmente sufre el patrimonio cuando con posterioridad ha de volver a ser reintegrado a dicho patrimonio, precisamente porque, todavía no fue objeto definitivo de liquidación; el cálculo de valor de un patrimonio es relativo, temporalmente parcial y no conclusivo hasta su ulterior extinción; de aquí que los bienes, créditos y deudas que lo integran temporalmente disminuyan o aumenten hasta su momento final; por eso, en todo patrimonio no existe la permanencia de una cuantía nominal fija; en cambio, presenta un cúmulo de valor cambiante en alza o en baja que, no obstante, puede ser determinable o determinado en cualquier momento.

La colación, como la apertura de la sucesión, suponen una llamada o vuelta a la masa hereditaria de los bienes o valores que se hubiesen recibido con anterioridad al conjunto de la herencia para computarlos en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición. Los herederos o legítimos tienen frente al patrimonio del «decuís» una deuda de valor y no de suma, aunque finalmente pueda ser liquidable por una cuantía de dinero, según ya tiene proklamado la doctrina civilista española (1).

---

(1) Cfr. NÚÑEZ LAGOS, *La colación: historia y crítica de los problemas de valoración (una conferencia de Marín Monroy)*, en RGLJ, 180 (1946), p. 722; LACRUZ BERDEJO, en *Notas a BINDER, Derecho de sucesiones*, trad. esp. Barcelona-Madrid, 1953, p. 260; VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*. Madrid, 1955, pp. 222, 491 y 590; GARCÍA VALDECASAS, *La legítima como cuota de valor*, en RDP, 47 (1963), p. 957; DE LA CÁMARA, *Estudio sobre el pago con metálico en la legítima del Código civil. Fundamento jurídico del derecho a obtener la legítima en bienes hereditarios*, en «Centenario a la Ley del Notariado», I (Madrid, 1964), p. 744. VALLET DE GOYTISOLO, *Aspecto cuantitativo de las legítimas*, en ADC, XXIV-1 (1971), p. 77 ss.; DE LA CÁMARA, *El pago en metálico de la legítima de los hijos o descendientes después de la Ley de 13 de mayo de 1981*, en «Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», 11 (1983), pp. 127 ss.

**COMPRA DE COSA AJENA CUYO PRECIO NO LLEGO A PAGAR  
EL VENDEDOR NON DOMINUS. TRADITIO SINE CAUSA.  
¿ADQUISICION DE BUENA FE?**

(Comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 1983)

Por ANTONIO GORDILLO CAÑAS

No han sido infrecuentes en los últimos años las Sentencias en que el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse sobre la compraventa de cosa ajena (SS. de 3 de julio y 31 de diciembre de 1981, 12 de abril y 28 de mayo de 1982, 5 de mayo de 1983). En todas ellas se mantiene en lo sustancial un mismo criterio: en nuestro Ordenamiento, donde —como en Roma— la compraventa tiene carácter obligacional, nada impide la posibilidad de que el vendedor se obligue *actu* a entregar lo que *todavía* no le pertenece, pero que posteriormente habrá de adquirir para poder *entonces* entregar, cumpliendo así la finalidad traslativa del contrato y el contenido obligatorio derivado del mismo. Claro está, se añade, que si, excediendo de lo obligacional, el vendedor entrega la cosa sin previamente haberla hecho propia, el comprador no podrá adquirir su dominio, a no ser por las vías indirectas de la usucapión o de la protección del adquirente de buena fe. De entre las sentencias antes indicadas es la de 5 de mayo de 1983 la que entiende producido el supuesto que en esta materia pudiera considerarse ordinario: el vendedor de cosa ajena adquiere esta tras la venta y la entrega al comprador; la aptitud del *título* y la verificación del *modo* permitirían entender final y legítimamente transitada la cosa a dominio del mismo comprador. La peculiaridad de la *species facti* nos ha sugerido, con todo, el presente comentario.

### I. HECHOS

El primer Considerando de la Sentencia fija resumidamente los hechos del siguiente modo:

«Son hechos fijados y no combatidos en el recurso los siguientes: a) que por documento privado de fecha 29 de junio de 1977, el señor E. (*non dominus*), diciendo actuar en nombre de Z, S. A., vende al señor M (comprador adquirente) una embarcación de recreo acompañada de la documentación recibida del entonces dueño de aquella, señor M. V., por precio que se figura en letras negociables y que, consiguientemente se abonan por el comprador. b) En documento de igual clase, de fecha 14 de julio de 1977, el señor E. (*vendedor non dominus*) adquiere por compra del señor M. V. (inicial *dominus*, que en las actuaciones pretenderá hacer valer su condición, no perdida, de *verus dominus*) dicha embarcación, es decir, la vendida antes por aquél al señor M., si bien el precio de cinco millones, figurados en talones no se satisface sino sólo en la suma de un millón ochocientos mil pesetas. c) En fecha 17 de julio de 1977, el señor M. se posesiona pacíficamente

de la embarcación objeto de las compraventas, en cuyo uso y disfrute permanece hasta su embargo, justo un año después, en 17 de julio de 1978, obtenido por el señor M. V. con su demanda de juicio de mayor cuantía, dirigido contra E., juicio del cual es incidente la tercería objeto de este recurso. d) Ello es así porque antes, en 25 de octubre de 1977, los señores M. V. y E. habían rescindido (sic) la venta de 14 de julio de 1977, con los acuerdos: uno, de devolver el barco E.; y otro, renunciar éste al millón ochocientas mil pesetas abonadas al señor M. V.; acuerdo que, incumplido, dio lugar a que por acto de conciliación celebrado entre ambos se reconociera, tanto el contrato de 14 de julio de 1977, como su «rescisión»; y luego, a la demanda ya aludida; y en fin, e) El día 10 de mayo de 1978 el señor M. requiere notarialmente al señor E. para que cumpla lo pactado en el contrato de 29 de junio de 1977, y el 4 de octubre de 1978 formula la citada demanda de tercería de dominio, que es estimada en ambas instancias como fundada en un título válido y eficaz, mediante tradición operada, tal el constituido por su adquisición por compra al señor E. y en atención a la jurídica y práctica eficacia en nuestro Derecho de la venta de cosa ajena, aquí un mueble entregado y consecuentemente poseído por el comprador y con adquisición firme en virtud del cumplimiento por el vendedor no dueño de su obligación de adquirir el bien vendido a quien lo era en verdad (*verus dominus*) en principio».

He aquí, en resumen, el meollo fáctico del caso y la sustancia de su solución en ambas instancias, que respetará el T. S.: no ha lugar al recurso interpuesto por M. V. Conviene, con todo, destacar de entre las alegaciones de las partes dos circunstancias; desde ellas los hechos cobran mayor vida y la *quaestio juris* adquiere la complejidad propia del planteamiento litigioso, aún no simplificado ni ahormado por obra de su encauzamiento hacia el *topos* de su solución.

a) La documentación de la embarcación que, «recibida del entonces dueño de aquélla», se entrega al comprador inicial por el vendedor *non dominus*, es una documentación, en primer lugar, incompleta y, en segundo lugar, una documentación que acreditaba la titularidad del *verus dominus* (M. V.). El comprador, M., hubo de llegar al requerimiento notarial para que el vendedor *non dominus* le hiciera entrega —que no llegó a obtener— de la documentación acreditativa del cambio de la titularidad de la embarcación.

b) Que el millón ochocientas mil pesetas que se dicen entregadas por el comprador intermedio (vendedor *non dominus*) al titular, *verus dominus*, como parte del precio, fijado en cinco millones, no responde a una entrega inicial, ni al pago regular de los plazos iniciales. En dos ocasiones distintas se instrumenta la firma y entrega de tres talones (uno por el total del precio, inicialmente, y dos por la mitad del mismo en un momento posterior) que resultan sin fondos. La entrega en efectivo del millón ochocientas mil pesetas, única realizada, quedará definitivamente en poder del señor M. V. (*verus dominus*) en concepto de indemnización de daños y perjuicios al tiempo que se declara resuelto el contrato de compraventa entre M. V. y E., obligándose éste —declarado después en rebeldía en el juicio de embargo— a la devolución de la embarcación de cuya adquisición desiste.

## II. MOTIVOS DE CASACION Y ARGUMENTACION DEL FALLO EN LA SENTENCIA

Destacamos los de mayor interés, bien por el motivo que se alega, bien por la doctrina mantenida en el correspondiente Considerando de la Sentencia.

1. Se aduce como primer motivo error de hecho en la apreciación de la prueba, según resulta del documento auténtico acompañado a la propia demanda de tercería como título de propiedad, y que demuestra la equivocación evidente del Tribunal, lo que se acredita con la cita del documento o título expedido por la Ayudantía Militar de Marina del distrito, que acredita como titular al señor M. V. (embargante) y demuestra la carencia de título del tercerista. Provoca el siguiente Considerando:

«Que la desestimación del motivo es obligada, fundamentalmente porque basta repasar los escritos y alegaciones de la fase expositiva del juicio para concluir en la absoluta novedad de tal argumento, es decir, en la ineficacia del título del tercerista por obra de ese documento, objeción que nunca se opuso por el ahora recurrente y que le inhabilita para hacerlo aquí en obediencia a lo dispuesto en la regla primera del artículo 1.728, en relación con el 1.729, caso quinto, que veda el acceso a la casación de las cuestiones no debatidas en el pleito, prohibición razonable por ser evidente que no se puede revisar lo no discutido y, por ende, no decidido, según proclama reiteradísima doctrina, sin perjuicio de añadir *ex abundantia* que, también según repetida Jurisprudencia, el documento que se cita, como de naturaleza administrativa, no tiene la cualidad de auténtico a los efectos pretendidos ni, en todo caso, puede enervar la adquisición o pérdida de derechos civiles, dada su finalidad meramente registrāl administrativa.»

2. Violación de los artículos 1.227 y 1.257 del C. C., al atribuir al documento privado acompañado con el número uno a la demanda (el contrato inicial entre M. y E.) unos efectos que no podía tener; y al extender la Sentencia al recurrente los efectos de un contrato privado en que no fue parte:

«... argumento, sin embargo —dice la Sentencia— que no puede estimarse, porque sería tanto como olvidar que, si bien tal documento contractual constituyó y constituye en principio el título del tercerista señor M., no es sólo y únicamente el integrante del mismo, sino, como tantas veces se ha dicho, la justificación dominical operada por la prueba demostrativa de la adquisición del bien, aquí mueble, reivindicado por la acción de tercería, adquisición en firme que se acredita por el juego del pacto o contrato y la posesión efectiva, material o real, de la embarcación, suficiente, por el efecto de la venta de cosa ajena, como después se dirá, para afectar o perjudicar al recurrente en cuanto por ello perdió su originaria condición de tercero y obligado al respecto de la segunda transmisión, máxime cuando el propio recurrente —que se dice *verus dominus*— enajenó la cosa al que después vendió al tercerista, ratificando o sanando así la venta que el señor E. (comprador al recurrente) hizo antes, con la pérdida de su posible

acción reivindicatoria contra el señor M., ya que éste, pese a la resolución (se le dice «rescisión») acordada entre E. y M. V., aparece protegido contra ella por el juego de los artículos 1.124 y 1.295 del C. C., como después también se verá.»

Se añaden dos Considerandos justificando la vigencia y eficacia en nuestro Ordenamiento de la venta de cosa ajena:

«Que, como ya se dijo en Sentencia de 31 de diciembre de 1981, concordante con las de 3 de julio de 1981, 12 de abril de 1982 y 27 de mayo de 1982, la venta de cosa ajena, ya admitida en Derecho romano, en el Fuero Juzgo y en las partidas (Partida quinta, Libro tercero, ley diecinueve: «cosa ajena vendiendo un ome a otro valdrá la vendida»), lo es también en nuestro vigente ordenamiento jurídico, heredero del romano, en los que la compraventa era y es un contrato generador de obligaciones, entre las cuales y esenciales la del vendedor de proporcionar una cosa al comprador a cambio del precio, sin que hoy ningún precepto exija que se sea propietario de la cosa vendida, sino que ésta pueda y deba ser entregada, bien por ser él dueño en el mismo acto o concierto contractual, ora por la obligación asumida de adquirirla para realizar la tradición determinante de la transmisión efectiva de la propiedad (arts. 609 y 1.095 del C. C.), con el efecto, caso de incumplimiento o no adquisición por el vendedor para entregarla luego, de resarcir al comprador en el *id quod interest* o equivalente económico, efecto que también se produciría si el verdadero dueño reivindicara y recuperara la cosa entregada al comprador cuando ello fuere posible (en el caso presente, cosa mueble, si hubiera mala fe y no hubiera perdido el dominio el primer dueño recurrente), consecuencia también propia del Derecho romano, en el que el *verus dominus* permanecía ajeno a la venta de su bien hecha por otro —*res inter alios acta*—, sin que el acto le favoreciera ni perjudicara —*nobis nec nocet nec prodest*—, bien que, si se había producido la tradición o entrega de la cosa, como el comprador de la ajena adquiría una posesión *ad interdicta*, el verdadero dueño debía ejercitar las pertinentes acciones de recuperación y el vendedor resarcir al comprador desposeído por el dueño (evicción).»

«Que lo expuesto constituye la vigente doctrina jurisprudencial, ya que, si en un principio ésta se mostró reacia a la admisión de la validez del contrato de venta de cosa ajena, hoy se puede considerar afirmada, por reiterada, la que le concede eficacia en los límites aludidos, y ello desde la Sentencia de primero de marzo de 1954, seguida por las de 25 de mayo de 1957, 5 de julio de 1958, y las antes citadas de 3 de julio de 1981, 31 de diciembre de 1981, 12 de abril de 1982 y 27 de mayo de 1982.»

3. Violación del artículo 1.266 del C. C., al no aplicarlo, por cuanto la Sentencia da por completamente válido el contrato de compraventa de 29 de junio de 1977, cuando debió apreciar la concurrencia de error esencial en el contratante señor M. al comprar la embarcación a quien no era dueño, por ignorar que lo era el señor M. V.

«... alegación —considera el T. S.— que la ya citada Sentencia de esta Sala de 27 de mayo de 1982 rechazó al decir —en supuesto análogo— que no cabe incluir como supuesto de error en el consentimiento, productor de nu-

lidad del acto, la modalidad contractual de la venta de cosa ajena para invalidar la misma, dados los efectos que produce en las circunstancias y modos dichos, es decir, en la posibilidad de exigir su cumplimiento como efecto obligacional del pacto, pese a no estar todavía la cosa en poder del vendedor, y a salvo, conviene repetirlo, de los efectos reales que acaezcan caso de tradición efectiva y atacabilidad o inatacabilidad del derecho del adquirente, ya que no puede desconocerse que, en el supuesto del recurso, no se trata de una venta de cosa ajena ignorándolo ambas partes (hipótesis que favorecería a la tesis del error sustancial —art. 1.266 del C. C.), sino del más usual o normal del conocimiento de los hechos por los interesados, o al menos, con la presunción de su buena fe no contradicha, y con la particularidad de que el vendedor cumplió luego su obligación al comprar la cosa al *verus dominus*, sanando y perfeccionando así la convención o contrato.»

4. Violación del artículo 1.275 del C. C., al no aplicarlo y considerar como plenamente válida la compraventa litigiosa. Entiende el T. S.:

«Que esas razones (las indicadas en el anterior Considerando) invalidan —*mutatis mutandi* (sic)— la argumentación contenida en el motivo sexto, en el que se intenta sostener la nulidad de la tan repetida venta de 29 de junio de 1977 por ilicitud de su causa y no aplicación del artículo 1.275 del C. C., ya que ni el contrato carece de causa ni la que le sustenta es ilícita, dada la admisibilidad de esa modalidad contractual conforme a lo ya, con excesiva reiteración, expuesto.»

5. Interpretación errónea del artículo 1.462, apartado primero, del C. C., por cuanto el comprador-vendedor, señor E., no hizo una cabal entrega del yate al señor M.:

«... artículo que en modo alguno ha sido mal interpretado por la Sala de Instancia, que entendió correctamente el mismo al considerar que su texto —que por cierto no cita ni aduce, por lo que tampoco fue tema de exégesis— no pugnaba con el hecho que describe con sus efectos jurídicos, es decir, que el comprador señor M., recibió la embarcación «poniéndola en (su) posesión, con adquisición de buena fe de quien a su vez la tenía (E.) por haberla adquirido (a M. V., el recurrente) después, operándose «el normal curso del tracto posesorio», circunstancias de hecho y afirmaciones no invalidadas y que en modo alguno suponen el error interpretativo de norma que se denuncia, como antes se ha indicado.»

6. Violación del artículo 1.124 del C. C., apartado primero, pues si bien la sentencia de la Audiencia da como probada la resolución de la compraventa entre los señores M. V. y E., no admite luego sus consecuencias:

«... en absoluto ha sido desconocido su alcance por la Sala de instancia, sino que lo aplica con su verdadero sentido y efectos, pues si bien admite que los señores E. y M. V. resolvieron el contrato de 14 de julio de 1977, luego no hace sino seguir la normativa de tal precepto, es decir, que esa resolución no podía perjudicar al señor M. por ser este un tercer adquirente de buena fe, conforme a lo dispuesto en el propio artículo 1.124 con su remisión a los artículos 1.295 y 1.298 del propio Código, en especial del 1.295, que claramente establece que no tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto

del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe, y es claro que la concurrencia de mala fe no puede predicarse del señor M., comprador, por no consultar el Registro de embarcaciones, en cuanto con la entrega del barco recibe su documentación y dada la inoperancia de ese Registro a los efectos civiles, sin perjuicio de los reglamentarios pertinentes.»

7. Interpretación errónea del artículo 464 del C. C. en la forma de aplicarlo al caso planteado:

«... al parecer, según el recurrente, por seguirse una interpretación germanística del precepto, pero con olvido, primero, de que la cita que hace la Sentencia de dicha norma lo es a mayor abundamiento, como *actum*, no como *ratio decidendi* del caso, pues claro resulta de aquella resolución impugnada y de todo lo expuesto que la posesión que se atribuye al comprador de buena fe no lo es como derivada de una atribución sostenida en la apariencia jurídica o en una mera posesión de hecho susceptible de consolidación jurídica *tracto temporis*, sino como titular de una posesión *pro emptore* o *venditionis causa*, derivada de un contrato suficientemente válido en principio para transmitir el dominio o derecho real, luego perfeccionado y consumado mediante la tradición efectiva y consolidada por la adquisición que el vendedor hizo al primitivo dueño, dada la ineficacia de la resolución pactada después, por obra de lo dispuesto en el artículo 1.295 del C. C.»

En virtud de todo lo anterior, concluye la Sentencia, procede el total rechazo del recurso.

### III. COMENTARIO

He aquí una interesante Sentencia, tanto por el supuesto en ella resuelto, como por el sentido y argumentación del fallo. Son, estas últimas, cuestiones distintas. Una cosa es, en efecto, lo que el T. S. resuelve, y otra el hilo argumental con el que la solución se teje. No pretendemos nosotros criticar el fallo; reconocemos el superior criterio del Tribunal y su mayor inmediación a los hechos, para nosotros conocidos sólo desde el trasluz de la Sentencia. Nos limitamos, pues, al comentario de la argumentación de la Sentencia (ponencia de De la Vega Benayas), cuyos Considerandos esenciales han quedado ya transcritos.

Destaca en ella, no obstante su cuidada trabazón, una clara tensión entre la afirmación de la eficacia obligacional de la compraventa de cosa ajena y su virtualidad traslativa cuando el vendedor *non dominus* adquiere la propiedad de la cosa; el dar carta de naturaleza en nuestro Ordenamiento a esta «modalidad contractual» (cdo. 9), de una parte, y la necesidad, por otra, de buscar apoyos ortopédicos a la que es objeto del pleito, hasta el punto de llevarla en ocasiones a terrenos al menos muy próximos al de la protección al tercero adquirente de buena fe. Una y otra, con todo, son figuras distintas y expedientes diferentes, tanto en su significación fundamental, como en sus presupuestos y resultados. La peculiaridad del supuesto de hecho; en concreto, la inestabilidad de la adquisición del vendedor *non do-*

*minus*, así como la situación subjetiva del comprador inicial (tercerista), hacen que la argumentación de la Sentencia, aunque centrada en la legitimidad *a se* de la venta de cosa ajena, tenga que pendular hacia la adquisición de buena fe, sin poder descansar definitivamente en ella y habiendo de volver al intentado punto de partida.

La Sentencia se cuida, en efecto, de dejar claro que el derecho del tercerista deriva en toda su fuerza de la compraventa de la cosa, aun cuando ajena al vendedor al tiempo de la perfección del contrato, más la entrega de la misma en un momento posterior, justo cuando el vendedor se ha hecho dueño de ella. La tercería, se dice en el Considerando primero, se funda «en un título válido y eficaz, mediante tradición operada; tal el constituido por su adquisición por compra al señor E., y en atención a la jurídica y práctica eficacia en nuestro Derecho de la venta de cosa ajena, aquí un bien mueble entregado y consecuentemente poseído por el comprador y con adquisición firme en virtud del cumplimiento por el vendedor no dueño de su obligación de adquirir el bien vendido a quien lo era en verdad (*verus dominus*) en principio». Criterio que se reafirmará en el último Considerando, excluyendo ahora expresamente la aplicación al caso de la adquisición *a non domino* fundada en la apariencia jurídica: «la posesión que se atribuye al comprador de buena fe, no lo es como derivada de una atribución sostenida en la apariencia jurídica, o en una mera posesión de hecho susceptible de convalidación jurídica *tracto temporis*, sino como titular de una posesión *pro emptore* o *venditionis causa*, derivada de un contrato suficientemente válido en principio para transmitir el dominio o derecho real, luego perfeccionado y consumado mediante la tradición efectiva y consolidada por la adquisición que el vendedor hizo al primitivo dueño...»

El esquema que se adopta es, pues, sumamente sencillo y plenamente ortodoxo en un Ordenamiento como el nuestro, donde la compraventa tiene alcance meramente obligacional y el efectivo traspaso del dominio exige el posterior —al menos, en sí distinto— acto de entrega. En nuestro vigente Ordenamiento jurídico, heredero del romano —dice el Cdo. sexto— «la compraventa era y es un contrato generador de obligaciones, entre las cuales y esenciales, la del vendedor de proporcionar una cosa al comprador a cambio del precio, sin que hoy ningún precepto exija que se sea propietario de la cosa vendida, sino que ésta pueda y deba ser entregada, bien por ser el dueño en el mismo acto o concierto contractual, ora por la obligación asumida de adquirirla para realizar la tradición determinante de la transmisión de la propiedad (arts. 609 y 1.095 del C. C.)».

Nótese que en las palabras que acaban de transcribirse no se acoge la discutible tesis —por más que cuente ésta con señalados partidarios en nuestra actual doctrina (1) e incluso con algún indeciso reflejo, no exento además

---

(1) A destacar el trabajo de ALBALADEJO: *La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*, RGLJ, 1947, págs. 409 ss., después en *Estudios de Derecho Civil*, Barcelona, 1955, págs. 141 ss. En sentido opuesto, MORENO MÓCHOLI: *¿Es esencial a la compraventa la obligación de transmitir el dominio?* RCDI, 1945, págs. 377 ss. Una exposición al día del *status quaestionis*

de cierta confusión, en la reciente Sentencia de 27 de mayo de 1982 (2)—de que la compraventa no se ordene necesariamente a la transmisión de la propiedad ni, de consiguiente, imponga al vendedor la obligación de transmitirla. No es que se siga manteniendo el criterio romano —entonces más explicable que hoy, aun cuando anticuado ya en el mismo Derecho romano— según el cual *venditor hactenus tenetur ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat*; es, más simple y llanamente, que, al agotar la compraventa su virtualidad contractual en la mera creación de la obligación de entrega (arts. 1.254, 1.258, 1.445, 1.450...), y al pertenecer el cumplimiento de la obligación —y con él, la transmisión del dominio artículos 609, 1.095— al momento posterior de su ejecución, es perfectamente posible constituirse en vendedor sin ser aún propietario; bastará con serlo al tiempo de cumplir la obligación de entrega. La admisibilidad de la compraventa de cosa ajena no exige la concepción de la compraventa como contrato no necesariamente ordenado a la transmisión del dominio; deriva, por el contrario, de la distinción entre la eficacia obligacional del contrato y su posterior transcendencia traslativa, centrada ésta en torno a la *traditio* o entrega. La distinción y, al propio tiempo, la necesaria concurrencia de título y modo, permiten que quien *actu* no es propietario, puede obligarse a transmitir la propiedad de lo que habrá —él mismo— de adquirir en el interés.

Y esto es lo que el Tribunal Supremo entiende ocurrido en el caso resuelto por la Sentencia: el tercerista justifica su dominio (Cdo. 5.º) «por la prueba demostrativa de su adquisición del bien, aquí mueble, reivindicado por la acción de tercería, adquisición en firme que se acredita por el juego del pacto o contrato y la posesión efectiva, material o real, de la embarcación, suficiente por el efecto de la venta de cosa ajena». Cabe, con todo, preguntarse: ¿son las cosas en el supuesto tan claras como las presenta la Sentencia? Centremos la respuesta en torno a los puntos siguientes: ¿Puede entenderse *in casu* cumplida por el vendedor su obligación de adquirir y entregar la cosa vendida? De ser negativa la respuesta, ¿puede beneficiarse al comprador mediante el expediente de la protección legal al adquirente de buena fe? Previamente al examen de ambas cuestiones será oportuno referirse

---

en nuestra doctrina, en GARCÍA CANTERO, *Comentarios al C. C. y Compilaciones forales* dirigidos por M. ALBALADEJO, Tomo XIX, Madrid, 1980, páginas 168-174.

(2) «... es indiferente que las cosas vendidas sean o no del vendedor, ya que el ser suya o ajena la cosa vendida no es condición o requisito incorporado al contrato, al limitarse la obligación del que vende a tener como objeto directo e inmediato la prestación, es decir, su actividad propia de suministrar al comprador las cosas especificadas en la compraventa, pero sin ser éstas propiamente objeto directo de la obligación asumida por aquél, puesto que si bien es cierto que en el Derecho romano la obligación del vendedor, que imponía sólo a este el entregar o apoderar de la cosa vendida al comprador (*vacuam possessionem tradere*) por la invocada circunstancia de la construcción de la compraventa como contrato meramente productor de obligaciones (*inter contrahentes* mas no *erga dominum*), no impedía finalidad traslativa del dominio, sin embargo, aquel carácter meramente obligacional de la compraventa determinaba que en relación a la *traditio*, en que había una intención de transferir la propiedad a fin de que el comprador se hiciera dueño de las cosas tradidas...».

a la adecuación entre la solución que se da al caso y el molde jurídico que se le aplica.

La Sentencia, en efecto, recurre una y otra vez a la figura de la compraventa de cosa ajena. Se trata de una modalidad contractual perfectamente posible y nada sospechosa. Con hondo arraigo en el Derecho histórico, puede en la actualidad seguir funcionando como válido cauce de actuaciones jurídicas eficaces. El Considerando 6.º de la Sentencia, repitiendo, al mismo tiempo que adaptando a la singularidad del caso la doctrina jurisprudencial precedente (S., e. c., de 31 de diciembre de 1981) dirá que la venta de cosa ajena, «ya admitida en el Derecho romano, en el Fuero Juzgo y en las Partidas (Partida Quinta, Libro tercero, Ley diecinueve —se cita, por error, debiendo decir Partida Quinta, Título Quinto, Ley diecinueve; omitiendo, por lo demás, la muy importante *ad rem* Ley 53 del mismo Título e igual partida—), lo es también en nuestro vigente Ordenamiento jurídico, heredero del romano, en los que la compraventa era y es un contrato generador de obligaciones, entre las cuales y esenciales, la del vendedor de entregar la cosa al comprador a cambio del precio... con el efecto, caso de incumplimiento o no adquisición por el vendedor para entregarla luego, de resarcir al comprador en el *id quod interest* o equivalente económico, efecto que también se produciría si el verdadero dueño reivindicara y recuperara la cosa entregada al comprador cuando ello fuera posible (en el caso presente cosa mueble, si hubiera mala fe y no hubiera perdido el dominio el primer dueño recurrente), consecuencia también propia del Derecho romano, en el que el *verus dominus* permanecía ajeno a la venta de su bien hecha por otro —*res inter alios acta*— sin que le favoreciera o perjudicara —*nobis nec nocet nec prodest*—, bien que, si se había producido la tradición o entrega de la cosa, como el comprador de la ajena adquiriría una *possessio ad interdicta*, el verdadero dueño debía ejercitar las pertinentes acciones de recuperación y el vendedor resarcir al comprador desposeído por el dueño (evicción)».

Omitida cualquier observación de detalle al texto del considerando, tan sólo una advertencia sobre lo que no escapa a su simple lectura: el limitado alcance del recurso a la invocada figura de la venta de cosa ajena, habida cuenta lo que ésta significará, en sus presupuestos y efectos, en su configuración histórica, y lo que, en sentido muy distinto, será el contenido del fallo en la Sentencia. Efectivamente, en el Derecho tanto Romano como de Partidas, así como en la tradicional doctrina jurídica, el *topos* jurídico de la venta de cosa ajena hace referencia a una situación de ajenidad que, presente en el momento obligacional de la perfección del contrato, persiste en el posterior de su ejecución. Siendo ello así, nada de extraño que el meollo de su significado se bifurque en un doble sentido: la admisión de su eficacia obligatoria, supuesta la validez del vínculo, así como el vaciado de lo que sería la normal eficacia traslativa de la entrega en la obligación del vendedor de sanear en caso de evicción. Lejos de tal resultado final, en el caso en estudio el comprador va a adquirir eficaz y definitivamente; es que no quedó lugar a reivindicación de posible *verus dominus* distinto al vendedor, ni, consiguientemente, a posible evicción. La razón de la diferencia es clara: el proceso adquisitivo, iniciado en su momento obligacional bajo el signo

de la ajenidad de la cosa respecto al vendedor, terminó por derivar en la situación normal: el *tradens* es ya dueño de la cosa. Si la figura de la venta de cosa ajena ha podido servir para apoyar la validez del contrato, la justificación de la eficacia traslativa del acto traditorio de cumplimiento discurre ya por el cauce ordinario del título y el modo.

En el Derecho romano, en efecto, la compraventa de cosa ajena, posiblemente vinculada en su origen a la disociación entre compraventa y transmisión del dominio, en el preciso y ya recordado sentido de que al vendedor bastaba con entregar la pacífica y quieta posesión de la cosa, sin tener que ser propietario de la misma, va a darse la mano —y de ello se hace eco la Sentencia— con el instituto de la evicción (3); la ajenidad se cierne sobre el caso desde el comienzo hasta el final, con la consecuencia de que el derecho del comprador a la cosa quedará sustituido tras la reclamación del *verus dominus* (el vendedor no llegó a serlo) por las responsabilidades del vendedor en tal supuesto: el comprador no llegaba a adquirir el dominio; se limitaba a tener una posesión de la cosa en la que podía resultar vencido. Igual ocurría en las Partidas, donde, además, se atiende a la situación subjetiva del comprador para negarle expresamente todo derecho en caso de evicción cuando celebró el contrato conociendo que la cosa no pertenecía al vendedor. Convendría en este sentido releer en su integridad el texto de las Partidas citado por la Sentencia. Cosa ajena vendiendo un hombre a otro —viene a decirse (4)— valdrá la venta. Pero aquel que tal compra hace, o sabe que la cosa que así compra no es de quien se la vende, o la cree suya. Si sabe que es ajena, aunque la recobre después en juicio su dueño, no queda obligado el vendedor a devolverle el precio, a no ser que a tal se obligare en el contrato. Si no supiere el comprador que la cosa era ajena cuando la compró, entonces el vendedor quedará obligado no sólo a pagarle el precio, sino todos los daños y perjuicios. Esta es, de la mano de las Partidas, la clásica concepción y virtualidad de la venta de cosa ajena; así la

---

(3) Cfr. *ad rem*, e. c., D'ORS: *Derecho privado romano*, Pamplona, 1977, página 537.

(4) P. V. 5. 19: «Cosa ajena vendiendo un ome a otro valdra la vendida, pero aquel que tal compra faze, o sabe que aquella cosa que assi compra, que non es de aquel que gela vende o creya que es suya. E si sabe que es ajena, maguer que la torne después por juycio a aquel cuya es, non es tenuto el vendedor de tornarle el precio, fueras si quando gela vendio se obligo que lo tornasse, si aquel cuya era aquella cosa la demandasse e la cobrasse. Mas si non supiesse el comprador que era la cosa ajena quando la compro. Entonce non seria el vendedor tenuto tan solamente de pechar el precio. Mas todos los daños, e los menoscabos que le viniessen por razón de aquella vendida que le fizo». En igual sentido, la Ley 54 del mismo título e igual Partida: «... Mas si non la vendiesse en nome del señor della, mas en el suyo mismo, si aquel que la compra sabe que non es la cosa de aquel que gela vende: entonce non passa a el el señorío della, nin la puede ganar por tiempo. Ante dezimos, que aquel cuya es, que la puede demandar, e la deve cobrar en todas guisas. Pero si este comprador atal, ouo buena fe quando compro la cosa, non sabiendo que era ajena, mas cuydando que era de aquel que gela vendio: entonce puede ganar por tiempo el señorío della: e es tenuto el vendedor en todas guisas, de tornar el precio a aquel cuya era la cosa...».

van a entender, a las puertas ya del Código Civil, Sánchez de Molina (5) y Navarro Amandi (6), por solo citar dos exponentes de la tradicional y común doctrina.

Bien distintas son las cosas, en su presupuesto y en su resultado, en el caso que resuelve la Sentencia. Su peculiaridad no puede ya ponerse en rigor ni en la ajenidad de la cosa, puesto que cuando ésta pasa al comprador es ya propiedad del vendedor, ni en el derecho que hubiera de atribuirse al comprador en el caso de que fuere vencido por el *verus dominus*, puesto que en el caso, tras la entrega de la cosa, no puede haber ya más *dominus* que el comprador adquirente. El recurso a la venta de cosa ajena, dada la solo inicial ajenidad de la cosa comprada y vendida, ha agotado su virtualidad en la justificación del *título* adquisitivo. La posterior adquisición y entrega por el vendedor fundamentará el *modo*; la unión de ambos vendrá a configurar una adquisición derivativa ordinaria en favor del comprador. Se entiende así que éste —tal como mantiene la Sentencia— adquiera en firme el dominio desde el momento mismo de la entrega, sin necesidad de transcurso de tiempo alguno; no se limita a tener una *possessio ad usucapionem*, necesitaba de consolidación jurídica *tracto temporis*, sino que adquiere una posesión *pro emptore* o *venditionis causa*, derivada de un contrato suficientemente válido en principio para transmitir el dominio o derecho real, luego perfeccionado y consumado —se dice en el Cdo. 12.º— mediante la tradición efectiva y consolidada por la adquisición que el vendedor hizo al primitivo dueño. La Sentencia, pues, más que pura aplicación de la figura tópica de la compraventa de cosa ajena, viene a consagrar una adquisición derivativa ordinaria, posible en nuestro Ordenamiento por el carácter obligacional de la compraventa y por el sistema del título y el modo. En tal sistema es perfectamente posible, desde el punto de vista obligacional la compraventa de cosa ajena (tanto como podría serlo, e. c., la compraventa de cosa futura); su eficacia real, con todo, exige que, superada la inicial ajenidad de la cosa, el vendedor, ya propietario, proceda a su entrega.

Y es en este punto donde a continuación debemos detenernos. Si en razón de la venta de cosa ajena el vendedor se obliga a adquirir la cosa de quien sea su dueño, y a entregarla al comprador, haciendo así posible que éste adquiera la propiedad de aquélla, ¿puede entenderse en el caso efectivamente adquirida y entregada la cosa hasta el punto de pasar ésta a pro-

---

(5) SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO: *El Derecho Civil español en forma de Código*, Madrid, 1873, pág. 413: «1888 Si uno vende alguna cosa ajena, sabiéndolo el comprador, si fuera condenado a restituirla a su dueño, pierde el precio que dio por ella; a no ser que el vendedor se hubiere obligado a la evicción. Si lo ignoraba el comprador, el vendedor está obligado a restituírle el precio y a indemnización de todos los perjuicios ocasionados por el engaño».

(6) NAVARRO AMANDI: *Código Civil de España*, II, Madrid, 1880, pág. 218, donde se condensa la doctrina relativa a la venta de cosa ajena —que se comenta más ampliamente y cuyos antecedentes se recogen— en el que se formula como artículo 1.486: «El vendedor de cosa ajena deberá restituír el precio y los daños y perjuicios al comprador, si éste ignoraba que la cosa era de otro. Lo contrario se observará cuando el comprador supiere que la cosa no era del vendedor a menos de haberse obligado éste a la evicción».

piedad del comprador? Simultáneamente, ¿podrá entenderse cumplida por el vendedor la obligación para él derivada del contrato?

Para la sentencia que comentamos la respuesta no parece dudosa. Apartándose en este punto de la —en nuestra opinión— más que discutible doctrina mantenida en la de 27 de mayo de 1982, para la que cualquier entrega, aún la realizada en condiciones que hagan imposible la adquisición de la propiedad por el comprador, permitiría entender cumplida por el vendedor su propia obligación (7), la de 5 de mayo de 1983, objeto de estas reflexiones, entenderá acaecido en el caso lo que en línea de principio permitirá considerar cumplida la obligación del vendedor: éste ha procedido a adquirir la cosa que, una vez obtenida, será entregada al comprador; al título sigue ahora el modo y, en consecuencia, la eficaz y normal transmisión-adquisición del dominio (8).

---

7) Cfr. Sentencia citada, de 27 de mayo 1982: «... sin embargo, en la compraventa romana, que sigue el C. C. español, mediante la tradición el vendedor cumple su obligación de momento con desprenderse, desapoderarse o desvestirse del poder o señorío que pudiese tener sobre las cosas tradidas, atribuyéndolo, invistiéndolo, incorporándolo o traspasándolo a la persona del comprador, pues una cosa es afirmar que un negocio jurídico tiene finalidad traslativa del dominio, y otra sea un negocio sea de transmisión del dominio ... La construcción de la compraventa como contrato meramente productivo de obligaciones (*inter contrahentes*, mas no *erga dominum*), sólo impone al vendedor la obligación de entregar una cosa, o sea, una obligación cuyo objeto inmediato no es la cosa en sí, sino la prestación o entrega de la misma en su día, quedando cumplida esa obligación (*vacuam possessionem tradere*) una vez efectuada la tradición, aunque la cosa no fuera propiedad del vendedor, en razón a que si respecto del *verus dominus* de las cosas vendidas por quien no es todavía propietario de ella la *venditio rei alienae* no produciría, en principio, efecto alguno, pues para él es una *res inter alios acta* que no puede repercutirle, por modo general, desfavorable ni favorablemente (*nobis nec nocet nec prodest*), sin embargo, en la relación jurídica entre el vendedor y el comprador, si la tradición o entrega se consumó, y el *verus dominus* priva judicialmente al comprador de las cosas tradidas, entonces el vendedor queda obligado a dejar indemne a éste (*habere uti ferni licere*) al ser un valor de que el comprador se ve privado, como consecuencia de la obligación *ut rem emptori habere liceat*, manifestada en el caso de evicción como efecto legal complementario de la *vacuam possessionem tradere*».

(8) «... en atención a la jurídica y práctica eficacia en nuestro Derecho de la venta de cosa ajena, aquí un bien mueble entregado y consecuentemente poseído por el comprador y con adquisición firme en virtud del cumplimiento por el vendedor no dueño de su obligación de adquirir el bien vendido a quien lo era en verdad *verus dominus* en principio...» «... con la particularidad de que el vendedor cumplió luego su obligación al comprar la cosa al *verus dominus*, sanando o perfeccionando así la convención o contrato...» «... el comprador, M., recibió la embarcación poniéndola en su posesión con adquisición de buena fe de quien a su vez la tenía (E.) por haberla adquirido (a M. V., el recurrente) después, operándose el curso normal del tracto posesorio...» «... la posesión que se atribuye al comprador... no lo es... sino como titular de una posesión *pro emptore* o *venditionis causa*, derivada de un contrato suficientemente válido en principio para transmitir el dominio o derecho real, luego perfeccionado y consumado mediante la tradición efectiva y consolidada por la adquisición que el vendedor hizo al primitivo dueño...».

A nuestro parecer no son tan claras las cosas en el caso como se afirma en la sentencia. Contra la apreciación del cumplimiento de la obligación de adquisición y entrega, así como contra la eficacia traslativa de esta última, podrían oponerse dos tipos de consideraciones ineludibles y básicas. En primer lugar y de un modo que diríamos intuitivo o anterior a cualquier consideración jurídico-refleja, desde la captación inmediata de las exigencias del *justum* concreto, resultaría muy dudoso que la simple celebración por el vendedor *non dominus* de un contrato de adquisición, que desde el principio se incumple, permita entender cumplida por éste su obligación de adquirir la propiedad de la cosa a entregar al primitivo comprador, y autorice a considerar legítimamente entregada ésta a efectos de la definitiva adquisición de su dominio por el mismo comprador. Por otra parte, nuestro ordenamiento se aviene mal con los planteamientos y soluciones puramente logicistas o formales; la afirmación, en principio exacta, de que, supuesto el título, la entrega produce la transmisión del dominio, no puede entenderse en el sentido de que cualquier entrega, con tal que siga a un contrato válidamente celebrado, sea suficiente para lograr en todo caso el efecto transmisivo. La fundamental inspiración realista, causalista y ética de nuestro Ordenamiento impone aquilatar cuidadosamente tanto en la valoración del contrato, como, por derivación de éste, en la significación y alcance de la situación jurídica derivada del mismo.

Efectivamente, en un sistema de transmisión del dominio causalizado al máximo, como el nuestro, las vicisitudes de la situación generada por el pacto o contrato (título) pueden llegar a tener trascendencia real. La causa juega su función justificadora no sólo en el momento genético de la creación del vínculo (sinalagma genético), sino también en el tiempo posterior del desenvolvimiento de su eficacia (sinalagma funcional): es lo que Castro ha llamado la continuada influencia de la causa en la relación negocial (9), y lo que, en la exposición, e. c., de Messineo, permite distinguir entre la causa del contrato y la causa de la obligación (10). Por más que el contrato se haya válidamente perfeccionado, también desde el punto de vista de la causa (arts. 1.275 y 1.276), generando, por tanto, obligaciones eficaces entre las partes, circunstancias posteriores podrán hacer injustificada alguna de estas obligaciones: el incumplimiento de una parte deja sin causa la obligación recíproca de la otra (arts. 1.274, 1.124). En tal sentido la adquisición por precio no da razón en un ordenamiento causalista de un dominio definitivamente estable mientras tal precio no haya sido satisfecho íntegramente: la obligación de entrega, aun cuando inicialmente cumplida y ejecutada, queda pendiente en su definitiva vigencia del cumplimiento de la recíproca obligación de pago del precio; incumplida ésta, aquélla queda sin causa (1.274) y, en consecuencia, la situación creada por la entrega (adquisición del dominio) adviene susceptible de ser resuelta mediante la restauración de la situación inicial, en condiciones tales que podrá afectar incluso a terceros adquirentes si éstos no son terceros protegibles (arts. 1.124 C. C. y 37 L. H.). La Glosa de Gregorio López a P. V, tit. 5, L. 38 veía aquí un *dominium retro*

(9) CASTRO: *El Negocio jurídico*, Madrid, 1967, págs. 313 ss.

(10) MESSINEO: *Il contratto in genere*, I. Milano, 1973, págs. 124-130.

*traslatum* que permitía al vendedor reivindicar la cosa. ¿En qué condiciones transmitiría desde este punto de vista, en el caso en estudio, el vendedor *non dominus* que, sin haber pagado su precio, se dice adquirente de la cosa?

Pero hay más: no puede olvidarse que el Derecho ha venido individualizando el supuesto de la compraventa inicialmente válida, cuyo precio no llega a pagarse. Ciertamente que la entrega que sigue al contrato y ejecuta la obligación derivada del mismo, tiene, en principio, eficacia traslativa; ahora bien, ¿habrá de seguir manteniéndose tal eficacia cuando el comprador no paga el precio? La tradición jurídica sobre la que se asienta nuestro Código viene respondiendo invariablemente en sentido negativo. Expresivo, Justiniano en Inst. 2, 1, 41, con remisión a las XII Tablas y al Derecho Natural:

«*Venditae vero res et traditae, non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore vel pignore dato. Quo cavetur quidem ex lege duodecim Tabularum, tamen recte dicitur et jure gentium, id est jure naturali, id effici: sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus est, dicendum est statim rem emptoris fieri.*»

Es el mismo criterio que en nuestro Derecho histórico consagrarán las Partidas (P. III, 28, 46) al establecer el sistema causal de transmisión del dominio (título y modo):

«*Apoderan unos omes a otros en sus cosas vendiendo gelas, o dando gelas en dote, o en otra manera, o cambiandolas, o por alguna otra derecha razón. E porende dezimos que por tal apoderamiento como este que faga un ome a otro de su cosa, o que le faga otro alguno por su mandado, que passa el señorío de la cosa a aquel a quien apoderasse della. Empero si el que ouiesse vendido su cosa a otri le apoderase della, si el comprador non ouiesse pagado el precio, o dado fiador, o peños, o tomado plazo para pagar, por tal apoderamiento como este, non passaria el señorío de la cosa fasta que el precio se pagasse. Mas si fiador, o peños ouiesse dado, o tomado plazo para pagar, o si el vendedor se fiasse en el comprador del precio: estonce passaria el señorío de la cosa a el por el apoderamiento, maguer el precio non ouiesse pagado. Empero tenuto seria de lo pagar.*»

Gregorio López lo formulará, desde el enunciado del sistema del título y el modo, del siguiente inequívoco y lapidario modo: *Acquiritur dominium traditione rei ex titulo habili soluto pretio*, vel fide habita de eo; *re vendita, non transit dominium in emptorem per traditionem, nisi transeat dominium pretii a se soluti in venditorem.*

Más próximos a nuestros días, Sánchez de Molina y Navarro Amandi siguen proclamando igual criterio. Ambos parten del sistema transmisivo del título y el modo (11), para concretar en el caso de la venta sin pago del precio, que —Sánchez de Molina (12)— «el comprador debe pagar el precio de la cosa vendida; *hasta entonces no adquiere el dominio de ésta, aunque se le haya entregado*, a no ser que hubiere dado fiador o tomado plazo para pa-

(11) Cfr. SÁNCHEZ DE MOLINA: op. cit., pág. 123, y NAVARRO AMANDI: op. cit., II, pág. 235.

(12) Op. cit., pág. 422.

garlo», o —Navarro Amandi (13)— «*el comprador no adquiere el dominio sobre la cosa vendida, aun cuando le hubiere sido entregada, sino mediante el pago del precio, o si hubiese dado fiador, u otorgado fianza, o se hubiese estipulado plazo cierto para pagar*».

Desde una consideración realista el criterio aparece más que justificado; diríase que se impone por sí mismo. Más que necesitado de explicación él mismo, sería el resultado contrario el que habría de justificarse. De hecho, el vigente Código Civil italiano —que, como se sabe, sin seguir el sistema del título y el modo, responde no obstante a criterios de transmisión causal— lo da por supuesto al establecer en su artículo 1.519 que *se la vendita e stata fatta senza dilazione per il pagamento del prezzo, il venditore, in mancanza di pagamento, puo riprendere il possesso delle cose vendute, finche queste si trovano presso il compratore*. ¿Se habrá apartado de él nuestro Ordenamiento?

Sin necesidad de recurrir a la Base primera de las de la Ley de 11 de mayo de 1888 («El Código tomará por base el Proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio...») el causalismo de nuestro Derecho, articulado para el mecanismo transmisivo en el sistema del título y el modo, impone la respuesta negativa. La causalización de la entrega (art. 609) supone el supeditar la significación de ésta a las vicisitudes del título, al tiempo que, a la inversa, impide la independización de su alcance respecto de la virtualidad de su causa. Sin necesidad de norma concreta sobre el efecto del impago del precio cuando ni se concedió plazo ni se afianzo su cumplimiento, la orientación básica del sistema transmisivo supone la vigencia del criterio histórico antes destacado. Pero es que tampoco puede decirse que falten manifestaciones concretas del mismo en nuestro vigente Ordenamiento. ¿No responde a él la resolución de pleno derecho de la compraventa de bienes muebles, en interés del vendedor, cuando el comprador no haya ofrecido el precio en el momento de la entrega sin que se haya pactado mayor dilación (art. 1.505)? ¿Y el derecho de separación consagrado en la quiebra (art. 909, 8 C. c.) respecto de los géneros vendidos al quebrado *a pagar al contado y no satisfechos en todo o en parte, interin subsistan embalados en los almacenes del quebrado o en los términos en que se hizo la entrega...*, considerados tales géneros como bienes *cuya propiedad no se ha transferido al quebrado por un título legal e irrevocable* (art. 908)?

La causalización de la entrega, digamos para terminar este punto, impone la negación de su trascendencia traslativa cuando el precio no se paga. Es que, para decirlo con palabras de Ursicino Alvarez (14), en nuestro Ordenamiento debe entenderse establecido como principio el de que «para que la *traditio* tenga virtualidad traslativa necesita, además de la voluntad concorde de las partes, un fundamento jurídico que justifique la transmisión», debiendo añadirse que, por consecuencia del principio causalista, y a diferencia de lo que ocurriría en un sistema de transmisión abstracta, el de-

(13) Op. cit., pág. 233, artículo 1.503.

(14) ALVAREZ SUAREZ, U.: *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945, pág. 11.

efecto o insuficiencia causal impide la pérdida del dominio por el transmitente, al tiempo que, en consecuencia, permite a éste reivindicar aún, en principio, contra terceros (15). Otra cosa, esto es, considerar eficaz la entrega no obstante lo defectuoso de su causa —causa de la entrega, como distinta de la causa del contrato, advertiría también Ursicino Alvarez— sería tanto como arrastrar, lo que tan frecuentemente ocurre en nuestra doctrina, consecuencias de una *traditio* independizada o abstracta (a imagen de la *Einigung* alemana) que nada tiene que ver con nuestro Derecho, ni resulta exigida por la seguridad del tráfico, ventajosamente cubierta por el principio, complementario del causalista, de la protección del tercero adquirente de buena fe.

Siendo ello así, y supuesto el comportamiento del comprador en el caso resuelto por la sentencia que comentamos, resultaría al menos discutible la virtualidad transmisiva de la entrega de la cosa al vendedor *non dominus*. ¿Podría éste, entonces transmitir, por más que entregue, al comprador? La venta de cosa ajena, en su configuración histórica y actual, no permitiría este resultado. Si la cosa entregada sigue siendo ajena al vendedor, no pierde su derecho el propietario. ¿Habría, con todo, de entenderse interferida la solución del caso por el principio protector del tercero adquirente de buena fe?

La sentencia que comentamos, como las anteriores en ella invocadas, se refiere expresamente a la posible interferencia en la ineficacia transmisiva de la venta de cosa ajena de mecanismos favorables a la adquisición del tercero; en concreto, usucapión y fe pública registral (16). En el presente caso la interferencia sanante vendrá —adquisición de bien mueble— sin usuca-

---

(15) ALVAREZ SUÁREZ: op. cit., pág. 13.

(16) Sentencia de 27 de mayo de 1982: aunque «la venta de cosa ajena es nula en su aspecto real, como elemento del acto transmisivo, complementado por la tradición», es, en cambio, válida en su aspecto personal, de tal manera que «si el vendedor es dueño, la tradición transferirá el dominio al comprador, y si no lo es, todo el poder y posesión que él tuviera sobre la cosa, con la posible consecuencia de que sumando el tiempo de posesión del vendedor con el del comprador, puede producirse usucapión a favor de éste». Sentencia de 3 de julio de 1981: «La sentencia recurrida, en cuanto a dichos aspectos indemnizatorios, evidentemente parte del reconocimiento de un ilícito civil derivado de ventas de cosa ajena, determinantes de adquisiciones *a non domino* prevalentes en razón del principio de buena fe (*fides publica registral*) por existencia de terceros hipotecarios legalmente amparados en la adquisición que, al ser impeditivo de devolución por el vendedor... de la cosa indebidamente vendida por él a dichos terceros hipotecarios protegidos, conduce a la consiguiente declaración indemnizatoria a la que la resolución recurrida llega con indudable acierto». Sentencia de 31 diciembre 1981: «... con el efecto, caso de incumplimiento o no adquisición por el vendedor para entregarlas luego, de resarcir al comprador en el *id quod interest* o equivalente económico, efecto que también se produciría si el verdadero dueño reivindicara y recuperara la cosa entregada cuando ello fuera posible —por ejemplo, no usucapida o no inscrita por éste de buena fe— ... Es justamente en la hipótesis contraria —venta con entrega y transmisión— cuando el problema se complica y surge entonces la necesidad de hacer declaraciones de nulidad por efecto del ejercicio de acciones de ese orden o reivindicatorias actuadas por el *verus dominus* que ha sido efectivamente desposeído, bien transitoria, bien definitiva y jurídi-

pión ni inscripción, de la mano de la buena fe (17). «El comprador, señor M. —dirá el 10.º Cdo.— recibió la embarcación, poniéndola en su posesión, *con adquisición de buena fe* de quien a su vez la tenía». ¿Estaremos ante una aplicación del artículo 464 C. C. en su interpretación llamada germanista, y de ahí que al comprador se reconozca la adquisición *inmediata y definitiva* de la propiedad y no sólo una *possessio ad usucapionem*, susceptible de ser vencida en evicción?

Algún atisbo en la dirección apuntada se dio en la sentencia recurrida, hasta el punto de que el último motivo de casación alegaba la errónea interpretación del artículo 464 del C. C.; motivo que fue desestimado por cuanto la cita que del artículo 464 hacía la sentencia lo era sólo como *obiter dictum*, no como *ratio decidendi* del caso (por más que la solución se corresponda —podría añadirse— con la que se seguiría del 464 en la interpretación que se indica). Con todo, proseguir por esta vía para justificar la eficaz adquisición del comprador sería tanto como adentrarse en un camino cuajado de dificultades y finalmente —creemos— sin salida, al menos clara. He aquí la razón de esa que antes hemos llamado fundamentación pendular del fallo de la sentencia. ¿Puede en el caso considerarse al comprador como un adquirente de buena fe, protegible, como tal, en su adquisición?

La pregunta nos aboca inexorablemente a la comprobación de la cualificación subjetiva de la adquisición: ¿de buena o de mala fe? Y aquí, una primera observación: la sentencia que, como hemos visto, recurre complementariamente a la adquisición de buena fe para justificar la firme adquisición del comprador-tercerista, algo de peculiar observa en el caso como para oscilar dubitativamente entre la afirmación de la buena fe o la proclamación de simple ausencia de mala fe. En el Cdo. 6.º, más que una clara afirmación de buena fe en el comprador adquirente, encontramos una negación de la posibilidad de reivindicar por parte del *dominus* por, tratándose de cosa mueble, «no haber mala fe». En el Cdo. 8.º se afirma no tratarse en el caso de una operación realizada por ignorancia, ni con engaño, «sino del más usual o normal del conocimiento de los hechos por los interesados, o al menos con la presunción de su buena fe, no contradicha». En el 11.º: «es claro que la concurrencia de mala fe no puede predicarse del señor M., comprador, por no consultar el Registro de embarcaciones...». ¿Cuál es, a la vista de estas afirmaciones, la situación subjetiva del comprador adquirente: adquirente de buena fe, como tal protegible, o simple adquirente sin mala fe?

Por más artificiosa que pueda resultar la anterior pregunta, tiene, a nuestro entender, su razón de ser. La distinta consistencia de la buena fe en fun-

---

camente, por ejemplo en el evento de la transmisión a tercero hipotecario (art. 34 de la L. H.) o simplemente ganador del dominio por la usucapión, hipótesis que también provocarían la pertinente indemnización sustitutoria (en este caso al dueño)...

(17) El Cdo. 6.º de la sentencia es reproducción literal del 3.º de la Sentencia de 31 de diciembre de 1981, con sólo una salvedad: donde ésta dice, refiriéndose a la posible reivindicación del *verus dominus* «—por ejemplo, no usucapida o no inscrita por éste (el comprador) de buena fe—», la que comentamos particularizada: «(en el caso presente, cosa mueble, si hubiera mala fe y no hubiera perdido el dominio el primer dueño recurrente)».

ción de los diversos campos y de la diferente manera en que proyecta su eficacia, impide confundir en cuanto a la protección del adquirente simple no prueba de mala fe y positiva situación de buena fe. La buena fe, como genérica situación subjetiva básica, debe presumirse siempre; derivada de la presunción general de honestidad (*quisquis censetur bonus, nisi probe-tur malus*). Distinta a ella, la específica condición subjetiva para obtener un determinado *favor legis*, deberá ser acreditada, a no ser que circunstancias externas permitan otra cosa; quien invoca un beneficio legal debe probar el hecho que dé fundamento a ello.

Para la técnica legal de la protección del tercero adquirente de buena fe, en efecto, no es lo mismo la simple ausencia de mala fe que la positiva situación de buena fe. La protección del tercero adquirente de buena fe, que tantas resistencias ha tenido que vencer en el proceso de su generalización, sólo evita la calificación de «tabla de salvación al servicio de atolondrados y negligentes» cuando se la circunscribe a aquellas situaciones en las que el estado *objetivo* de las cosas (apariencia jurídica, de la que son particularizaciones arquetípicas la posesión y la publicidad registral) habla por sí mismo en condiciones tales que justifican la confianza del tercero en su veracidad y realidad, sin tacha de negligencia. Cuanto más intensa —se ha dicho— sea la fuerza persuasiva de los hechos constitutivos de la apariencia jurídica, tanto menor será la obligación de comprobación y autoprotección exigida al tercero por el deber de diligencia. Si puede con fundamento mantenerse que la buena fe requerida para la usucapión ordinaria (artículo 1.950) supone una particularización de la más genérica buena fe posesoria (art. 433), debe aún añadirse que para la impropia llamada usucapión instantánea o protección del tercero adquirente de buena fe, se requiere una ulterior especificación en su fundamentación: la objetividad de la situación aparente que la justifica (arts. 464 C. C. y 34 L. H.). Como decía Bérnago, para la protección del tercero adquirente de buena fe han de concurrir inseparablemente unidos, como hermanos siameses, la objetividad de la apariencia (elemento material) y la buena fe del tercero (elemento psicológico). La buena fe que, en detrimento del derecho del *verus dominus*, permite mantener al tercero en su adquisición resulta, así, una buena fe cualificada por consistir en una creencia en lo que objetivamente aparece o se manifiesta y, correlativamente, en un desconocimiento de lo que tras dicha apariencia se oculta, todo ello conjugado con el siempre exigible deber de diligencia; sólo la objetividad de la situación aparente impide la descalificación del tercero por negligencia. En materia de adquisiciones la objetividad de la apariencia discurre por el doble cauce de la posesión o de la publicidad registral (18).

Si desde el campo general de los principios descendemos a la singularidad del caso resuelto por la sentencia, la comprobación de la ineducación de éste al esquema de la adquisición de buena fe (interferencia sanante de ad-

---

(18) Sobre la buena fe en la protección de la apariencia jurídica nos permitimos remitirnos a las páginas 255 ss. de nuestro trabajo *La representación aparente. Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica*. Salamanca, 1978.

quisiciones de otro modo ineficaces) es obvia. El comprador tercerista sólo podrá aducir su confianza en la palabra del vendedor, señor E., sin que la credibilidad de dicha palabra pueda venir arropada o envuelta en la objetividad de una previa situación posesoria indiciaria de su titularidad. Es más, aun cuando en las alegaciones este punto pudiera no resultar tan claro, la sentencia entenderá —Cdo. 8.º— que la compraventa de cosa ajena se hizo con pleno conocimiento de su carácter de tal: el comprador sabe que compra a quien no es dueño; la documentación que recibe (Cdo. 1.º) habla de una titularidad distinta. Ni la situación posesoria previa, ni la peculiaridad de la celebración del contrato, según admite la sentencia, permiten ver en el señor E., comprador, al *tercero adquirente de buena fe* que el Derecho específicamente protege a través de esa interferencia sanante que aquí —como en otros casos la usucapión o la fe pública registral— pudiera suplir la ineficacia real de la venta de cosa ajena y, *ratione sui*, de la *traditio* seguida de ella.

Pues bien, excluida la aplicabilidad del artículo 464, aunque en trance al mismo tiempo la Sentencia de hacer valer el derecho del tercerista, adquirente de cosa no propia del vendedor, va —según decíamos— a destacarse la buena fe de éste, pero poniéndosela en relación, no tanto con el inicial proceso adquisitivo, entendido éste al modo del artículo 464, sino con el momento posterior de la resolución del la compraventa entre vendedor *non dominus* y *verus dominus*. El tercerista queda protegido no tanto por el repetido artículo 464 como por el 1.124, así como por los artículos 1.295 y 1.298. Los efectos de la venta de cosa ajena podrán «afectar o perjudicar al recurrente —se dice en el 5.º Cdo.— en cuanto por ello perdió su originaria condición de tercero y obligado al respecto de la segunda transmisión, máxime cuando el propio recurrente —que se dice *verus dominus*— enajenó la cosa al que después vendió al tercerista, ratificando o sanando así la venta que el señor E. (comprador al recurrente) hizo antes, con la pérdida de su posible acción reivindicatoria contra el señor M., ya que éste, pese a la resolución (que se dice rescisión) acordada entre E. y M. V., aparece protegido contra ella por el juego de los artículos 1.124 y 1.295 del C. C., como después también se verá». Efectivamente, en el Cdo. 11.º se insiste en que «esa resolución no podía perjudicar al señor M., por ser éste un tercer adquirente de buena fe, conforme a lo dispuesto en el propio artículo 1.124 con su remisión a los artículos 1.295 y 1.298 del propio Código, en especial, del 1.295, que claramente establece que no tendrá lugar la rescisión cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubieren procedido de mala fe». Y, finalmente, el Cdo. 12.º mantiene la eficacia de la adquisición del comprador como «derivada de un contrato suficientemente válido en principio para transmitir el dominio o derecho real, luego perfeccionado y consumado mediante la tradición efectiva y consolidada por la adquisición que el vendedor hizo al primitivo dueño, dada la ineficacia de la resolución pactada después, por obra de lo dispuesto en el artículo 1.295 del C. C.».

¿Se clarifican definitivamente las cosas desde este punto de vista? ¿Permite el nuevo punto de referencia de la buena fe un más amplio juego de ésta, sin por ello privarla de su efectividad —complementaria y alternativa—

en la justificación de la eficaz adquisición del comprador? La respuesta dependerá, evidentemente, del modo como se interprete la buena fe exigida en el artículo 1.124 y en el 1.295: ¿la misma del artículo 464, de forma que los supuestos contemplados en estos otros supuestos no sean sino una concreta aplicación o singularización del más ampliamente comprendido en aquél, o, por el contrario, buena fe distinta, en el sentido de que no necesite descansar en la realidad de una previa situación de apariencia jurídica? Más brevemente: el tercero del artículo 1.124 o 1.295 ¿es el tercero adquirente de buena fe del artículo 464?

La sentencia ha podido fundamentar su argumentación en la literalidad del artículo 1.295: la acción rescisoria se detiene ante «terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe». Más que la positiva buena fe siempre exigible al tercero adquirente a *non domino*, lo que aquí se requiere es algo distinto: la simple ausencia de mala fe. La explicación puede ser clara: la exigencia ha de ser mayor cuando se trata de justificar la adquisición realizada de un no titular que cuando, simplemente, es cuestión de mantener una adquisición *a vero domino* mediante la determinación del límite a que alcanza una acción calificada de meramente personal (19). Dudamos, con todo, que la literalidad del artículo 1.295, 2, cuya aplicabilidad vendría indirectamente ordenada por la remisión del artículo 1.124, pueda ofrecer sólida base a la argumentación que se indica. A la nebulosidad de la rescisión en el Derecho moderno (20) han de añadirse en nuestro Código la ambigüedad resultante de la inclusión bajo su no muy definido rótulo de supuestos muy distintos entre sí, para los que indistintamente se establece una regulación que no a todos conviene en igual forma. Desde este punto de vista creemos más que legítima la pregunta sobre la posibilidad de asimilación entre el caso ordinario del ejercicio de la acción rescisoria y el de la acción resolutoria. Una cosa es el alcance de la rescindibilidad y otro el de la resolución de la obligación por incumplimiento de la recíproca. Recordemos de nuevo la observación de Ursicino Alvarez: en un sistema causal, la ausencia de causa (aun de causa de la obligación) priva a la *traditio* de alcance real (21). Mucho más, podríamos añadir, si en el sentido más arriba indicado, se entiende subsistente en nuestro Derecho a través de los artículos 1.505 C. C. y 909 C. c., el criterio, no ya de la mera resolubilidad de la entrega sin causa, sino de la resolución automática (no hay *retro traslatum dominium*, sino que ni hubo transmisión, *insoluto pretio*) del contrato

(19) En este sentido, VALLET DE GOYTISOLO: *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, RDP 1947, pág. 936. JORDANO: *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*, ADC 1950, página 40. HERNÁNDEZ GIL: *De nuevo sobre el artículo 464 del CC*, RDP 1945, página 427, más recientemente, en *La posesión*, Madrid, 1980, pág. 600. LADARIA: *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, pág. 154. En contra, esto es, como una aplicación del artículo 464, MELÓN: *La posesión de bienes muebles adquirida de buena fe* equivale al título, Barcelona, 1957, págs. 62-63 y 92-93.

(20) Pueden verse las observaciones al respecto de GARCÍA GOYENA: *Concordancias...* (ed. Zaragoza, 1973), pág. 618, o de SCAEVOLA: *Código Civil*, XX, Madrid, 1904, pág. 685 o, y de modo especial, CASTRO: *El Negocio jurídico*, cit. págs. 517 ss., esp. 524-525.

(21) ALVAREZ SUÁREZ, U.: op. cit., págs. 12-13.

cuyo efecto traslativo no ha llegado a producirse. De hecho, García Goyena, para el supuesto del artículo 1.124 entendía necesaria la positiva adquisición de buena fe (22); lo mismo que hace hoy el artículo 37 de la L. H. al establecer —igualmente para todas ellas— que las acciones resolutorias, rescisorias y revocatorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, a no ser que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro. La apariencia posesoria o registral funda un desconocimiento de la causa de la resolución o rescisión, que impide oponerla a quien confía en la apariencia: al tercero de positiva buena fe. En el caso que la sentencia resuelve, recordémoslo, parece haber, más que tal positiva buena fe, simple ausencia de mala fe.

Como resumen, pues, y para dar fin a este ya demasiado extenso comentario, repetamos que, con las salvedades hechas a su inicio, no nos resulta indiscutible que haya de considerarse cumplida por el vendedor *non dominus* la obligación asumida en el contrato; que tampoco nos parece indiscutible la afirmación de que, sin pago del precio, deba reputarse adquirida la embarcación, por más que ésta le hubiera sido entregada; que tampoco por el hecho de que el vendedor *non dominus*, a su vez y en las anteriores condiciones, entregue, ahora al comprador, haya de entenderse transmitida la propiedad a éste último. Que de no entenderse transmitida la propiedad por el juego del título y el modo, al impedirlo el impago del precio, tampoco la adquisición de buena fe —como en otros supuestos la usucapión o la fe pública registral— pueda en el caso venir en auxilio del comprador adquirente; para ello es necesaria una buena fe, nacida de la confianza en una situación de apariencia que en este concreto supuesto no se ha producido.

Sobre estas observaciones, otra complementaria, de concreta ponderación de intereses: ¿quien resulta más digno de protección, el dueño que vende y entrega, sin exigir garantía, ciertamente, al recibir en el acto el cheque por el que se instrumenta el pago del precio, o el comprador que conscientemente compra a quien sabe no es dueño y recibe de este la embarcación fiando sólo en su palabra sin, siquiera consultar el Registro de matrícula de buques ni exigir la comprobación de la titularidad del transmitente al tiempo de la entrega? La tradicional disciplina de la venta de cosa ajena, inaplicable al caso si en éste se entiende cesada la ajenidad en el interin entre la celebración del contrato y el acto de entrega, si en algo paraba mientes era en el estado subjetivo del comprador: ignorando éste el hecho de la ajenidad, conservaba su derecho contra el vendedor en caso de reclamación por el *verus dominus*; en caso contrario, cuando conoce que compra a quien no es dueño, pierde todo derecho: ha asumido los riesgos económicos de la operación. ¿Sería de apreciar tal asunción en el caso resuelto por la Sentencia?

---

(22) Artículo 1.043 del Proyecto: «... Respecto de bienes muebles, haya o no haya habido estipulación expresa, nunca tendrá lugar (la resolución) contra el tercero que los adquirió de buena fe».

## II. SENTENCIAS

A cargo de S. BAÑOS, J. BONET CORREA, A. CABANILLAS SANCHEZ, M. DIAZ DE ENTRESOTOS, P. DE ELIZALDE, G. GARCIA CANTERO, J. A. LEONART, A. MANZANARES, C. PAZ-ARES.

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. Introducción

1. *Cláusula «rebus sic stantibus». Criterios para su aplicación.*—La jurisprudencia de esta Sala ha reiterado que debe acogerse con gran cautela, aplicándose sólo a contratos a largo plazo, de tracto sucesivo o de ejecución diferida.

*Naturaleza y función de la equidad.*—La discutida figura de la «aequitas» incorporada por vez primera en forma directa y nominativa a nuestro Código Civil por la reforma introducida por la Ley 373, de 17 de marzo, aparece en su artículo 3.3 como una forma, procedimiento o, si se prefiere, elemento de interpretación, a la vez que corrector de la generalidad de la ley; función y actividad que se encomiendan a los Tribunales. (Sentencia de 9 de mayo de 1983; no ha lugar.)

(P. E. A.)

2. *Normativa reglamentaria.*—Es de notar la irrelevancia que, a efectos casacionales, repetidamente este Tribunal viene atribuyendo a la normativa puramente reglamentaria, que es la supuestamente infringida según el motivo que se examina.

*Nulidad.*—La nulidad de pleno derecho, a que se refiere el artículo 6, punto 3 del Código civil, deja a salvo aquellos casos en los que la disposición prohibitiva en presencia establezca para el caso de su contravención un efecto distinto de la nulidad que el precepto consagra, situación que es, cabalmente, la del caso de los Decretos de 24 de julio de 1963 y 12 de noviembre de 1976, aprobatorios de las reglamentaciones en materia de viviendas de protección oficial, cuyas infracciones, a que se refiere el artículo 29 de ambas disposiciones —entre ellas la venta a precio distinto del autorizado— son objeto de específica calificación y sanción en trámite procedimental, igualmente, se ordena en los artículos 35 y siguientes de dichas normas reglamentarias. (Sentencia de 25 de mayo de 1983; no ha lugar.)

#### 2. Derecho de la persona

3. *Compraventa de inmuebles. Diferencias de cabida. Artículo 1.472 C. c. Interpretación restrictiva de la prescripción extintiva.*—El instituto de la prescripción extintiva, cual tiene declarado esta Sala, entre otras, en sen-

tencia de 17 diciembre 1979, al venir sustentada sobre un principio de abandono o inactividad que provoca como consecuencia la pérdida de un derecho, debe ser objeto en su aplicación de trato cauteloso y, por ende, restrictivo (SS. de 4 julio 1953, 17 diciembre 1979, 16 marzo 1981 y 9 marzo 1983), siendo esencial a tales efectos la valoración de la voluntad del afectado en orden al mantenimiento y subsistencia de su derecho, de tal modo que cuando se patentice clara y fehacientemente el *animus conservandi*, debe quedar interrumpido el *tempus praescriptionis* (S. de 9 marzo 1983).

*Interrupción por acto de conciliación.*—Si bien la doctrina de esta Sala, al contemplar el artículo 479 L. e. c., otorga al acto de conciliación un efecto meramente suspensivo del plazo prescriptorio si la demanda no fuera presentada dentro de los dos meses siguientes, no puede olvidarse ni la semejanza de dicho precepto adjetivo con el artículo 1.947 C. c., referido a la usucapión y no a la prescripción extintiva, ni la circunstancia de que el artículo 1.973 habla sólo de *interrupción* de la *praescriptio actionis* «por su ejercicio ante los Tribunales», en el que se comprende la presentación de la papeleta de conciliación, con independencia de la naturaleza jurídica que pueda merecer este instituto. (Sentencia de 7 de julio de 1983; ha lugar.)

**HECHOS:** Se trataba de una reclamación por menor cabida de un local comercial cuyo importe alcanzaba a casi tres millones y medio de pesetas. La parte actora había intentado la conciliación en tres ocasiones: 28 junio 1977, 5 octubre 1977 y 1.º diciembre 1977; en las dos primeras sin acuerdo, y en la última sin asistencia de los demandados. La demanda se presentó en el Juzgado en 24 enero 1978. En el pleito se hizo valer la prescripción extintiva del artículo 1.472 C. c., dado que la compraventa se había otorgado el 25 de enero de 1977.

**COMENTARIO:** Sentencia importante (Pte. Fernández Martín-Granizo) por cambiar la orientación jurisprudencial que Albaladejo consideraba equivocada, en el sentido de no ser interruptivo el acto de conciliación no seguido dentro de los dos meses por la correspondiente demanda (Cfr. su *Derecho civil*, I-2.º, 1980, p. 511). En realidad se aceptan en la sentencia los argumentos ya sostenidos por este autor en su trabajo sobre *La interrupción de la prescripción extintiva civil por acto de conciliación no seguido de demanda*, en R. G. L. J., noviembre 1967, pp. 709 ss. En el mismo sentido Díez-Picazo y Gullón, *Sistema*, I, 4.ª ed., 1981, p. 479.

Interesa destacar el argumento *ab absurdum* unido a razones de equidad que expresa el 4.º considerando de la S. extractada: «A esta interpretación conduce, igualmente, la rigurosa y discutible consecuencia que produce la posición contraria, ya que ello supondría otorgar una mayor eficacia interruptiva respecto de la prescripción extintiva que contempla el artículo 1.973 C. c., a la reclamación extrajudicial que a la verificada a través de la conciliación, con evidente ruptura del principio exegético que sanciona el artículo 3.º C. c., tanto en orden a la necesidad de interpretar las normas conforme al espíritu general de las mismas, como al juego de la equidad,

al intercalar en la letra e incluso el espíritu del citado artículo 1.973 un elemento nuevo desde el punto de vista del derecho sustantivo, que se impone a la declaración de voluntad ínsita en la papeleta de conciliación».

G. G. C.

4. *Interpretación normativa. Criterios utilizables.*—Como ha establecido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, la interpretación de los preceptos positivos debe ser obtenida no sólo de la letra estricta del texto legal, sino teniendo en cuenta su sentido lógico, que busca el espíritu y sentido, así como la finalidad de la Ley y su ponderación sistemática, que obliga a considerar el ordenamiento jurídico como un todo orgánico. En definitiva, la labor interpretativa debe responder al fin supremo de la Justicia, que únicamente puede estimarse cumplido cuando el precepto se aplica con la adecuada y justa flexibilidad de criterio que permita acomodarse a las circunstancias del caso.

*Personas que pueden ser socios de Cooperativas de enseñanza.*—Las cooperativas persiguen realizar una actividad económico-social para la mutua y equitativa ayuda entre sus miembros y la finalidad a que se dedique marca un límite para la determinación de sus miembros, que sólo pueden ser quienes ostenten interés directo en razón a los servicios que preste la cooperativa. En relación con las cooperativas de enseñanza, sería absurdo que el control y gestión de su actividad pudiese ser asumido, en la posición de socios, por quienes, no siendo alumnos ni padres de alumnos, carecen de interés directo en la prestación del servicio. (Sentencia de 15 de marzo de 1983; no ha lugar.)

ANTECEDENTES: La Asamblea General Extraordinaria de una cooperativa de enseñanza aprobó una nueva redacción del artículo 5 de sus estatutos, admitiendo la posibilidad de ser socios de ella a «personas físicas o jurídicas que presten su ayuda en los términos desarrollados por los estatutos y acrediten ante el Consejo Rector un interés común con los restantes socios, de acuerdo con el artículo 17 del Reglamento». El acuerdo de la Asamblea fue impugnado por uno de los socios, por entender que vulneraba el artículo 118 del Reglamento de Cooperativas, aprobado por R. D 2.710/78, de 16 de noviembre, que, para las Cooperativas de Enseñanza, establece en su apartado 2: «Serán socios de las Cooperativas de Enseñanza los padres de alumnos o sus representantes legales y los propios alumnos cuando sean mayores de edad o estén emancipados».

La impugnación prosperó ante la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad.

NOTA: De esta sentencia conviene destacar dos aspectos fundamentales: 1.º) La admisión, sin dificultad alguna, del recurso de casación fundado en alegatos sobre la «interpretación de un precepto reglamentario, como el citado artículo 118 del Reglamento de Cooperativas, núcleo del pleito, como reconoce el Tribunal Supremo en el primer considerando de la sentencia.

No cabe duda de la condición de «reglamento ejecutivo» que tiene el Reglamento de Cooperativas, sobre todo al regular las clases de éstas, pues cumple el mandato del artículo 49 de la Ley 52/74, General de Cooperativas («las Cooperativas se clasificarán en la s normas reglamentarias de esta Ley...»), pero, a pesar de su rango reglamentario, la sentencia no rechaza su acceso a la casación, criterio jurisprudencial generalizado.

2.º) En cuanto al fondo del asunto, debe señalarse que el apartado 3 del citado artículo 118 regula las Cooperativas de Enseñanza de Trabajo Asociado, que pueden constituir los profesionales de la enseñanza y al personal no docente de los Centros, con lo que viene a cerrarse el campo cooperativo en este sector. Como acertadamente recuerda la sentencia, para la participación de otras personas en estas cooperativas podría utilizarse la figura de los «asociados», recogida por la Ley de 1974 en su artículo 16.

En cualquier caso parece evidente que el núcleo fundamental del régimen jurídico de las Cooperativas pertenece al Derecho privado, lo cual no ha sido debidamente captado por el Tribunal Constitucional en su sentencia

72/83, de 29 de julio.

(P. E. A.)

5. *Contratación entre sociedad madre y sociedad filial. Tercería de dominio y perjuicio de terceros.*—Una sociedad vende a su subsidiaria maquinaria industrial reservándose el dominio sobre la misma hasta tanto el precio no esté íntegramente satisfecho. Un acreedor de la sociedad filial reclama judicialmente el pago de un crédito y el juez decreta el embargo de aquella maquinaria (que, por lo demás, constituía el único patrimonio de la sociedad hija). La sociedad madre, propietaria del bien embargado en base a la reserva de propiedad mencionada, interpone una tercería de dominio. El T. S. no accede a la pretensión de la sociedad tercerista. A tales efectos, despliega un amplio y convincente razonamiento que hace referencia a las múltiples peculiaridades de la cláusula de reserva de propiedad (no inscripción, problemas de derecho aplicable, etc.). Aquí, sin embargo, nos interesa referir el último considerando en el que se señala lo siguiente: «... en el caso contemplado, como consecuencia del juego de la personalidad jurídica se observa que aparte de que es una sociedad (sociedad madre) la que se vende a sí misma, aunque con otro nombre (sociedad filial), es después esta segunda la que reconoce el dominio en favor de la primera que, naturalmente, acepta, dándose lugar con ello a que en el acto jurídico celebrado, las contrastantes voluntades de ofrecer y aceptar están emitidas por una sola persona, lo que, si formalmente es factible, choca, para su admisión en derecho, con la recta interpretación del artículo 1.254 y con la ilicitud que entraña el perjuicio de los intereses de los acreedores que ven frustrados sus legítimos derechos amparados por la norma genérica del artículo 1.911, según el que, del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros» (STS/20-VI-1983; no ha lugar).

NOTA: Aunque nos mostramos totalmente de acuerdo con el resultado alcanzado por el T. S. en esta resolución, disentimos en cambio respecto del razonamiento desenvuelto en el considerando que hemos reproducido y al que limitamos esta nota. El razonamiento de nuestro juez de casación, en síntesis extrema, viene a ser del siguiente tipo: *aunque la autcontratación está permitida cuando quede excluido el conflicto de intereses, debe volver*

a prohibirse cuando perjudique intereses de terceros. Esta doctrina conduce a hacer de la norma prohibitiva del contrato *cum se ipso* una norma de tutela de acreedores (es decir, de terceros extraños a la relación de referencia), lo cual «ni es necesario ni es apropiado». No es *apropiado*, porque si declaramos nulo el negocio debemos devolver a la sociedad madre la maquinaria en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.303 CC; y así, desde luego, no resolvemos el problema (en este caso este problema no se plantea, ya que el negocio constitutivo de la reserva de propiedad se hizo *a posteriori*). No es *necesario*, porque para la solución del caso disponemos de mecanismos más congruentes y concretamente entendemos que sería más pertinente aplicar aquí la *doctrina de la responsabilidad por infracapitalización* tal y como la hemos expuesto en un trabajo publicado en un fascículo anterior de esta revista (v. c. Paz-Ares, «Sobre la infracapitalización de las sociedades», ODC (1983), pp. 1587-1639. Así lo hizo en un caso similar de venta con reserva de dominio el T. S. alemán en una sentencia reciente (v. BGHZ 68, p. 319), en la que se entendió que los acreedores disponen de una acción de restitución (de la cosa gravada con la reserva de propiedad) si el «socio (vendedor) contra la finalidad de las normas de defensa de la aportación y conservación del capital social recupera un bien que económicamente debe calificarse como capital», como indiscutiblemente sucede en la sentencia que reseñamos. En todo caso no podemos ocultar que la solución propuesta por el Tribunal Supremo ha sido mantenida por alguna autorizada voz de la doctrina alemana (vg. Göggerle o Giesen), que ha propuesto la reconversión del § 181 BGB (que disciplina el *In sich-Geschäft*) para ser utilizado en supuestos de sociedades unipersonales, lo que virtualmente implica la construcción del citado precepto como norma de tutela de acreedores: cfr. E. Schanze, *Einmangengesellschaft und Durchgriffhaftung als Konzeptionalisierungsprobleme gesellschaftrechtliche Zurechnung*, Frankfurt a.M., 1975, p. 110, nota 428 e *ibi* la referencia a Göggerte y la crítica de su planteamiento; K. Larenz, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. esp., Barcelona-2, 1979, p. 387, donde se rebate la tesis de Giesen. V. también, en el sentido de nuestra propuesta, R. Reinhardt y D. Schultz, *Gesellschaftsrecht*, Tübingen-2, 1981, p. 338.

(C. P. A.)

### 3. Obligaciones y contratos

6. *Inexistencia de condición*.—Como ha declarado esta Sala, es legal y doctrinalmente incuestionable que la existencia de la condición en las obligaciones no se presume, y que la obligación condicional, al ser la excepción, requiere prueba.

*Edificación por el vendedor en el terreno vendido y aún no entregado*.—El artículo 362 del Código civil se refiere a la edificación «en terreno ajeno», y por ello no es aplicable al supuesto debatido, ya que no existe dominio acreditado del terreno sobre el que el vendedor edificó, a favor del comprador, puesto que aún no le ha sido entregado. No justificado el dominio, no puede el demandante, actual recurrido, instar la aplicación del artículo 362 del citado Cuerpo legal ante una cosa que a la sazón no era ajena al edificante, ya que, como también declaró esta Sala, para dar nacimiento al derecho de adquisición debe existir previamente dominio sobre el cual recaiga la misma, presupuesto fundamental que no concurre en el caso debatido, por lo que, si bien han de aceptarse las consecuencias jurídicas del contrato de compraventa cumplido por el comprador, en cuanto a su derecho a que le sea entregada la cosa que fue su objeto, no puede llegarse a la conclusión de que también le

pertenezca lo edificado en el suelo adquirido y que aún no le ha sido entregado, ni ostenta sobre él un derecho real de dominio. (Sentencia de 27 de abril de 1983; ha lugar.)

**HECHOS.**—Se celebró un contrato de compraventa de una parcela, que no fue entregada por el vendedor a los compradores. Durante la estancia de estos en Suiza, el vendedor edificó en dicha parcela un chalet. Los compradores demandaron al vendedor solicitando el otorgamiento de escritura pública y la entrega del objeto del contrato con pérdida de lo edificado y sin derecho a indemnización.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron la demanda. Prospera el recurso de casación interpuesto por el vendedor.

7. *Cláusula penal. Moderación de su cuantía por el Juez.*—Lo que el juzgador de instancia hace no es establecer, como se sostiene en el recurso, la existencia de un defectuoso cumplimiento de la obligación de pago que incumbía al dueño de la obra y derivar de tal morosidad la atenuación de la cláusula penal concertada para sancionar la demora en la entrega de la misma por el constructor, sino la realización por éste, como fruto de acuerdos posteriores a aquel de 28 de marzo de 1973, de obras que no estaban en el proyecto ni fueron objeto de contratación en el convenio en que se estableció la cláusula penal, incremento de obra al que, implícitamente, atribuye el juzgador, en parte, el retraso habido, como revela su expresión de que aunque no por ello esté totalmente justificada la tardanza, ha de servir, al menos, para paliar las consecuencias penales, sentando así unas premisas y conclusiones que, ante la obligación de entrega de la cosa, irregularmente cumplida, por el contratista, justifican, ampliamente, el uso hecho por la Sala de instancia del artículo 1.154 del Código civil, moderando, a su amparo, equitativamente, la multa penitencial convenida en el ejercicio por el Tribunal de un cometido discrecional irrevisable en casación, según reiterada doctrina jurisprudencial. (Sentencia de 20 de abril de 1983; no ha lugar).

**HECHOS.**—Se celebró un contrato de obra para la construcción de un conjunto de viviendas, estipulándose una cláusula penal por retraso en la terminación y entrega de las viviendas. El constructor exigió al comitente el pago del precio convenido, a lo que se opuso éste alegando el notable retraso en la terminación y entrega de las viviendas, por lo que había de tenerse en cuenta la cláusula penal estipulada.

El Juez de Primera Instancia hizo aplicación del artículo 1.154 del Código civil, moderando equitativamente la cuantía derivada de la aplicación de la cláusula penal. La Audiencia Territorial se limitó a rebajar escasamente el importe de la cantidad fijada. No prospera el recurso de casación.

**NOTA:** En esta sentencia estamos ante un supuesto de retraso en la entrega de la obra, que no está totalmente justificado, como dice el Tribunal Supremo. Ciertamente, esta precisión es importante, ya que si lo estuviera difícilmente podría aplicarse la cláusula penal, pues como dice la sentencia

del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1983 (la anotamos en este fascículo del ANUARIO), la penalización convencional requiere un retraso culpable. A nuestro juicio, de los artículos 1.152 y 1.105 del Código civil se infiere que si el cumplimiento defectuoso o irregular se debe a caso fortuito o fuerza mayor, no adquiere efectividad la cláusula penal, salvo que se haya estipulado que también en estos casos sea exigible.

Parece claro que el retraso en la entrega de la obra implica que una de las obligaciones principales del contratista ha sido irregularmente cumplida y por consiguiente es factible la aplicación del artículo 1.154 del Código civil, que señala que el juez puede modificar equitativamente la pena cuando una obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida. No existe, desde luego, un incumplimiento total que, según se infiere del propio tenor de este precepto, impide la aplicación del mismo.

En esta sentencia el juicio de equidad que justifica la reducción de la pena convencional es explicado por el Tribunal Supremo, al decir que el incremento de la obra ha sido determinante del retraso, aunque no lo justifique totalmente. Además se destaca que la moderación del juez es irrevisible en casación, lo cual tiene su apoyo en una consolidada doctrina jurisprudencial, de la que son muestra la sentencia de 30 de marzo de 1983, que anotamos también en este fascículo del ANUARIO y 11 de mayo de 1982, anotada en este ANUARIO (1983, II, p. 627). En esta última se da una explicación para justificar el carácter irrevisible en casación del arbitrio judicial a que se refiere el artículo 1.154 del Código civil: entraña el ejercicio de una facultad moderadora entregada a la soberanía del Tribunal de Instancia que, por referirse a un juicio de equidad, no es revisable en casación. En la Sentencia de 30 de junio de 1981, también anotada en este ANUARIO (1983, II, p. 626), se precisa que afirmar que la modificación se hará de manera equitativa implica algo consustancial con la valoración y apreciación discrecionales.

(A. C. S.)

8. *Causa del reconocimiento de deuda.*—No es defendible en nuestro ordenamiento positivo la tesis que atribuye valor constitutivo al reconocimiento de deuda, con independencia de que la causa exista o no, fundándose en la atribución de carácter abstracto al negocio.

*Presunción de la causa del reconocimiento de deuda.*—Al reconocimiento de deuda carente de causa le es aplicable lo dispuesto en el artículo 1.277 del C. c., que establece una mera abstracción procesal, no material, de la causa, cuyo efecto consiste en la inversión de la carga de la prueba. (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1983; ha lugar.)

NOTA: El problema principal con que se enfrenta el Tribunal Supremo es el de los efectos jurídicos de un reconocimiento de deuda sin expresión de causa, pues mientras el Tribunal de Instancia desestima la demanda en que se reclama la deuda, la Audiencia Territorial estima al considerar que «quien suscribe un documento de reconocimiento de deuda, como negocio abstracto que es, crea con ello una obligación independiente de la deuda reconocida». Esta postura es entre nosotros minoritaria por cuanto hoy la mayoría de la doctrina y jurisprudencia coincide en que nuestro ordenamiento positivo no admite los negocios abstractos, en contraposición a lo que sucede en otros ordenamientos (por ejemplo, el alemán). Nuestro artículo 1.261. 3.º C. c. exige para la existencia de contrato «la causa de la obligación que se establezca» y así, acertadamente, lo destaca el T. S.

Ni siquiera es posible invocar la autonomía de la voluntad para eludir la exigencia de causa, ya que aquélla, según el artículo 1.255 C. c. se halla sometida a límites, entre los cuales hay que destacar el que impone la Ley de que el negocio tenga causa.

Tampoco se puede llegar al efecto práctico de la abstracción a través de las reglas que rigen la prueba, más concretamente, a través del funcionamiento de la confesión extrajudicial. Si atendemos al artículo 1239 C. c., la confesión realizada fuera del proceso no puede hacerse valer en él como confesión judicial, por lo cual, no podrá decirse que el reconocimiento de deuda hace prueba plena frente a su autor (Ver CASTRO, *El negocio jurídico*, 1971, página 302).

La decisión de la Audiencia, a juicio del T. S., supone una errónea interpretación del artículo 1.277 C. c., al asimilar la figura del negocio abstracto a la mera abstracción procesal que dicho artículo contempla. La aludida abstracción procesal, como dice el T. S., tiene como único efecto una inversión de la carga de la prueba. (S. B.)

9. *Principio de congruencia.*—Este principio, prohibitorio de toda resolución extra petita, no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia, y por ello guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada por los contendientes, le está permitido al organismo jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada.

*Relación aparente.*—La simple apariencia, carente de verdadero contenido obligacional, no puede dar vida a un inexistente juego de prestaciones correspondientes, ni aunque la forma documental sea solemne.

*La causa en el contrato.*—En nuestro ordenamiento positivo no cabe prescindir de lo imperativamente ordenado en los artículos 1.261,3 y 1.275 del CC., en cuanto proclaman la necesidad de la causa para la existencia del contrato, con la obligada consecuencia de que su falta será determinante de ineficacia negocial, una vez destruida por cualquier medio de prueba la presunción que el artículo 1.277 recoge. (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1983; no ha lugar.)

10. *Interpretación de los contratos.*—En materia de hermenéutica de los actos jurídicos contractuales, la doctrina jurisprudencial de esta sala tiene establecido con carácter general que la interpretación dada por el juzgador tiene que prevalecer sobre la particular e interesada de quien recurre, a menos que se demuestre que aquella es ilógica, contradictoria o contravine algún precepto legal.

*Arras.*—La existencia de las arras y, consiguientemente, la pretensión resolutiva de una compraventa que pueda deducirse de la mediación de arras o señal, tiene que constar de manera clara y evidente, de manera que revele

la intención de los contratantes de poder desligarse de la convicción por medio resolutorio, pues en otro caso lo entregado ha de reputarse mero anticipo del precio (sentencias de 24-11-1926, 11-10-1927, 16-1-1936, 5-6-1945, 22-10-1948, 20-10-1956, 1-4-1958, 8-2-1966, 20-5-1967 y 16-12-1970).

*Cláusula penal.*—La cláusula penal a la que se refiere el inciso 1.º del artículo 1.153 del C. c., es un pacto accesorio cuya finalidad es la de asegurar el cumplimiento de la obligación convenida, sustituyendo en la previsión de las partes, a la indemnización de daños y perjuicios si se produce el incumplimiento, constituyendo una excepción al régimen normal de las obligaciones, por lo que las dudas respecto de su existencia y alcance han de ser interpretadas con carácter restrictivo, como se proclamó en las sentencias de 14-1-1927, 30-1-1932, 17-5-1934, 8-1-1945, 5-3 y 3-5-1956, 16-2-1957, 28-2-1958, 7-12-1959, 27-9-1961, 13-10 y 11-11-1966 y 10-6-1969. (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

11. *Incumplimiento contractual.*—En aras del principio de conservación de los contratos no todo incumplimiento contractual lleva aparejada la resolución del vínculo obligacional, exigiéndose que la infidelidad a lo pactado afecte a obligaciones principales y no simplemente a las accesorias o secundarias, y que además se patentice una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido. (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1983; ha lugar.)

12. *Obligación de indemnizar daños y perjuicios.*—Según tiene reiteradamente declarado este Tribunal, la obligación de indemnizar daños y perjuicios no es consecuencia necesaria del mero incumplimiento que se atribuya a uno de los contratantes, sino que para que nazca y sea exigible, es preciso que se demuestre o reconozca la realidad de haberse producido aquéllos, correspondiendo esa apreciación al juzgador de instancia, sin que pueda derivarse de supuestos tan sólo posibles. (Sentencia de 6 de julio de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se celebró un contrato para el montaje e instalación del servicio de calefacción en un buque. Concluidas las obras de montaje, el comitente se negó a aceptarlas y efectuar el pago de la cantidad convenida. Por este motivo el constructor le demandó. El Juez de Primera Instancia acogió íntegramente la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación.

13. *Gastos pactados para pago de deuda. Falta de diligencia. Daños y perjuicios.*—La impugnación que se lleva a cabo no se refiere a la deuda principal mencionada, que la recurrente reconoce como cierta, en cuanto ciertos fueron los suministros de mercancía a que obedece, sino a la cantidad de dieciocho mil seiscientos cuarenta y una pesetas, a cuyo pago también le condena, que constituye el importe de los gastos de expedición y devolución de las cambiales libradas, según lo que se convino, para saldar lo debido y a las que no se atendió; gastos motivados por una conducta a todas luces con-

traría a la diligencia a que se refiere el precepto invocado (art. 1.104 C. c.), que incide en la contravención del tenor de la obligación del artículo 1.101, así como en la norma del párrafo segundo del 1.107, ambos del Código civil, habida cuenta la consciente, directa e injustificada negativa del deudor que recurre en este trámite, causante de unos daños y perjuicios que conocidamente derivan de la falta de cumplimiento de la obligación. Sentencia de 15 de julio de 1983; no ha lugar.)

14. *Resolución por incumplimiento. Entrega de mercancía distinta de la pactada.*—Obligado el vendedor a entregar pienso para terneros de cría y suministrando para recría-cebo, de distinta clase y destino que el encargado, se produce la violación denunciada del artículo 1.124, al darse incumplimiento por el vendedor de lo que venía obligado; y sin que a ello quepa objetar que la prestación adolece de vicio o defecto, que pudiera dar lugar a otra clase de acciones que no sea la resolutoria, por la indicada razón de que se está en presencia, no de prestación pactada con vicio o defecto, sino de prestación de distinta calidad de lo pactado.

*Violación del artículo 1.258 del Código civil. Inadecuada información en las etiquetas.*—Reconocido en la sentencia recurrida que el pienso suministrado fue para terneros de cría-cebo, inadecuado para los de cría, la Sala sentenciadora de instancia no ha dado cumplimiento a lo expresamente pactado, por alteración del «aliud», lo que genera violación del artículo 1.258 del Código civil, que impone, una vez perfeccionado el contrato por el mero consentimiento, el dar cumplimiento a lo expresamente pactado, así como a las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

*Buena fe y confianza del comprador.*—Al haber sido encargado el pienso con destino a reses de cría, la buena fe y el uso imponía que debería facilitarse de tal clase y no de otra y que, lógica y normalmente, el comprador debía entender que se acomodaba a la clase y destino para el que había sido solicitado, de tal manera que al no expresar la etiqueta otra clave y destino había de entender que lo era conforme a lo pactado.

*Congruencia.*—Como tiene reiteradamente declarado esta Sala, la incongruencia hay que entenderla referida y puesta en relación con los suplicos de los escritos rectores del proceso con el fallo o parte dispositiva de la sentencia de que se trata y no con sus razonamientos.

*Confesión.*—Si bien, por modo general, la prueba de confesión no es eficiente para viabilizar recurso de casación, no obstante si lo es cuando, como en el presente caso ocurre, se ha producido omisión del resultado de tal medio probatorio por el juzgador de instancia en la enumeración de los medios de prueba tenidos en cuenta en el fallo, sin apreciación de prueba en conjunto.

*Error de derecho.*—La sentencia recurrida incide en error de derecho denunciado como base del motivo ahora examinado, dado que con las afirmaciones en contrario establecidas por la Sala sentenciadora de instancia, sin

apoyo en concreta prueba, sino por mera apreciación genérica, se produce la violación de los invocados artículos 1.232 y 1.228 del Código civil, previsores, respectivamente, de que la confesión hace prueba contra su autor y que los papeles privados hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad. (Sentencia de 13 de junio de 1983; ha lugar.)

**HECHOS:** En virtud del contrato de compraventa celebrado, el actor entregó al demandado determinados kilos de pienso, que éste se negó a pagar. El Juez de Primera Instancia, desestimando en parte la demanda y totalmente la reconvencción, condenó al demandado a pagar al actor una determinada suma de dinero como resarcimiento de daños y perjuicios. La Audiencia Territorial se limitó a reducir escasamente esa suma. Prospera el recurso de casación interpuesto por el comprador demandado, considerándose procedente la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento.

**NOTA:** Parece correcta la solución de esta sentencia, aunque admitamos una concepción expansiva de las acciones edilicias, cuya virtualidad ha evidenciado Morales Moreno al examinar el arduo problema de la relación entre los vicios redhibitorios y la ausencia de cualidades (*El alcance protector de las acciones edilicias*, en este ANUARIO, 1980, III, pp. 650-661). No parece, en rigor, que pueda afirmarse que, en el supuesto de la sentencia que anotamos, se esté ante un vicio redhibitorio. Más bien parece que, como apunta el Tribunal Supremo, estamos ante un típico incumplimiento por el comprador de aquello a lo que venía obligado, que justifica la aplicación del artículo 1.124 del Código civil.

De gran interés es la alusión a la inadecuada información en las etiquetas que llevaban los paquetes de pienso. Es indudable que los que intervienen en el contrato están obligados a suministrar una adecuada información sobre el objeto y demás circunstancias del contrato. Aunque ello no se haya pactado expresamente, la buena fe y los usos, a los que se alude en esta sentencia, lo imponen por el cauce del artículo 1.258 del Código civil. Este deber de información no pesa sólo sobre el deudor, sino también sobre el acreedor y se proyecta tanto en el momento de la conclusión del contrato como en el de la ejecución de lo convenido. Serán la buena fe y los usos los que determinen la medida en que haya de ser impuesto aquél.

(A. C. S.)

15. *Resolución de contratos.*—La resolución de los contratos sólo procede cuando se ha patentizado por el contratante acusado de incumplir una voluntad deliberadamente rebelde a la ejecución de lo convenido.

*Legitimados para ejercitar la acción de resolución.*—La acción resolutoria sólo corresponde al perjudicado que cumplió lo que le incumbe y sufre el incumplimiento de las obligaciones del contrario. (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1982; ha lugar.)

16. *Resolución por incumplimiento en la compraventa.*—Los artículos 1.504 y 1.124 del C.C. se complementan, pues la norma general que para toda clase de obligaciones bilaterales con prestaciones recíprocas del 1.124, hace aplicación de modo específico en el 1.504, cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, lo cual significa que para la prosperabili-

dad de la acción del 1.504 habrán de concurrir los requisitos que la doctrina jurisprudencial consideró indispensable para el ejercicio la del 1.124, fundamentalmente, el cumplimiento de sus obligaciones por quien la ejercita y el incumplimiento por parte de aquel contra el que se dirige, pero no un simple incumplimiento unilateral apreciado, sino mediante una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, lo que evidentemente excluye el supuesto en que no se cumplió por existir una imposibilidad física o jurídica para hacerlo, que sólo los tribunales de justicia podrán estar en condiciones de apreciar, lo que siempre se hizo con criterio restrictivo, tratando de evitar las resoluciones contractuales en las que aquellas exigencias no constan de manera indubitada y por supuesto excluyéndola en los casos en que pudiese haber duda fundada al respecto.

*Resolución por vía presuntiva.*—Esta resolución se da cuando de determinadas actitudes o actos no puede directamente resultar la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, que sólo puede ser la consecuencia de una apreciación presuntiva deducida de aquello, pero eso sí, obtenida de unos hechos con los que tenga un enlace preciso y directo de acuerdo con un criterio humano. (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1983; ha lugar.)

17. *Resolución del contrato de compraventa de inmuebles. Artículo 1.504 C.C.*—Esta Sala tiene declarado que el artículo 1.504 constituye una especialidad del supuesto que contempla el 1.124 del mismo Cuerpo legal, a cuyo tenor la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las réciprocas (Sentencias de 22 de diciembre de 1978, 5 de noviembre de 1979, 19 de mayo de 1980 y 1 y 8 de noviembre de 1982). El requerimiento a que alude el citado artículo 1.504 del indicado texto legal, como establece entre otras la sentencia de 23 de mayo de 1981, no es en realidad otra cosa que la forma de manifestar fehacientemente el vendedor su voluntad resolutoria del contrato por impago del precio, al objeto de que el comprador quede enterado de ello.

*Obligación de pagar el precio.*—Como ha declarado esta Sala en resolución de 8 de noviembre de 1982,, la obligación que tiene el comprador de satisfacer el precio de la cosa vendida es tan esencial en la compraventa, que una vez recibida la cosa no existe otra posibilidad jurídica de suspender el pago del precio que la contemplada en el artículo 1.502, supuesto éste que no es el aquí contemplado. El tema del incumplimiento en cuanto conectado con la alegada interpretación errónea del artículo 1.124 del Código civil, ha de efectuarse por el cauce del error de hecho en la apreciación de la prueba al amparo del ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley adjetiva, lo que no se ha efectuado en el presente curso. (Sentencia de 5 de mayo de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS:** Se celebró un contrato de compraventa de un piso con precio aplazado, pactándose que la falta de pago por la compradora era motivo suficiente para la resolución del contrato con pérdida de las cantidades entregadas. El comprador no atendió al pago de una letra, por lo que el vendedor

dio por resuelto el contrato, lo que fue notificado al comprador a través de requerimiento notarial. Posteriormente, interpuso demanda solicitando la resolución del contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.504 del Código civil.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial consideraron procedente la resolución demandada. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comprador.

NOTA: En esta sentencia se tiene en cuenta la constante doctrina jurisprudencial sobre el significado del artículo 1.504 del Código civil, a la que ya nos hemos referido en las anotaciones a las sentencias de 10 de abril de 1981 (en este ANUARIO, 1982, I, pp. 258 y 259), 23 de mayo de 1981 (en este ANUARIO, 1982, II, p. 537), 1 de marzo de 1982 (en este ANUARIO, 1983, I, pp. 317 y 318), 29 de noviembre de 1982 (en este ANUARIO, 1983, II, pp. 637 y 638) y 3 de diciembre de 1982 (en este ANUARIO, 1983, II, pp. 639 y 640). (A. C. S.)

18. *Opciones de compra recíprocas. Improcedencia del ejercicio aislado de uno de ellas.*—Siendo patente la existencia de un convenio, no aportado a los autos por razones fiscales, en el que los interesados puntualizaron el alcance y condicionamiento de las opciones de compra concedidas entre ellos, no puede accederse al ejercicio aislado de una de ellas por falta de prueba del elemento constitutivo del derecho puesto en juego. (Sentencia de 7 de marzo de 1983; no ha lugar.)

Se trataba de opciones de compra de acciones de S. A. que las partes se habían otorgado recíprocamente y que una de las partes trata de ejercitar unilateralmente sin acceder a la que también ejercita, en tiempo y forma, la contraria. El documento básico no se aporta a los autos, pero la reciprocidad se demuestra por cartas posteriores cruzadas entre las partes.

19. *Congruencia. Significado.*—Para que una resolución judicial respete el principio de congruencia basta la fundamental concordancia entre lo resuelto y el conflicto planteado, de modo que el juzgador no precisa efectuar el examen singularizado de los diversos argumentos opuestos por la parte demandada en tanto no tengan la significación de excepciones u objeciones básicas de la defensa.

*Retracto arrendaticio. Requisitos para su ejercicio.*—Pretender que el arrendatario presente una cumplida justificación de su título, como presupuesto inexcusable para la admisión de la demanda de retracto no se acomoda a la letra de las normas, ni dejaría de estar en pugna con los preceptos de la legislación especial sobre libertad de forma en estos contratos.

*Ley de Arrendamientos Rústicos. Irretroactividad de su aplicación.*—Tanto el principio general de irretroactividad, como la regla que precede a las transitorias del Código civil, demuestran el respeto que merecen las situaciones jurídicas adquiridas bajo el imperio de la legislación anterior, y está claro que la disposición final derogatoria de la Ley de 31-junio 1980 no determina

la aplicación de su normas, excluyendo las del ordenamiento derogado, a un pleito iniciado y resuelto en primera intención durante la vigencia de la Ley de 15 marzo 1935 y el Reglamento de 29 abril 1959.

*Juicio de retracto y proceso declarativo ulterior. Relaciones entre ambos.*— Los juicios sobre retracto arrendaticio tienen un ámbito determinado por su objeto y en ellos no cabe hacer declaraciones sobre un error invalidante por ocultación de arrendamiento, ni sobre el derecho de resolución que asiste al comprador por pretendido incumplimiento de los vendedores, cuestiones a ventilar en un proceso de mayor cuantía, donde figuren como parte los vendedores. La pendencia de este último proceso ordinario no puede valorarse como una excepción perentoria impeditiva de una resolución de fondo sobre la viabilidad del retracto.

*Imposición de costas. Apreciación de temeridad.*— La apreciación de la existencia de temeridad en los litigantes no viene sometida a preceptos específicos o de doctrina legal, sino que está confiada al discrecional y prudente arbitrio del Juzgador de instancia, no susceptible de ser impugnado en casación. (Sentencia de 21 de marzo de 1983; no ha lugar.)

NOTA: Aunque la relación con la materia tratada en esta Sentencia sea limitada, conviene recordar que la retroactividad de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 fue examinada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 8/82, de 4 de marzo (comentada en este Anuario, XXXVI-I, 1983, páginas 257 y siguientes). Dicha sentencia se refería, concretamente, a la disposición transitoria de la nueva Ley, pero contiene formulaciones generales sobre el derecho transitorio, la configuración de la propiedad agraria y el régimen especial de los cultivadores personales.

(P. E. A.)

20. *Contrato de obra. Recepción de la obra sin protesta.*— Debe entenderse que la aceptación de la obra encargada, sin manifestación de disconformidad con ella, implica, en principio, el reconocimiento de que ha sido practicada a satisfacción, lo que, a su vez, origina la obligatoriedad en el comitente de proceder al pago del precio, sin perjuicio de las reclamaciones que, en su día, pueda dirigir contra el contratista por los efectos y vicios que surgieron en la obra entregada y aceptada.

*Letra de cambio. Provisión de fondos. Cuestión de hecho.*— Que es doctrina reiterada de esta Sala que la provisión de fondos a la persona a cuyo cargo se gire una letra de cambio, obligación primera y fundamental que al librador de la misma impone el artículo 456 del Código de Comercio, implica, a los efectos de recurso de casación, una mera cuestión de hecho. (Sentencia de 8 de abril de 1983; no ha lugar.)

HECHOS: A pesar de haber recibido sin protesta el inmueble construido, la entidad comitente se negó a pagar al constructor el importe de una letra de cambio, que constituía el precio del contrato de obra. Recayó sentencia de la Audiencia Territorial en la que, confirmando la dictada por el Juez de Primera Instancia, se condenó a la entidad comitente al abono de la cantidad solicitada. No prospera el recurso de casación.

NOTA: De igual manera que la sentencia de 25 de febrero de 1983, que anotamos en este ANUARIO (año 1983, III, pp. 1026 a 1029), la que ahora reseñamos tiene un notable interés para comprender el significado de la recepción de la obra, que con razón Díez-Picazo y Gullón (*Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1983, p. 466) conceptúan como una fase importantísima del contrato de obra. La aceptación de la obra construida es lo que explica el sentido de la recepción, pues como bien dijo el Tribunal Supremo en la importante Sentencia de 14 de octubre de 1968 la recepción viene constituida por el acto o la manifestación del propietario reconociendo que la obra ha sido ejecutada correctamente. Este planteamiento aparece con toda claridad en la sentencia que anotamos, ya que en ella se alude a la entrega y recepción de la obra ejecutada por el constructor, una vez aceptada la obra ejecutada por el comitente sin protesta alguna por la existencia de defectos.

Nuestro Tribunal Supremo, con acierto, conecta la recepción de la obra sin protesta alguna por la existencia de defectos con la obligación de pago del precio pactado por el comitente. En el estudio «*La recepción de la obra*», publicado en este ANUARIO (año 1978, III, pp. 287 ss.), puse de relieve que el pago del precio convenido es una de las consecuencias fundamentales que derivan de la recepción definitiva de la obra. El artículo 1.599 del Código civil, establece que, en defecto de pacto o costumbre, el precio de la obra debe pagarse al hacerse la entrega. Sin embargo, el artículo 1.592, que se refiere a las obras por piezas o por medida, dispone que se presume aprobada y recibida la parte satisfecha. Parece que no basta la materialidad de la entrega, sino que la obra sea recibida por el comitente al ser conforme con la que fue proyectada.

Nuestro Tribunal Supremo llama la atención sobre el hecho de que el comitente no haya formulado protesta alguna por la existencia de defectos en la obra entregada y recibida, y por tanto haya surgido la correlativa obligación de abonar el precio pactado. La correlación entre la obligación del pago del precio pactado y la recepción de la obra construida, sin protesta, que afirma el Tribunal Supremo en la sentencia que anotamos, se explica, como hemos apuntado en el estudio citado (Op. cit., p. 309), porque el contrato de obra genera una auténtica relación sinalagmática, cabiendo la posibilidad de alegar la excepción de incumplimiento contractual.

Finalmente, en la sentencia que anotamos se dice, con acierto, que el pago del precio por el comitente no impide que surja la obligación que incumbe al contratista de responder por los vicios e irregularidades que, con posterioridad a la entrega, hayan sido constatados, siempre y cuando fuesen objeto en tiempo y forma de la correspondiente reclamación judicial. Una tesis semejante defendí en el estudio citado (Op. cit., pp. 302 ss.) y en comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979 (en este ANUARIO, 1980, I, pp. 204 ss), al exponer las consecuencias que derivan de la existencia de vicios ocultos determinantes o no de la ruina de la obra inmobiliaria.

(A. C. S.)

21. *Contrato de obra. Desistimiento unilateral del comitente. Aplicación del artículo 1.594 del Código civil.*—La aplicabilidad al supuesto controvertido del artículo 1.594 del Código civil era consecuencia obligada, con las secuelas que su aplicación supone, pues como ya esta Sala dijo, en sus sentencias de 24 de enero de 1970, 15 de diciembre de 1981 y 7 de octubre de 1982, la facultad de desistir que al dueño de la obra otorga el mentado artículo 1.256 del propio Código, es unánime en la determinación de sus efectos, no dependiendo de que concurran o no los presupuestos del artículo 1.124, por

ser preceptos con autonomía e independencia propias, operando el derecho indemnizatorio del contratista, que ha de quedar indemne, con independencia de los móviles que hayan determinado al propietario para desistir unilateralmente del contrato de obra, debiendo cuantificarse las cantidades e indemnizar a través de la oportuna prueba pericial, determinante de las obras realizadas y de su real importe, al margen del condicionado del contrato de ejecución de obra. (Sentencia de 5 de mayo de 1983, no ha lugar.)

**HECHOS:** El comitente suspendió unilateralmente la continuación de la obra inmobiliaria en virtud de requerimiento notarial. El Juez de Primera Instancia, la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo, consideran procedente la aplicación del artículo 1.594 del Código civil.

**NOTA:** En esta Sentencia se sigue el criterio mantenido por otras precedentes sobre el problema del desistimiento unilateral del comitente en el marco del contrato de obra. Se señala el significado del artículo 1.594 del Código civil y su independencia respecto del 1.124. El criterio fundamental que se deduce del artículo 1.594 es el de la indemnidad del contratista en caso de desistimiento del comitente, tal como se afirma claramente en esta Sentencia y en otras precedentes que hemos anotado también en este ANUARIO (Sentencia de 15 de diciembre de 1981, en este ANUARIO, 1982, III, páginas 953 a 955; Sentencia de 7 de octubre de 1982, en este ANUARIO, 1983, II, pp. 648 y 649; Sentencia de 10 de marzo de 1979, en este ANUARIO, 1979, IV, pp. 948 y 949).

(A. C. S.)

*22. Aplicación del artículo 1.591 del Código civil. Sistema de responsabilidad privativa.*—El artículo 1.591 distingue la doble hipótesis de ruina por vicios de la construcción y ruina por vicio del suelo o de la dirección, atribuyendo en el primer supuesto la responsabilidad de los daños y perjuicios al constructor y en el segundo al arquitecto, sin perjuicio, claro es, de que si el resultado dañoso se ha producido por la concurrencia de varias causas, unas imputables a la dirección y otras a la ejecución, la responsabilidad sea conjunta y solidaria.

*Defecto en la alegación del motivo del recurso.*—Esta normativa y doctrina legal conduce a la desestimación del presente recurso, pues al no haberse combatido por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 la afirmación de la sentencia recurrida relativa a que los vicios del edificio «... han sido ocasionados no por una mala o defectuosa dirección técnica ni por defectos en el proyecto, sino, al contrario, por defectuosa construcción...», no puede prosperar el único motivo del recurso que parte de la indivisibilidad de responsabilidades en el evento dañoso de la dirección técnica y de la ejecución material del proyecto. (Sentencia de 15 de julio de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS:** La sentencia del Juez de Primera Instancia estimó la demanda condenando solidariamente a los arquitectos y al promotor a realizar las obras necesarias para corregir los vicios existentes en el inmueble construido. Fue revocada parcialmente por la Audiencia Territorial, absolviendo a los arquitectos y condenando exclusivamente al promotor, que, en el único

motivo del recurso de casación, pretende que se mantenga el pronunciamiento de la sentencia del Juez de Primera Instancia. No prospera el recurso de casación.

NOTA: El Tribunal Supremo se basa en el artículo 1.591 del Código civil, que establece un claro sistema de responsabilidad privativa, el cual ha sido, como es lógico, tenido en cuenta en numerosas sentencias por nuestro alto Tribunal, siendo una de las últimas, la de 22 de noviembre de 1982, que hemos anotado en este ANUARIO (1983, II, pp. 651-653).

En la sentencia que anotamos se hace alusión a la posibilidad de que la responsabilidad de los profesionales que intervinieron en la obra sea solidaria, tal como se ha establecido en numerosas sentencias anotadas en este ANUARIO (las últimas, las de 6 de octubre de 1982, 22 de noviembre de 1982 y 9 de mayo de 1983, la cual anotamos en este fascículo), pero es una referencia puramente incidental, ya que para nuestro Tribunal Supremo, de acuerdo con lo afirmado por la Audiencia Territorial, sólo existe un responsable.

(A. C. S.)

23. *Defectos de construcción. Legitimación para ejercitar la correspondiente acción indemnizatoria.*—No obstante la reciente tendencia jurisprudencial orientada a admitir que el adquirente de un piso o local pueda postular directamente contra el constructor por defectos en la ejecución de la obra, dada la naturaleza de los derechos de índole puramente obligacional y lo dispuesto en el artículo 1.257 del Código civil, el primero y fundamentalmente legitimado para formular estas reclamaciones es el comitente o dueño de la obra. A lo cual se añade en el caso el carácter de copropietario (propiedad horizontal de la entidad comitente).

*Propiedad horizontal. Legitimación de los titulares según la Sentencia de esta Sala de 28 de abril de 1966.*—En el régimen de propiedad horizontal todos los que sean titulares de pisos o locales, bien en conjunto, o bien aisladamente —y aún existiendo presidente designado— podrán ejercitar toda clase de acciones tendentes al resarcimiento de daños o la indemnización de perjuicios que se les haya irrogado, lo mismo en relación a sus propiedades exclusivas que con referencia a los *elementos comunes*, ya que los daños en aquéllas o en éstos afectan a su derecho particular, que requiere necesariamente la utilización de los elementos comunes, resultando, en su consecuencia, de lo razonado que la sentencia recurrida no infringió por inaplicación los artículos 348 y 609 del Código civil, al ser ajena su preceptiva al supuesto contemplado en el caso de la litis.

*Legitimación activa de los titulares de pisos o locales.*—La situación fáctica contempla en el caso de las presentes actuaciones, no es subsumible en la normativa contenida en los artículos 3 y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, y además, siempre obstaría a la tesis sostenida por la parte recurrente (de requerirse el concurso de la Comunidad de Propietarios, a través de las actuaciones de su presidente, para accionar en relación a elementos comunes) el criterio mantenido por la ya citada Sentencia de esta Sala de 28 de abril de 1966.

*Riesgo asumido por el contratista.*—Respecto a la fachada, si bien es cierto que el proyectado y ejercitado revestimiento de la misma presentaba algún carácter de aleatoriedad dados los resultados de la técnica que a la sazón se empleaba, no lo es menos que la entidad recurrente asumió los riesgos que tal aleatoriedad comportaba, con perfecto conocimiento, dada su especial dedicación a la construcción, por lo que no es equitativo que la Cooperativa dueña de la obra, para quien lo proyectado y ejecutado había de responder a una eficiencia exigible en el plano de lo contratado, sufra las consecuencias de lo que no le era conocido trámite casacional, lo que impone la desestimación del motivo.

*Aplicación de las normas que regulan las obligaciones contractuales. Inaplicación del artículo 1.591 del Código civil.*—Dicha sentencia, como claramente razona, no tenía por qué hacer aplicación de la preceptiva contenida en el artículo referido y sí de las que regulan las obligaciones contractuales, como derivadas de un contrato de obra cuya virtualidad no se cuestiona, siendo, por ende, las normas legales donde se subsumen los hechos debatidos las contenidas en los artículos 1.091 y 1.258 y concordantes del citado cuerpo legal sustantivo. (Sentencia de 14 de abril de 1983; no ha lugar.)

HECHOS: Se cuestiona si una cooperativa, que había vendido determinados pisos y locales del edificio construido, podía dirigirse contra los técnicos y el constructor que lo habían construido defectuosamente para que la indemnizasen de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Territorial acogió el recurso de apelación. El Tribunal Supremo confirma este fallo.

NOTA: Tiene razón nuestro Tribunal Supremo cuando destaca que la legitimación de los adquirentes de pisos y locales defectuosamente construidos para dirigirse contra el constructor y los técnicos, que admite la doctrina y la jurisprudencia, tal como hemos puesto de relieve en los comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977 (en este Anuario, 1978, III, pp. 677 ss.), 3 de octubre de 1979 (en este Anuario, 1980, I, pp. 194 ss.), 20 de febrero de 1981 (en este Anuario, 1981, IV, pp. 1102-1104), 21 de diciembre de 1981 (en este Anuario, 1982, III, pp. 959-960) y 30 de abril de 1982 (en este Anuario, 1982, III, pp. 957-959), no excluye necesariamente la de la cooperativa vendedora, que actúa como comitente respecto del constructor y los técnicos responsables, a pesar de haber vendido la mayor parte de aquéllos. A nuestro juicio, en la medida en que la Cooperativa vendedora conserve un interés legítimo para dirigirse contra el constructor y los técnicos para que la indemnicen de los daños y perjuicios sufridos, cuya existencia ha de probar, no cabe duda que ha de estar legitimada activamente. Un caso muy claro en que se aprecia este interés lo expusimos en el comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977, ya que si el adquirente del piso o local interpone una acción contra el vendedor, alegando vicios ocultos, éste tiene acción de regreso frente al constructor o el técnico que ha edificado de manera defectuosa (Cfr., en este Anuario, 1978, III, p. 679); otro caso también evidente es el de la Sentencia que anotamos, pues como dice claramente el Tribunal Supremo la Cooperativa vendedora conservaba la propiedad de determinados pisos y locales, siendo lógico que, en cuanto copropietaria del edificio, pudiera reclamar la pertinente indemnización de daños y perjuicios.

Parece muy razonable la posición del Tribunal Supremo cuando admite la legitimación de todos los que sean titulares de pisos y locales, entre los que se encontraba la Cooperativa vendedora, bien en conjunto, o bien aisladamente, y aún existiendo presidente designado, para ejercitar las acciones tendentes al resarcimiento de daños o a la indemnización de perjuicios que se les haya irrogado. Como dice acertadamente Peña Bernaldo de Quirós (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, pp. 251-252), la legitimación que la Ley concede al presidente (art. 12 de la Ley de Propiedad Horizontal) no es obstáculo para la aplicación de la doctrina de la comunidad ordinaria, según la cual cada condueño está por sí solo legitimado para la defensa de los elementos comunes. Esta es la posición constante del Tribunal Supremo, de la que es muestra la sentencia que anotamos y otras precedentes (Sentencias de 28 de abril de 1966, 23 de abril de 1970, 31 de mayo de 1972, 6 de noviembre y 30 de diciembre de 1975, 20 de febrero de 1981 y 30 de abril de 1982, habiendo anotado estas dos últimas en este ANUARIO, año 1981, IV, pp. 1102-1104; año 1982, III, pp. 957-959). Sin embargo, como puntualiza Peña Bernaldo de Quirós, en alguna sentencia se exige, para esta legitimación de cada comunero, que el presidente rehuse ejercitar la acción (por ejemplo, Sentencia de 30 de junio de 1975). Esta exigencia, a nuestro juicio, no tiene una clara justificación, dado que no se deduce del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, ni de precepto alguno de la misma, y no tiene además una fundamentación teleológica cierta, por lo que parece más acertada la doctrina jurisprudencial comúnmente aceptada.

Conviene remarcar que, sin duda alguna, el presidente de la Comunidad de propietarios podía haber formulado la correspondiente demanda judicial contra el constructor y los técnicos responsables en representación de la misma, como se ha afirmado expresamente, en supuestos semejantes al de la sentencia que anotamos, en las citadas Sentencias de 30 de abril de 1982 y en la de 21 de abril de 1981. Concretamente se dice: «Es obvio que, presidente para formular la correspondiente demanda judicial contra el acordado en Junta por la Comunidad de Propietarios actora autorizar a su constructor y demás responsables de aquellas deficiencias, ha de entenderse que aquél se halla legitimado activamente» (ADC, 1982, III, p. 957).

En la sentencia que anotamos parece que los vicios eran determinantes de la ruina de los pisos y locales (se habla de ruina de la fachada del edificio y de defectuosa impermeabilización de la cubierta), sobre todo si se sigue la interpretación amplia que nuestro Tribunal Supremo ha dado al término ruina que aparece en el artículo 1.591 del Código civil, que incluso admite la denominada «ruina funcional» (Sentencias de 11 de noviembre de 1982, anotada en este ANUARIO, 1983, II, pp. 653-655, 11 de enero de 1982, anotada también en este Anuario, 1982, III, pp. 947-948 y 21 de abril de 1981, anotada en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1099-1100). Sin embargo, no se hace aplicación del citado precepto, sino de las normas generales que regulan las obligaciones contractuales. Conviene puntualizar, a fin de evitar equivocadas interpretaciones de la doctrina de la sentencia, que seguramente lo que el Tribunal Supremo pretende destacar es la posible compatibilidad de la acción de responsabilidad decenal y de las generales de incumplimiento contractual, de tal manera que puede acudir a éstas en caso de presentar el inmueble construido vicios determinantes de su ruina. Para nuestro Tribunal Supremo, del contrato de obra derivan obligaciones contractuales, cuyo incumplimiento o defectuoso cumplimiento justifica la aplicación de los artículos 1.091 y 1.258 y concordantes del Código civil. Con suma claridad se ha afirmado esta solución en la Sentencia de 19 de febrero de 1970 (comentada por Cadarso en este Anuario, 1970, III, pp. 670 ss. Nuestro alto Tribunal consideró aplicable el artículo 1.124 del Código civil en un caso que encajaba perfectamente en el supuesto de hecho del artículo 1.591 (ruina del edificio construido por vicio del suelo. A nuestro juicio, hay que partir de la base de que la existencia de una acción especial, como es la de la

responsabilidad decenal del artículo 1.591, de marcado carácter contractual, tal como expusimos en el trabajo *La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente contruidos* (en este Anuario, 1982, III, página 924), no ha de excluir necesariamente el ejercicio de una acción general de incumplimiento contractual, siempre que se cumplan los presupuestos legales para que ésta pueda ser interpuesta. Nótese además que, en la forma que nuestra jurisprudencia ha entendido el artículo 1.591, resulta más sencillo, en el ámbito probatorio, para el comitente invocar este precepto que acudir a las normas que configuran el régimen general de la responsabilidad contractual. En la anotación a la Sentencia de 11 de noviembre de 1982 (en este Anuario, 1983, II, pp. 653-655, señalamos que el artículo 1.591, párrafo 1.º, establece una responsabilidad en buena medida objetivada, teniendo que demostrar el comitente sólo la existencia del defecto de construcción en el inmueble, sin tener que probar, por tanto, que se debe a la conducta culpable del constructor o del técnico. Nuestro Tribunal Supremo afirma en la Sentencia de 14 de noviembre de 1978 (la comentamos en este Anuario, 1979, IV, pp. 949-953), que existe una presunción *iuris tantum* de culpa profesional en tal caso. Según Morales Moreno (*El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, en este Anuario, 1982, III, p. 681), si la ruina ocurre dentro de los diez años contemplados en el artículo 1.591 pone de manifiesto (por el efecto, sin demostrar la causa) la defectuosa fabricación. Ciertamente, creemos que la diferencia esencial del artículo 1.591 respecto de las normas generales que configuran la responsabilidad contractual estriba en la existencia en dicho precepto del plazo de garantía decenal, que justifica precisamente la mencionada presunción *iuris tantum* si la ruina se produce durante el mismo, lo cual, desde luego, difícilmente puede afirmarse cuando se invocan las normas generales de la responsabilidad contractual, como sucede en la sentencia que anotamos. Además, nuestra jurisprudencia ha configurado la responsabilidad decenal contemplada en el artículo 1.591 con carácter solidario, cuando no puede llevarse a cabo una individualización de las conductas dañosas, como mostramos en las anotaciones a las recientes Sentencias de 6 de octubre de 1982 (en este Anuario, 1983, II, pp. 649-651) y 22 de noviembre de 1982 (en este Anuario, 1983, II, pp. 651-653), que siguen esta orientación.

(A. C. S.)

24. *Presunción de culpabilidad del instalador.*—La alegada presunción de culpabilidad del instalador —manifestación de la teoría del riesgo y modalidad de la misma— desenvuelve sus efectos frente al fabricante, instalador e intermediarios, y en favor del adquirente o usuario, principalmente en la esfera extracontractual y con base en el artículo 1.902 y en los desarrollos jurisprudenciales del mismo, pero por el contrario no tiene clara aplicación en el plano de la responsabilidad contractual en que se inscribe el artículo 1.101, que es el invocado en el motivo y el aplicable a la que se originaría, en la tesis del recurso, de un contrato de arrendamiento de obra; dentro de la cual cobra importancia el haberse recibido la obra con expresa conformidad extensiva a los accesorios y al importe y aceptación de una letra de cambio para pago del precio de todo.

*Solidaridad.*—La jurisprudencia fue declarando que para hallar la solidaridad no se precisa la utilización del término por modo necesario, conformándose con la idea de la misma y bastando que la voluntad se manifieste, siquiera no sea con palabras si los actos reveladores son bastantes a alum-

brarla y darla a conocer con claridad; pasando últimamente a prestar acogida a la concepción actual de la obligación solidaria, poniendo de relieve que aunque los créditos de los particulares deudores puedan desarrollarse hasta cierto grado con independencia, permanecen no obstante unidos entre sí a través de la unidad de fin de las prestaciones, que es el estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor, a lo que hay que añadir que el pacto expreso de solidaridad no es exigido por la doctrina científica ni en cierto modo por la jurisprudencia misma, dándose así una interpretación semicorrecta al artículo 1.137, como estímulo en el concierto y cumplimiento de los contratos, lo mismo que en garantía de los perjudicados en actos ilícitos extracontractuales, por haber en ambos casos comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores, al manifestarse una interna conexión entre ellas, descartándose la solidaridad únicamente allí donde hay una mera casual identidad de fines o de prestaciones. (Sentencia de 7 de abril de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS:** Un autobús, provisto de un turbo-compresor instalado por un técnico, se dirigía a Madrid cuando sufrió una avería que le impidió continuar viaje. El propietario del autobús demandó al instalador del turbo-compresor una determinada cantidad de dinero por los gastos ocasionados a consecuencia de la reparación del autobús y el importe de la sustitución del vehículo averiado por otro de tercero en la prestación de los servicios comprometidos.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda porque la avería era más atribuible a un exceso de temperatura del motor que a un mal funcionamiento del turbo-compresor. La Audiencia confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación.

25. *Contrato de obra. Cláusula penal. Modificación equitativa de la pena por el Juez.*—Además de que la penalización convencional requiere un retraso culpable, la reducción de sus efectos por los organismos jurisdiccionales de instancia no es revisable en casación y por lo tanto tampoco cuando la cláusula opera en un contrato de empresa (Sentencia de 18 de febrero de 1969).

*Revisión de precios.*—La Sala sentenciadora no desconoce la fuerza obligatoria del contrato que a las partes liga y si aplica la revisión de precios es por entender que las circunstancias del caso no consienten afirmar que el total retraso en el cumplimiento tenga su origen en causa de la que sea responsable la empresa constructora, sino que intervinieron otros factores coeficientes a ese resultado y no sujetos a su voluntad o diligencia. (Sentencia de 30 de marzo de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS:** Como consecuencia del retraso en la ejecución de la obra, el comitente demandó la resolución del contrato de obra y una indemnización muy elevada, en aplicación de la cláusula penal establecida en el contrato para caso de retraso en la ejecución de la obra.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda declarando no haber lugar a la resolución y condenando al constructor al pago de una cantidad sensiblemente inferior a la solicitada por el demandante, ya que el retraso no le era totalmente imputable y cabía la revisión de precios. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comitente.

NOTA: Se alude a dos cuestiones fundamentales que conviene mencionar de forma separada. A) *La cláusula penal.*—Téngase en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1983, que también afirma el carácter irrevisable en casación de la modificación equitativa de la pena convencional por el juez y que anotamos ampliamente en este fascículo del ANUARIO. B) *La revisión de precios en el contrato de obra.*—Tanto la revisión convencional de los precios en el contrato de obra, por no vulnerar las limitaciones a la autonomía privada del artículo 1.255 del Código civil, como la revisión a través de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* ha sido admitida por nuestro Tribunal Supremo en diversas sentencias que hemos anotado en este ANUARIO: Sentencias de 7 de noviembre de 1980 (año 1981, III, páginas 889 a 901), 27 de enero de 1981 (año 1981, IV, pp. 1101 y 1102) y 29 de junio de 1981 (año 1982, I, pp. 262 y 263). A nuestro juicio, los pactos de revisión de precios en el contrato de obra están plenamente justificados por la larga duración de la construcción de las obras inmobiliarias y el constante incremento de los costes de éstas, que hace, en la mayor parte de los casos, difícilmente previsible el coste real de la construcción. Los constructores saben a ciencia cierta que durante la construcción se producirá el aumento del costo de los materiales y de la mano de obra; lo imprevisible no será esto, sino la cuantía del citado aumento. El problema es tan cierto que la doctrina y la jurisprudencia, como hemos apuntado, han tenido que admitir la revisión del precio ajustado en el contrato de obra por el juego de la cláusula *rebus sic stantibus* o, como mejor criterio, de la teoría de la base del negocio, lo cual parece acertado siempre que se cumplan en cada caso concreto los requisitos necesarios para ello. (A. C. S.)

26. *Contrato de arrendamiento de obras y servicios. Aumento de obra.*—Cual tiene declarado esta Sala en relación con el artículo mil quinientos noventa y tres del Código civil, tales «aumentos de obra» por incremento del volumen de la construida —como aquí acontece— implican variación del contrato primitivo de «alcance novatorio simplemente modificativo» siempre que concurra el requisito de la autorización del comitente para tal innovación, consenso respecto del cual el artículo mil quinientos noventa y tres citado no impone haya de constar en forma determinada (SS. 31 marzo 1967, autorización verbal; 31 marzo 1971, documental, 7 diciembre 1959, 25 noviembre 1973, 28 febrero y 20 junio 1975, 3 marzo 1976 y 25 junio 1982, tática; y para todos los casos, la de 31 de marzo 1982), sino también, porque cual se ha puesto de relieve en el fundamento anterior, el referido consentimiento ha existido aquí, lo que hace imposible la violación negativa de dicho precepto alegada por la recurrente.

*Impago. Indemnización de daños y perjuicios. Pérdida del valor adquisitivo de la moneda.*—Siendo finalidad de toda obligación su cumplimiento, no haberlo hecho, hace surgir en las entidades demandadas como lógica a la vez que jurídica consecuencia (art. 1.101 C. c., concretamente cuando «de cualquier modo contravinieren el tenor de aquélla») el deber de resarcir pecuniariamente los daños y perjuicios que tal conducta haya originado al

acreedor, a fin de evitar tanto que éste resulte perjudicado, como que las demandadas puedan experimentar un enriquecimiento indebido con los beneficios producidos por las cantidades retenidas; a su vez, y a tales efectos ha de tenerse también en cuenta que el artículo mil ciento seis del Código civil distingue dos categorías de daños: el propiamente dicho o «damnum emergens», y el representado por la ganancia perdida o perjuicio «strictu sensu», que es precisamente el reconocido y declarado por el Tribunal en favor de la actora; por último, no puede tampoco olvidarse, como parece ser ha olvidado la recurrente, que la equiparación de la indemnización de daños y perjuicios a la satisfacción del «lucro cesante», que es precisamente lo realizado por la sentencia impugnada, además de ajustarse a la normativa legal, como queda acreditado, y estar admitida por la doctrina de esta Sala (SS. 6 julio 1927, 5 diciembre 1950, 28 abril 1955 y 6 mayo 1967, argumentalmente), constituye uno de los medios que la ley pone a disposición de los Tribunales para efectuar una interpretación de la normativa vigente que permita compatibilizar la aplicación del derecho y la realidad social, especialmente y para casos como el presente, en momentos de crisis económica que al provocar la pérdida de valor adquisitivo de la moneda hacen necesario corregir, en la medida de lo posible y con la debida cautela, el perjuicio que a los acreedores origina la conducta incumplidora de sus deudores, particularmente cuando se trata del retraso en el abono de numerario (S. 28 noviembre de 1983; no ha lugar.)

NOTA: La cuestión principal debatida en este contrato de arrendamiento de obra, sobre si se produjo o no un consentimiento entre las partes acerca de ciertas innovaciones, o aumento de la misma, el tribunal la consideró probada suficientemente por una de las diversas modalidades que la doctrina legal ha admitido constantemente.

En cambio, lo que sí se hizo más polémico entre las partes fue la cuestión del resarcimiento de la suma de dicha innovación o aumento de la obra, mientras que la parte deudora pretendía tan sólo pagar la cantidad debida y, como máximo, un interés medio bancario por el retardo o mora acaecida, el acreedor reclama no sólo el precio de la obra realizada, sino también una indemnización de daños y perjuicios como consecuencia del impago que se mantuvo durante varios años, a pesar de que dicha obra había sido ya entregada desde entonces.

El Tribunal Supremo aclara con precisión que no es de recibo la aplicación del artículo 1.902 del C. c., puesto que no es posible asentar sobre dicho precepto la concesión de una indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato de arrendamiento de obra cuando quedó probado que la obra, cuyo pago es objeto de discusión, fue recibida sin que fuese satisfecho su importe; en cambio, sitúa a las partes dentro del ámbito del artículo 1.101 del C. c., concretamente en el supuesto general de su último párrafo, donde se sujeta a indemnización de daños y perjuicios a quienes en el cumplimiento de sus obligaciones y sin incidir en esto, negligencia o morosidad, «de cualquier modo contravinieren el tenor de aquélla».

La diferencia para el Tribunal Supremo está en que, al no tener encaje el incumplimiento del deudor (las sociedades demandadas) en el marco de la mora, no entra en juego el principio de la liquidez establecido en el artículo 1.108 del Código civil, o sea, la equiparación de la indemnización de daños y perjuicios a los intereses (al no haberse pactado serían los legales). A juicio del alto Tribunal, el impago del importe de la obra sitúa a ambas

sociedades demandadas dentro del ámbito del artículo 1.101 del Código civil, concretamente, en el supuesto general de su último párrafo, es decir, la indemnización de daños y perjuicios a quienes en el cumplimiento de sus obligaciones «de cualquier modo contravinieren el tenor de aquélla».

¿Cuál es, pues, la diferencia entre ambas indemnizaciones de daños y perjuicios? La diferencia está en que mientras la suma de indemnización considerada por el artículo 1.108 es una cantidad de dinero nominal, la indemnización de los daños y perjuicios del artículo 1.101 es no sólo la de la suma debida, sino, además, la de la ganancia que ha dejado de obtener el acreedor ante el impago (art. 1.106), que es una deuda de valor. Resulta, pues, que la deuda de una suma de dinero sólo tiene como compensación, en caso de mora, el pago de los intereses legales (al no pactarse los voluntarios) o sea, el 4 por 100, más dos puntos, el 6 por 100, si son como consecuencia de ejecución procesal (art. 921 bis de la LEC); en cambio, lo debido como indemnización de daños y perjuicios por la contravención del tenor de las obligaciones contraídas (en el caso de autos el impago del «aumento de la obra») es no sólo la suma debida, sino, además, la satisfacción del valor del «lucro cesante». El enriquecimiento injusto se produce para quien recibe la obra que la deja de pagar durante años, y el perjuicio para el acreedor, al verse privado de su remuneración patrimonial y de las posibilidades de inversión que pudieran haberse realizado.

Dado que la indemnización de los daños y perjuicios es una deuda de valor y por tanto, no es nominal ni de una cuantía fija, sino que ha de ser calculable conforme a la realidad de los factores económicos presentes y actuales del momento del pago (es una «deuda final de dinero») (Cfr. mi estudio: *«Las deudas de dinero»*. Ed. Civitas. Madrid, 1981, pp. 313 ss.), no hubiera sido necesario invocar, como hace la sentencia en el caso de autos, la corrección del perjuicio que al acreedor origina la conducta incumplidora de sus deudores en función de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, ya que no se trataba solamente «del retraso en el abono de numerario», sino, además, la indemnización de un valor que había sido dejado de obtener por dicho acreedor.

(J. B. C.)

27. *Contrato de edición. Dolo. Error en el editor.*—Para apreciar error invalidante del consentimiento «errantis nulla esse voluntas») se requiere que sea esencial y excusable, pues de no ser así habría que estar a la norma de que los efectos del error propio son imputables a quien los padece (Sentencia 21 octubre 1932), así como que el error productor del vicio en el consentimiento ha de ser sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, y además inexcusable (Sentencia 16 diciembre 1943), esto es, que no se haya producido exclusivamente por culpa grave del que lo sufrió, o sea, por haber dejado de poner en la celebración del negocio la mínima diligencia exigible, y así no vicia el consentimiento el error que se hubiese podido evitar con una regular diligencia, y mucho menos es admisible el error cuando quienes contratan son personas peritas y conocedoras del respectivo negocio. (Sentencias 15 enero 1910 y junio 1943)) (Sentencia de 25 de mayo de 1982; no ha lugar.)

HECHOS: El actor concertó con un editor un contrato para editar un libro, pactándose que la financiación sería a cargo del actor y que el editor devolvería la cantidad entregada posteriormente.

El actor reclamó al editor la citada cantidad, a lo que éste alegó que el pacto de devolución había sido logrado con dolo por el actor. El Juzgado estimó la demanda, La Audiencia confirmó la Sentencia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

28. *Distinción entre sociedad civil y sociedad mercantil.*—Una sociedad compuesta por varios hermanos y que se dedica a la explotación de una empresa de industrias cárnicas, entra en fase de disolución y liquidación. El extremo fundamental que se debate en la contienda judicial es el relativo a la naturaleza del vínculo asociativo que une a los hermanos. La Audiencia lo califica de sociedad colectiva irregular y contra dicha calificación interponen recurso de casación los recurrentes, pues a su juicio se trata de una «sociedad atípica de carácter civil» (*sic*). El T. S. confirma el pronunciamiento del juez de apelación «porque a la vista de (los) antecedentes probatorios se establece que, desde el momento en que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes, con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de una sociedad de naturaleza mercantil, dadas las operaciones o actividades que la tal sociedad había de desarrollar, con lo que viene a aplicar el criterio objetivo, que la doctrina científica mayoritariamente contempla, por llegar a establecer la naturaleza civil o mercantil de la sociedad, criterio compartido por esta Sala (...), determinando tal condición de irregular, a efectos plenamente mercantiles, la ausencia de escritura pública constitucional y la inscripción en el Registro Mercantil, pero sin que ello desnaturalice tal carácter mercantil en las relaciones mediante entre los socios (...), remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades, a la de las colectivas, con aplicación de la normativa específica del Código de Comercio». Pero además de este argumento el T. S. alega, *a fortiori*, este otro razonamiento, cuya consistencia ya nos parece más discutible: «porque la conclusión a la que los impugnantes pretenden llegar es, que al ser, según su criterio, una sociedad civil y no mercantil, la liquidación de la sociedad habría de practicarse, según el artículo mil setecientos ocho del Código civil, por las reglas de las herencias, y no por la de la comunidad de bienes, cuestión realmente bizantina, a la vista de lo normado en el artículo cuatrocientos seis del propio Código, que expresamente remite, para llevar a efecto la división de la comunidad, a las reglas concernientes a la división de la herencia, todo ello sin perjuicio de que de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, las operaciones liquidatorias, habrán de ser verificadas siguiendo la normativa de la comunidad de bienes». (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1983; no ha lugar.)

29. *Sociedad irregular mercantil. Responsabilidad solidaria de los gestores.*—Estaba acreditado que los demandados recurrentes eran titulares-propietarios del negocio para el que adquirieron las mercancías cuyo valor se reclama, negocio que giraba bajo un nombre comercial, circunstancias éstas que permiten al Tribunal Supremo entender la existencia de una sociedad irregular, mercantil por su objeto, siendo solidaria la responsabilidad de los gestores —conforme al artículo 120 del Código de Comercio— por cuanto vienen contratando para la Compañía y actuando como tales en el tráfico

mercantil, y no puede desconocerse que a los efectos que se propugnan la significación del término «gestor» ha de ser entendida con amplitud, como indica la Sentencia de 6 de abril de 1961, que engloba en el concepto «a cuantos intervinieron por sí o por delegación, aunque sea verbal», conclusión que viene determinada por el principio de buena fe esencial en la contratación, y sobre todo a la Mercantil. (Sentencia de 30 de abril de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS:** La actora reclamaba a los demandados, padre e hijo, que giraban bajo un nombre comercial, diversas cantidades como consecuencia de varios suministros efectuados. El Juzgado de 1.ª Instancia estimó íntegramente la demanda, La Audiencia confirmó la Sentencia y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso..

30. *Recurso de casación por infracción de Ley.*—Las normas adjetivas no implicadoras de norma de derecho material, según tiene declarado esta Sala en repetidas Sentencias (3-3-1935, 18-2-1941, 21-6-1946, 23-2-1961, 22-2-1964, 9-10-1965 y 12-2-1981), no son eficaces para fundamentar recurso de casación por infracción de ley.

*Nombramiento de sustituto por el apoderado judicial.*—El artículo 1.721 del C. c. confiere al mandatario y, por tanto, al apoderado judicial al que el mandato fue conferido, la posibilidad de nombramiento de sustituto cuando el mandante, y en consecuencia el poderdante judicial, no lo haya prohibido.

*Alcance de la cesión de créditos.*—Los artículos 1.212 del C. c. y 347 del C. de C. en manera alguna contienen reglas referentes a la apreciación de la prueba, sino simplemente referentes al alcance que con relación a terceros tiene la cesión de créditos, y no a la eficacia de la cesión.

*Transferencia de créditos mercantiles nominativos.*—El artículo 342,2 del C. de C., al exigir que la transferencia de los créditos mercantiles nominativos se ponga en conocimiento del deudor, no establece que tal notificación sea indispensable para la validez de la transferencia, sino que tan sólo la manera de obligarle con el nuevo acuerdo, al solo efecto de que no se repite pago legítimo desde aquel acto al que se *hiciera en favor del cedente*, y es suficiente que la notificación se haga en el acto del emplazamiento en juicio al deudor, para que se repite cumplido el precepto del examinado artículo 347 del C. de C. (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1983; no ha lugar.)

31. *Accidente de tráfico. Fallecimiento, seguro obligatorio y seguro voluntario. Intereses legales.*—La pretensión es estimada por el juzgador de primer grado en la parte relativa al seguro obligatorio, si bien se redujo a quinientas mil pesetas la referente al seguro voluntario (que impuso con el carácter solidario solicitado) por apreciar que hubo compensación de culpas con base a la velocidad del turismo y en que éste llevaba encendidas sólo las luces de cruce al producirse el accidente. A su vez, la Sentencia recurrida confirma parcialmente la anterior, revocándola en cuanto a la can-

tividad indemnizatoria, en concepto de seguro voluntario, que aumenta hasta setecientas mil pesetas, imponiendo, además, por imperativo del nuevo artículo novecientos veintiuno bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los intereses legales a partir de la fecha de la Sentencia de Primera instancia, en cuanto a la cantidad condenatoria de ésta y el resto a partir de la fecha de la decisión que ahora se recurre. (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1983; ha lugar.)

NOTA: Hay que destacar en esta Sentencia el punto concreto que se refiere a los intereses legales. El Código civil español, en el párrafo segundo, de su artículo 1.108, establece que «mientras no se fije otro por el Gobierno, se considerará como legal el interés del 6 por 100 al año». La Ley de 2 de agosto de 1899 rebajó el interés legal a un 5 por 100 y la Ley de 7 de octubre de 1939 lo hizo en un punto menos, dejándolo en el 4 por 100.

A pesar de las constantes alteraciones monetarias que se vinieron sucediendo desde entonces, el interés legal del dinero tuvo su operatividad dentro de una alternancia de hecho en los mercados paralelos, o bien, porque se ha venido fijando por el Banco de España (un interés básico o de redescuento), que es actualmente el organismo superior de la política financiera estatal.

Sobre esta última base se produce una normativa muy sectorial en cuanto a la fijación de los tipos de interés: A) Una que afecta a las relaciones patrimoniales privadas (La Ley 77, de 22 de diciembre de 1980). B) Otra, que se refiere a las operaciones mercantiles en el mercado de dinero (Orden de 30 de diciembre de 1980). C) Por último, aquella que establece los tipos de interés aplicables a la financiación de operaciones de exportación computables (Orden de 12 de noviembre de 1981).

A) La normativa vigente, que afecta a las relaciones patrimoniales privadas, es la dispuesta por el artículo 1.108 del Código civil y su modificación por Ley de 7 de octubre de 1939, que estableció el interés legal del dinero en el 4 por 100. También se debe tomar en cuenta la Ley de 23 de julio de 1908. Por su parte, y para el ámbito judicial, la Ley 77, de 26 de diciembre de 1980, complementa el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone: «Cuando la resolución condene al pago de una cantidad líquida, ésta devengará, desde que aquélla fuese dictada hasta que sea totalmente ejecutada, en favor del acreedor, el interés básico o de redescuento fijado por el Banco de España, incrementado en dos puntos, salvo que interpuesto recurso fuera revocada totalmente. En los casos de revocación parcial, el Tribunal resolverá con arreglo a su prudente arbitrio. Lo establecido en el párrafo anterior será de aplicación a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que contengan condena al pago de cantidad líquida, salvo las especialidades previstas para la Hacienda Pública por la Ley General Presupuestaria». (Sentencias de 22 de abril y 16 de julio de 1982.)

B) En cuanto a las operaciones mercantiles en el mercado de dinero, la normativa se restringe al ámbito de las sociedades mediadoras autorizadas por el Banco de España y al mercado interbancario. Así, la Orden de 30 de diciembre de 1980, liberaliza los tipos de interés para las operaciones que realicen dichas sociedades mediadoras en el mercado de dinero con los Bancos, Cajas de Ahorro y Cooperativas de crédito. Desde esta liberalización los tipos de interés han pasado desde el 11 por 100 hasta superar el 20 por 100, según se trate de operaciones a muy corto plazo (día a día, a 7 días, a 30 días), a corto plazo (1 mes, 3 meses, 6 meses) o a largo plazo (cfr. García García, J. M., *El Registrador de la Propiedad ante las cláusulas de interés variable de las hipotecas*, en RCDI, 560 (enero-febrero 1984), pp. 9 ss.).

C) Por último, en el ámbito de la financiación de operaciones con el exterior, el Banco de España, establece la Orden de 12 de noviembre de 1981, concretamente para regular los tipos de interés aplicables a la financiación de operaciones de exportación computables, que van desde el 8 por 100 (en cuanto a buques nuevos), pasando por el 10 por 100 (en general), el 10,5 por 100 (para créditos con pago aplazado), el 11 por 100 (para créditos con aplazado de 2 a 5 años) hasta el 11,25 por 100 (para créditos con plazo aplazado superior a 5 años).

(J. B. C.)

32. *Culpa extracontractual. Lesiones por maniobra inadecuada de tractor. Juicio de faltas sobreseído por indulto. Prescripción de la acción. Irrelevancia del retraso del Juzgado de Paz en el señalamiento del acto de conciliación.*—La prescripción argumentada, que en su día acogió el Juzgado de Primera Instancia, utiliza en su base discursiva un no demostrado tiempo de inactividad de la parte demandante, la cual, habiendo presentado la demanda dentro del plazo del año, fue requerida para la presentación del certificado del acto de conciliación de uno de los demandados, lo que cumplió con la presentación de la papeleta-demanda de conciliación ante el Juzgado de Paz competente, no siéndole imputable el retraso superior a un año en la celebración del acto conciliatorio, cuyo señalamiento no depende de la voluntad del demandante. (Sentencia de 7 de julio de 1983; no ha lugar.)

33. *Culpa extracontractual. Descarrilamiento ferroviario. Lesiones a peatón que transita por interior del recinto ferroviario. Concurrencia de culpas.*—Las lesiones sufridas por el recurrido se produjeron en ocasión de transitar por lugar inadecuado para peatones, como es el recinto ferroviario; pero tal circunstancia no constituyó la causa única determinante del accidente que ocasionó dichas lesiones, pues, independientemente de que no había un acotamiento suficiente y eficaz impeditivo del acceso a dicho recinto ferroviario, como acreditan las medidas precautorias posteriormente adoptadas, lo que suponía que, de hecho, el acceso al mismo fuese fácil y no poco común, el descarrilamiento motivador de las precitadas lesiones no consta hubiese sido debido a caso fortuito, con lo que se produce la situación de responsabilidad por riesgo, al menos como elemento causal concurrente con la culpa del lesionado, lo que repercute en la fijación del *quantum* indemnizatorio. (Sentencia de 20 de junio de 1983; no ha lugar.)

Se deduce de esta Sentencia que el tráfico ferroviario, aunque sea en los ferrocarriles de vía estrecha, es un sector de la vida social al que el T. S. aplica el criterio de la responsabilidad por riesgo, lo que, a la vista de la frecuencia de accidentes que en él se produce, debe juzgarse favorablemente. Lo único lamentable en este caso es la lentitud de la administración de justicia, pues el accidente ocurrió el 20 de marzo de 1975, obligando a la amputación de una pierna del lesionado, persona que se describe como de avanzada edad y que tomaba el sol en un apartadero. (G. G. C.)

34. *Responsabilidad civil derivada de delito y culpa extracontractual.*—La responsabilidad penal derivada del delito de imprudencia y la civil dimanante de hechos u omisiones culposas o negligentes, son especies jurídicas

que aunque expresivas ambas de un mismo principio de culpa, se regulan por normas distintas y se ventilan en diferentes jurisdicciones, por lo cual la sentencia absolutoria recaída en juicio penal no prejuzga la valoración de los hechos que pueda hacerse en la civil, pudiendo los Tribunales de este orden apreciar y calificar los efectos que de los mismos se deriven, siendo doctrina reiterada la que proclama que, fuera del supuesto previsto en el artículo 116, párrafo 1.º, L. e. crim., los Tribunales de lo civil tienen facultades, no sólo para valorar y encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también para apreciar conjuntamente las pruebas obrantes en el juicio y sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica.

*Reserva de las acciones civiles en la sentencia penal.*—Cuando la sentencia penal condenatoria reserva a los perjudicados la acción civil, están éstos facultados para ejercitarla en proceso de dicha naturaleza a efectos del resarcimiento frente al condenado en la sentencia penal, y frente a personas cuya conducta, si bien intrascendente penalmente, pudiera haber contribuido, a título de culpa civil, como concausa, a la producción del resultado dañoso.

*Colisión de ciclomotor con automóvil con lesiones del acompañante de éste. Condena civil del conductor del automóvil absuelto penalmente.*—La sentencia dictada en el juicio de faltas absolviendo al conductor del automóvil, y subsidiariamente al dueño de éste, no prejuzga la valoración de sus conductas en vía civil, y esta valoración revela falta de atención suficiente al no cerciorarse oportunamente de la posición y actuar de su oponente, y que si la marcha de su carruaje se hubiera atemperado a la prescrita de 50 kilómetros por hora, pudo, utilizando el freno, desde obviar la colisión hasta paliar sus consecuencias, lo que supone calificar tal conducta de culposa no penal.

(G. G. C.)

*Concurrencia de culpas.*—Los respectivos conductores de los vehículos, al haber realizado conductas que constituyen causas eficientes parciales y simultáneas de la producción del evento lesivo, actuaron como concausas en el acto ilícito culposo, lo que motiva una condena solidaria a la reparación. (Sentencia de 30 de mayo de 1983; no ha lugar.)

35. *Culpa extracontractual. Prescripción. «Dies a quo».*—La doctrina jurisprudencial tiene declarado que en las hipótesis de lesiones, para la fijación del *dies a quo* del plazo de un año a los efectos de la prescripción extintiva, hay que atenerse al momento en que se conozca de modo definitivo los efectos del quebranto padecido a la vista del alta médica oportuna, pues sólo entonces se halla el interesado en condiciones de ejercitar, valorando el alcance efectivo y total del daño y el importe de la adecuada indemnización.

*Prohibición del planteamiento de cuestiones nuevas. No lo es la fijación del «dies a quo».*—La prohibición del planteamiento de cuestiones nuevas ha de entenderse en el sentido de que sólo lo serán la presentación de aspec-

tos fácticos que alteren los hechos aducidos originariamente, así como la variación de los fundamentos legales determinantes de cambio en la *causa petendi*, pero en manera alguna la revisión del derecho aplicable al caso debatido, tarea en la que es libre el Tribunal de alzada con arreglo al principio *iura novit curia*, sin más limitaciones que las impuestas por la congruencia. (Sentencia de 8 de julio de 1983; ha lugar.)

Se trataba de un accidente de circulación producido al derrapar el vehículo por el mal estado de la calzada, lesionándose los ocupantes. En ambas instancias se desestima la reclamación de éstos por apreciar la prescripción. Prospera el recurso de casación por los dos motivos extractados, pero en la 2.ª sentencia se declara la ausencia de culpa del conductor, y sólo se condena a la indemnización del seguro obligatorio por no concurrir la «vis maiore» exculpatoria.

36. *Culpa extracontractual. Accidente de circulación por mal estado de la carretera. Caso fortuito.* Se entiende por caso fortuito todo suceso imposible de prever, o que previsto sea inevitable, y, por tanto, realizado sin culpa alguna del agente, por lo que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño, son que en él intervenga como factor apreciable la actividad, dolosa o culposa, del agente, por lo que, para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible e inevitable (S. de 25 mayo 1965); en el presente se declara probado que el conductor pudo evitar la introducción de las ruedas en el bache, o dominar el vehículo, si el conductor implicado hubiese observado una conducta viaria más prudente, y no merecedora de la calificación de negligente que, implícitamente y de manera acertada, le imputa la resolución que se recurre, por lo cual no cabe aplicar el artículo 1.105 C. c. (Sentencia de 11 de mayo de 1983; no ha lugar.)

En el pavimento de la calzada existían baches o socavones de 40 cms. de profundidad y metro y medio de longitud, por lo cual el conductor del camión se desvió a su izquierda, colisionando con otro que circulaba en dirección contraria; se le acusa negligencia por circular de noche, lloviendo, en condiciones atmosféricas desfavorables, con reducida visibilidad por llevar luz de cruce, y a velocidad de 60 kilómetros por hora, por lo cual no advirtió el socavón indicado en el centro de la calzada; se declara que pudo evitar la introducción de las ruedas del lateral izquierdo en el mismo. ¿No debe ser responsable también la Administración de Carreteras? (G. G. C.).

37. *Culpa extracontractual. Muerte en accidente de trabajo al reparar máquina. Medidas de Seguridad insuficientes.*—Es reiterada la doctrina jurisprudencial según la cual se genera responsabilidad extracontractual cuando las medidas de seguridad adoptadas, aun siendo suficientes según la legislación administrativa, fueron insuficientes para impedir el resultado dañoso producido. (Sentencia de 6 de mayo de 1983; no ha lugar.)

(G. G. C.)

38. *Culpa extracontractual. Temeridad. Accidente de circulación con resultado de muerte.*—El automóvil conducido por un trabajador de la empresa, que lo hacía habitualmente a pesar de su categoría profesional de peón, era utilizado para el transporte de obreros hasta sus lugares de trabajo, y presentaba sus ruedas delanteras en pésimo aspecto, pues la izquierda tenía la lona al descubierto y la derecha carecía de dibujo en la totalidad de la banda de rodaje, acaeciendo el accidente por el reventón de la primera con el resultado luctuoso de la muerte del conductor y de un acompañante; el que el empresario hubiera ordenado el cambio de las ruedas, no elimina la notoria imprudencia que entraña hasta el grado de temeridad al disponer el desplazamiento de los trabajadores en un vehículo con dos ruedas insertables, vulnerando abiertamente el artículo 212, apartado c) del Código de la Circulación, siendo obvio que tan insólito deterioro de los neumáticos no se presentó súbitamente y sólo pudo llegarse a tales extremos por culpa manifiesta de los recurrentes.

*Responsabilidad por el hecho de otro Dueño del vehículo.*—La doctrina científica y la jurisprudencia no han dejado de señalar el aspecto objetivo de la responsabilidad por el hecho ajeno, habiéndose probado en autos que el propietario del turismo era conocedor de su estado y atendía a su conservación.

*Prescripción. «Dies a quo».*—Según doctrina legal, la iniciación del cómputo en el plazo prescriptivo de la acción cuando se trata de accidentes de circulación, ha de ser referida, no a la fecha de notificación del auto del Juez acordando el archivo de las diligencias previas penales, sino a la de la comunicación del auto ejecutivo conforme a la normativa del seguro obligatorio, o a partir de la firmeza de la resolución pronunciada en el procedimiento sumario.

*Interrupción por presentación de la demanda de pobreza.*—Son reiteradas las declaraciones jurisprudenciales en el sentido de valorar como causa interruptiva de la prescripción la presentación de la demanda de pobreza dentro del año de vigencia de la acción, ya que según el artículo 1.973 C. c. sólo se requiere a tal fin su ejercicio ante los Tribunales, que a todas luces va ínsito en la interposición del escrito postulando el beneficio de asistencia judicial gratuita si en ella se expresa la índole del pleito; efecto interruptivo que no deja de producirse por la falta de presentación de los documentos a que se refiere el artículo 28-5.º L. e. c., pues lo único que entonces sucede es que se abre un paréntesis entre la admisión y la puesta en marcha de la demanda; la interpretación así producida elimina categóricamente la presunción de abandono que constituye el fundamento subjetivo de la prescripción extintiva. (Sentencia de 27 de mayo de 1983; no ha lugar.)

39. *Culpa extracontractual. Invasión de finca por corrimiento de vertidos. Legitimación pasiva de la empresa encargada del transporte de estériles. Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.*—Siendo facultad del perjudicado la de demandar a todos o algunos de los culpables causantes del daño, está

pasivamente legitimada la empresa que tiene contratado con Hunosa el transporte y vertido de los estériles que ésta necesita evacuar como consecuencia de la explotación de los pozos y lavadero que se mencionan, efectuándose tal evacuación en camiones propiedad de los demandados y en otros contratados por ello a tal efecto, empresa que no es ajena a la causación del daño de cuya reparación se trata en el juicio, no pudiendo prosperar la excepción de litisconsorcio.

*Legitimación activa. Poseedor de la finca.*—La situación posesoria de la demandante bastaba para reconocerle los frutos (art. 451 C. c.) de cualquier clase, máxime siendo los controvertidos industriales debidos a su trabajo como los de la cosecha pendiente al tiempo del siniestro, pues todos los frutos constituyen la contrapartida en favor del poseedor por haber asumido, con la gestión *iure proprio* de la cosa, los riesgos y responsabilidades consiguientes, siendo la indemnización litigiosa el sustitutivo de tales frutos, para cuya percepción basta la buena fe, que se presume.

*Inversión de la carga de la prueba. Presunción «iuris tantum» de la culpabilidad.*—La copiosa jurisprudencia de esta Sala, a partir de la Sentencia de 10 julio 1943 hasta la de 10 de mayo 1982, repetidamente ha dicho que para exonerarse de la obligación de reparar, el autor de los daños es quien, por inversión de la carga de la prueba, debe acreditar que en el ejercicio de su actividad obró con toda prudencia y con la diligencia precisa para evitarlos, lo que halla su fundamento en una moderada recepción del principio de la responsabilidad objetiva basada en el riesgo o peligro, que excusa hasta cierto punto el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual, que la culpa del agente se presume *iuris tantum*. (Sentencia de 17 de marzo de 1983; no ha lugar.)

#### 4. Derechos reales

40. *Documentos auténticos.*—Sólo son documentos auténticos a los efectos de casación aquellos que por su procedencia, forma y contenido proclamen una realidad irrefutable que se halle en abierta y flagrante contradicción con la recogida como probada por la resolución judicial, de modo que en buena lógica y rigor jurídico no puedan subsistir ambas afirmaciones contrapuestas.

*Apreciación conjunta de la prueba hecha por el Tribunal de Instancia.*—No puede combatirse descomponiendo sus elementos y fundando la oposición o contradicción en el resultado aislado de alguno de ellos.

*Doble inmatriculación en el Registro de la Propiedad.*—No puede prosperar el segundo motivo del recurso, porque en supuestos como el de la litis deja de actuar el principio hipotecario de presunción de exactitud del contenido del Registro en su doble manifestación de legitimación o presunción de exactitud «*iuris tantum*» mientras no se acredita la inexactitud registral (art. 38 de la Ley Hipotecaria y concordantes) y de fe pública registral o presunción «*iuris et de iure*» de exactitud o integridad en beneficio del ter-

ceros que adquiere a título oneroso confiado en dicho contenido registral (artículo 34 y concordantes), y deja de actuar porque si la presunción de exactitud se refiere al contenido de la hoja registral abierta a cada finca en la que se relaciona todo su historial jurídico, en la hipótesis de doble inmatriculación por desfiguración de linderos, por error, etc., las respectivas presunciones que emanan de los asientos contradictorios referidos a la misma finca quedan neutralizados al no poder el Registro garantizar la pertenencia del mismo derecho a favor de titulares distintos y, en tal supuesto, el problema, de imposible solución en el campo registral basado en una sola hoja para cada finca, se traslada al ámbito del Derecho civil, que lo resuelve aplicando el artículo 1.473 del Código civil y atribuyendo la propiedad al adquirente que antes haya inscrito su derecho en el Registro. (Sentencia de 12 de mayo de 1983; no ha lugar.)

HECHOS: En un supuesto de doble venta de un inmueble, el Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial resolvieron la cuestión planteada aplicando la normativa contenida en el artículo 1.473 del Código civil, es decir, dando preferencia a quien primero inscribió su derecho en el Registro de la Propiedad, con los pronunciamientos consiguientes a dicha declaración de dominio respecto a las otras inscripciones practicadas y a lo construido de buena fe en el inmueble reivindicado. No prospera el recurso de casación.

41. *Usucapión. Naturaleza del bien. Posesión. Mala fe. Inversión de la posesión.*—Tampoco puede prosperar el motivo que denuncia la aplicación indebida de los párrafos 1.º y 2.º del artículo 1.955 C. C., que se dice cometida al no haber sido aplicada la usucapión trienal regulada en esa norma, ya que hay que partir de la buena fe del poseedor recurrente; y ello, porque aun haciendo caso omiso de la improcedencia de descomponer la unidad funcional del establecimiento o negocio en la diversidad de sus componentes, prescindiendo de la naturaleza jurídica que conviene al conjunto, los objetos y elementos de la explotación tienen el carácter inmueble por destino conforme al número 5.º del artículo 334 C. C., sometidos al lapso prescriptivo que a tales bienes corresponde, y de otro lado es manifiesto que la inversión del concepto o título posesorio a los efectos de lo prevenido en el artículo 436 del propio Código no puede operarse por el mero *animus* o unilateral voluntad del tenedor, de donde se sigue que llevado el negocio por el recurrente y sus hermanos en explotación familiar, no cabe entender alterado el concepto de la posesión por parte de aquél hasta que por documento de 1974 afirma su titularidad dominical exclusiva y aparta a sus hermanos codemandados mediante el pago de cierta cantidad, comportamiento obviamente reñido con todo vestigio de buena fe a la vista de lo dispuesto en el artículo 433 C. C. (Sentencia de 13 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

42. *Prescripción ordinaria.*—La prescripción ordinaria del artículo 1.957 del C. c., requiere el reconocimiento del esencial e ineludible requisito del justo título.

*Posesión en concepto de dueño.*—Conforme a lo normado en el artículo 447 del C. c., sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio. La posesión a tal fin requiere no sólo el transcurso de treinta años sin interrupción, sino también que esa posesión no sea la simple tenencia material o la posesión natural, y sí la civil, es decir, la tenencia unida a la intención de hacer la cosa como propia, que no puede ser la simplemente tolerada (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

43. *Tercearía de dominio.*—Siendo la tercearía de dominio el cauce procesal idóneo arbitrado por el legislador para compatir el embargo indebido, liberando el bien injustamente trabado y sustrayéndolo a la ejecución, es manifiesto que efecto peculiar de la demanda habrá de ser la paralización del proceso en la fase de apremio en cuanto a la cosa objeto de la tercearía, tal como ordena categóricamente el artículo 1.535 de la Ley Procesal, y por lo tanto tendrá que ser detenida la ejecución forzosa, de donde se desprende que la inobservancia de lo preceptivamente dispuesto en ese mandato normativo acerca de la suspensión de las actividades ejecutivas una vez presentada la demanda en tiempo hábil a tenor del artículo 1.533 de la citada ley, no puede significar, en manera alguna, la validez de un acto viciado por inexistencia del elemento objetivo de la licitud del embargo, y por tanto de la ejecución seguida, cual es la pertenencia afectiva al ejecutado del bien sujeto a traba y objeto de la tercearía. (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1983; ha lugar.)

44. *Tercearía de dominio. Anotación de embargo por deudas fiscales.*—El piso embargado en cuatro procedimientos de apremio seguidos en la Recaudación de Tributos del Estado por débitos a la Hacienda, pertenece en propiedad a la demandante tercearista, titularidad que ostenta desde que se celebró el contrato de compraventa por su causante en 1966, con la subsiguiente toma efectiva de la posesión en 1968, fechas muy anteriores a los embargos causados y las respectivas anotaciones registrales, las cuales, de acuerdo con la reiterada y uniforme doctrina jurisprudencial, no pueden producir efectos contra las adquisiciones jurídicas efectuadas con anterioridad sobre el inmueble de que se trata, aunque no hayan sido inscritas ni siquiera anotadas, como sucedió en este caso.

*Cancelación de la anotación preventiva.*—En el presente caso no fue la Autoridad judicial, sino la administrativa, la que ordenó hacer la anotación preventiva de embargo, y de acuerdo con el artículo 84 L. H. a ella corresponde dar la orden pertinente de cancelación. (Sentencia de 24 de marzo de 1983; no ha lugar.)

45. *Propiedad horizontal. Planta de plazas de garaje. Compraventa y segregación.*—Constituida en régimen de propiedad horizontal la finca a que se contrae el documento privado de compraventa de una plaza de garaje suscrito por las partes litigantes, no podría la vendedora (quien ya no era propietario único de la finca), sin incurrir en infracción de las normas impera-

tivas que tal régimen regulan, proceder a una nueva segregación de lo ya segregado, afectando a la copropiedad que sobre dichos elementos comunes correspondía ya al comprador, como propietario de una de las plazas de garaje que le había sido transmitida, resultando de ello que la sentencia recurrida lejos de violar el artículo 11 L. P. H. hizo una debida aplicación del mismo, en relación con el párrafo 1.º de la norma 1.ª del artículo 16 de la propia ley. (Sentencia de 11 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

46. *Enajenación de cosa indivisible.*—Desde el momento en que uno de los codueños pide la enajenación de la cosa común, es evidente que manifiesta su voluntad de que no se consulte a los demás condueños acerca de si a alguno conviene su adjudicación y, por consiguiente, no infringe el artículo 404 ni el 1.062 del C. C. la sentencia que decreta dicha subasta con admisión de licitadores extraños.

*Indivisibilidad de la cosa común.*—La determinación de la indivisibilidad de la cosa común o de su detrimento por su división es cuestión de hecho de la exclusiva apreciación de la sala sentenciadora, que sólo cabe impugnar por la vía del núm. 7 del artículo 1.692, es decir, con la demostración del error de hecho o de derecho en el que la sentencia hubiera podido incurrir al apreciar la prueba y fijar según su resultado la nota factual de la indivisibilidad física o económica. (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1983; no ha lugar.)

47. *Propiedad horizontal. Comunicación de locales comerciales situados en edificios colindantes. Necesidad de acuerdo unánime de los copropietarios.* Como hizo la sentencia de esta Sala de 10 de octubre de 1980 al declarar que los «muros» son siempre elementos comunes según el artículo 396 del Código civil, se trata de paredes maestras o de sustentación, sean paredes divisorias o de separación, en cuanto la función de las segundas es la delimitadora del espacio correspondiente al edificio marcando el perímetro con relación a otro distinto; por lo que en el presente supuesto, igual que el que contempla la referida sentencia, aunque el muro demolido por el recurrente para poner en comunicación los locales de negocio de su propiedad pertenecientes a dos diferentes fincas urbanas, no era una pared de carga, sí constituía un elemento de cierre y delimitación con la casa vecina y, en consecuencia, no podía ser derribada sin la indispensable concurrencia de la unánime voluntad de los propietarios, como exigen los citados artículos 11 y 16-Primera de la Ley de Propiedad Horizontal.

*Inexistencia de abuso de derecho.*—No concurren los requisitos que condicionan la existencia de la invocada figura jurídica del abuso de derecho, pues la reacción del actor al formular su demanda dirigida a que cesen los efectos de la antijurídica conducta del demandado recurrente, que sin el consentimiento unánime del resto de los propietarios del inmueble derriba la pared divisoria de su local con la finca colindante, conculcando con ello los artículos 7 y 11 en relación con el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, no puede decirse que suponga una extralimitación subjetiva ni objetiva en el ejercicio de su derecho, en cuanto tiende a reponer la situación jurídica preexistente en defensa de un interés que la Ley considera digno

de protección, cual es el de mantener separados o individualizados los edificios colindantes, sometiendo la alteración de dicha situación al principio de unanimidad y no al de simple mayoría. (Sentencia de 9 de mayo de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS:** Uno de los copropietarios derribó la pared de separación entre el edificio en comunidad y un local sin existir acuerdo unánime de los componentes de la comunidad. Ante el hecho consumado del derribo de la pared de separación, uno de los copropietarios interpuso la correspondiente demanda. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron íntegramente la demanda. No prospera el recurso de casación.

48. *Propiedad horizontal. Elemento común.*—En el ámbito fáctico-jurídico debe considerarse como de tal naturaleza, en contra de lo apreciado por el recurrente, no exclusivamente los elementos de tal clase instalados al tiempo de la construcción del inmueble, sino que también los que lo fueron con posterioridad con el asenso de los copropietarios existentes al tener lugar la instalación.

*Legislación aplicable.*—La Sala de Instancia hace aplicación al caso contemplado del artículo 396 del Código civil, porque, aunque la casa fue construida en 1886 (antes de la entrada en vigor del C. C.), la situación se creó en el año 1945, en que se instaló el ascensor. La disposición transitoria primera del Código civil claramente pone de manifiesto, «a contrario sensu», que tal precepto es aplicable al caso al surgir el hecho que motiva su aplicación con posterioridad a la entrada en vigor del mismo.

*Violación de normas administrativas.*—Los preceptos de carácter administrativo no son invocables para fundar en ellos la casación civil, puesto que este recurso debe referirse a su materia propia, que son las normas de derecho privado en aras a la salvaguardia del principio de unidad de doctrina; y de otra parte debido a que la infracción de normas reglamentarias sobre instalación de ascensores, no es determinante de la nulidad del acuerdo de su instalación, sino simplemente de infracción sancionable, en su caso, en la correspondiente vía administrativa, o incluso motivadora de exigencia, para el normal funcionamiento del adecuado cumplimiento de las exigencias reglamentarias establecidas.

*Ausencia de mora. Falta de liquidez.*—Los intereses de demora en las obligaciones de dar no se deben conjuntamente con la prestación principal si ésta es líquida, «in alliquidis non fit mora», y lo es, como en el presente caso ha ocurrido, si precisa para determinarla de la promoción de un juicio sobre tal extremo, en que además se ha reducido la cantidad reclamada. (Sentencia de 8 de julio de 1983; ha lugar.)

**HECHOS.**—El presidente de una Comunidad de propietarios demandó a uno de ellos reclamándole el importe de las cuotas correspondientes a sus dos pisos y lonja más la cantidad pertinente por la renovación del ascensor y la relativa a la amortización del préstamo solicitado para tal renovación. El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda y condenó al

demandado al pago de una determinada cantidad de dinero. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial lo desestimó íntegramente. Prospera el recurso de casación solamente en lo relativo al motivo sexto sobre los intereses moratorios.

49. *Propiedad horizontal. Obras que alteran la configuración y aspecto externo de la fachada.*—Al permanecer incólumes las declaraciones fácticas de la sentencia impugnada de que las obras del kiosko, las realizadas en las terrazas y los letreros luminosos, «modifican la configuración y aspecto externo de la fachada y terrazas», aunque no afecten a la estructura y solidez de la construcción, y su verificación se ha consumado sin la autorización de la comunidad, es evidente que se ha conculcado la norma décima de los estatutos por los que la misma se rige, así como la configuración estructural externa del edificio, de ahí que al caso enjuiciado sean de aplicación, tanto el artículo 11, que contempla tal variación estructural, como el artículo 16-1.º de la LPH, ante la ausencia de autorización para realizar tales obras.

*Legitimación del presidente.*—Es doctrina reiterada de esta Sala que la legitimación del presidente le viene conferida por el artículo 12 de la LPH, que le otorga la representación en juicio de la Comunidad, estando colocada tal actuación entre la representación orgánica y la meramente voluntaria, llevando implícita la de todos los titulares, tanto en juicio como fuera de él, actuando como órgano del ente comunitario, sustituyendo con su voluntad individual la social común, de tal manera que lo realizado por el presidente ha de entenderse como si fuera la propia comunidad actuante, sin perjuicio de las relaciones internas y de la obligación de aquél de responder de su gestión, tal como dijo la Sentencia de 10 junio 1981, reiterando las de 19 junio 1975 y 3 diciembre 1979, existiendo acuerdos comunitarios reiterados, según resulta del Libro de Actas de la Comunidad de la autorización que se le confirió para ejercitar acciones tendentes a restablecer las anomalías imputadas al aquí recurrente, estando otorgado el poder por quien a la sazón estaba en el desempeño de tal cargo presidencial. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1983; no ha lugar.)

NOTA: con anterioridad a la Sentencia aquí recógida últimamente, nuestro Tribunal Supremo se planteó en S. 3 febrero 1983 (Pte. Pérez Gimeno) la legitimación de los propietarios individuales en los siguientes términos: «... el hecho de que el artículo 12 de dicha ley especial confiara 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 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 (Sentencias 28 abril 1966, 23 abril 1970, 31 mayo 1971, 10 junio 1981, etc.)».

(J.-A. LL. T.)

50. *Título constitutivo de servidumbre.*—Si el juzgador no hace declaración alguna sobre indemnización, no quiere decir que en las servidumbres

voluntarias no haya lugar a la misma, lo que ocurre es que en éstas regidas por su título constitutivo, ha de estarse a lo convenido en éste y consecuentemente a la dispuesto sobre este particular. (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1981; no ha lugar.)

**HECHOS:** Don J. M. P. demanda a la sociedad C. P., suplicando que se condene a la misma a que otorgue escritura pública de constitución de servidumbre de paso a través de una finca que fue propiedad del actor y de un hermano suyo, y que, al ser vendida con posterioridad a la entidad demandada, dejaba cerrado el paso a una pieza de tierra de huerta, propiedad del actor, por cuya razón la sociedad demandada se obligó, en documento privado, a otorgar la correspondiente escritura pública de constitución de la servidumbre expresada. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial desestimó el recurso.

51. *Interpretación.*—La interpretación de los contratos es función que compete al Tribunal de Instancia, cuyas conclusiones deben ser respetadas en casación, a no ser que resulten ilógicas o absurdas.

*Constitución de servidumbre.*—Son requisitos para el nacimiento de las servidumbres por destino de padre de familia, la existencia de uno o dos fundos pertenecientes al mismo propietario, un estado o situación de hecho en el predio único o en ambos del cual resulte visible y fácilmente comprobable que el uno presta al otro un servicio que podría ser calificado de servidumbre, si cualquiera de ellos perteneciera a distinto dueño, que este signo aparente de servidumbre haya sido establecido por el titular de la finca única o de ambos predios, y finalmente que uno de los fundos sea enajenado por el dueño común o se divida el fundo único sin que se haya hecho desaparecer el repetido signo, ni se haya una manifestación contraria a la subsistencia en el título de enajenación de cualquiera de las fincas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1983; no ha lugar.)

52. *Actos meramente tolerados.*—La apertura de huecos para luces y vistas en pared propia, sin existencia de voladizos, sobre fundo ajeno, es un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta.

*Incongruencia.*—Para que pueda estimarse que hay incongruencia, tiene que darse una falta de adecuación o antinomia entre los pedimentos de la demanda y el fallo, pero nunca entre los razonamientos alegados, ya por las partes, ya por el Tribunal. (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

53. *Luces y vistas. Legislación anterior al Código civil.*—Que ya la Sentencia de esta Sala, de 25 de febrero de 1943 (confirmatoria de otras anteriores y precedente de las que siguieron, que luego se citarán), estableció que, cuando la legislación antigua no regulaba de una manera precisa y detallada los derechos de luces y vistas, incidentalmente aludidos en la Ley 15, Título XXXIX de la Partida III, cabía sentar, como criterio informante de

dicha normativa, las siguientes proposiciones: primera, que aquella legislación histórica, como una consecuencia del derecho que tenía todo propietario para hacer en su casa lo que quisiere, sin otros límites que los jurídicos y los morales —expresivamente recogidos en la definición de la Ley 1.ª, Título XXVIII de la misma Partida III— no ponía traba alguna a la facultad de abrir huecos, para luces o vistas, en pared propia; segunda, que tales luces o vistas no constituían, empero, derecho de servidumbre y, por consiguiente, no podían neutralizar el derecho que tenía al otro colindante para disminuir las o anularlas, edificando libremente o dando mayor elevación a construcciones existentes; y tercera, que la falta de ejercicio de ese derecho de edificar, por más o menos tiempo, no engendraba prescripción de servidumbre «ne luminibus officiat», «altius tollendi» o «ne prospectui officiat», en favor del otro propietario que tuviese abiertos los huecos de su pared, ya que, según reiterada jurisprudencia, estas últimas servidumbres, por ser negativas, no podían ser adquiridas por prescripción, sino computando ésta desde la ejecución de algún acto obstativo.

*Usucapión.*—Que esta doctrina relativa a la legislación anterior, en cuanto contempla la apertura de huecos en pared propia como manifestación «iure proprietatis» y no «iure servitutis», fue corroborada por las Sentencias de 9 de febrero de 1955, 14 de marzo de 1957 y 2 de octubre de 1964, y es esta última la que afirma, con cita previa de la Sentencia de 13 de junio de 1867, que la Ley 15, Título XXXI, Partida III, no daba derecho a mantener en paredes propias huecos laterales o ventanas en perjuicio del vecino que, disponiendo de su suelo y cielo, puede construir libremente en contigüidad o dar mayor elevación a construcciones existentes, «a no ser que se le hubiera contradicho el alzamiento para que no quitase las luces», consistiendo ese acto obstativo, doctrina ya recogida en las sentencias de 6 de marzo de 1875, 13 de mayo de 1882, 10 de mayo de 1884, 12 de noviembre de 1889 y 31 de mayo de 1890 (referentes a vistas antes de la vigencia del Código civil), ya que, según indica la Sentencia de 13 de mayo de 1882, los huecos abiertos en pared propia y en correspondencia con suelo y cielo ajenos son de mera tolerancia, salvo pacto o concesión expresa, y no pueden ganarse por prescripción, sino computando ésta desde la ejecución de algún acto obstativo, en razón a que cuando alguno se aprovecha de esas luces aspira a constituir una servidumbre negativa para que el dueño de la finca a que afectan no pueda construir en contigüidad ni por consiguiente perjudicarlas.

*Criterio normativo acogido en el Código civil.*—El Código civil mantiene las dos posibilidades admitidas por la legislación anterior, es decir, la nacida («iure proprietatis») del derecho de propiedad como facultad de abrir huecos a la altura y de las dimensiones previstas en el artículo 582 y las derivadas de la adquisición de un derecho real de servidumbre que le permita la apertura de huecos contemplados en el artículo 582, mediante título o en virtud de prescripción conforme autorizan los artículos 537 y 538 del mismo Cuerpo legal, mas siempre, en el segundo caso, de la constancia del acto obstativo, por tratarse de servidumbre negativa como en el caso del recurso.

*Falta de prueba de existencia de servidumbre.*—Por ello es claro que la Sala de Instancia no pudo infringir ni la legislación anterior al Código ni tampoco la normativa de éste, pues en el primer caso la servidumbre no era tal según la doctrina expuesta y en ambos, antes o después del Código, faltaría el dato del cómputo —acto obstativo— para la usucapión, de donde resulta la procedencia del rechazo de los motivos estudiados.

*Congruencia.*—Al ser absolutoria la sentencia, como se ha dicho, es claro que, según reiteradísima doctrina, no se le puede reprochar haber incurrido en incongruencia, ya que las sentencias de esa clase se entiende que resuelven todas las cuestiones, salvo casos especiales. (Sentencia de 12 de julio de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS:** Alegando la titularidad de unas servidumbres de luces y de desagüe, adquiridos desde tiempo inmemorial, el demandante solicitó la demolición del edificio construido por los demandados. Estos se opusieron a la demanda alegando, entre otras cosas, que el actor no era titular de servidumbre alguna, porque la servidumbre de luces y vistas, al estar los huecos en pared propia, es negativa y el tiempo para adquirirla por usucapión había de contarse desde el acto obstativo que acredita la no oposición del sirviente a la existencia de los huecos durante el tiempo prescrito, acto que no consta ni se prueba sino a partir de la demanda origen del recurso. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial rechazaron la demanda. No prospera el recurso de casación.

54. *Servidumbre. Realización de obras necesarias por el dueño del predio dominante.*—El dueño del predio dominante ejerce su derecho a hacer, a su costa, en el predio sirviente, las obras necesarias para el uso de la servidumbre cuando efectúa unas obras indispensables para la habitabilidad del edificio construido en su solar, ejecutando correctamente en el orden arquitectónico y adaptadas a las condiciones exigidas por las compañías suministradoras, las modificaciones precisas en el paso. Así, pues, la demanda ha efectuado un uso «civiliter» de su derecho que no se ha demostrado que agrave la servidumbre. (Sentencia de 1 de mayo de 1983; no ha lugar.)

## 5. Derecho de familia

55. *Matrimonio canónico. Separación por malos tratos. Derecho transitorio. Continuidad normativa entre el artículo 105-2.º C. C. derogado y el artículo 82, causa 1.ª vigente.*—Según recordó esta Sala en Sentencia 15 julio 1982, la jurisprudencia recaída en aplicación del derogado artículo 105-2.º C. c., es aplicable a la causa 2.ª del vigente artículo 82 C. c., por ser normas de contenido sustancialmente análogo; se requiere una conducta injuriosa o vejatoria, informada de la nota de reiteración de los actos y de un elemento psicológico de rencor o aversión, indispensables para que tenga entidad bastante a los efectos de servir de base a la separación matrimonial, no siendo suficiente de suyo que no reine la mejor armonía en el hogar conyugal si se

desconocen los resultados graves que de esas desavenencias pueden derivarse (Sentencia de 30 diciembre 1975); bien entendido que en el ordenamiento derogado—aplicable al supuesto litigioso—regía el sistema de separación por culpa, y aun sin desconocer la diversidad en los criterios inspiradores del nuevo texto legal, siempre será menester para la adopción de las medidas que lleva consigo la decisión judicial ordenando el cese del deber de convivencia, ora la anuencia de ambos consortes (separación negocial de convencional), bien la petición de uno de los casados cuando el otro esté incurrido en causa legal de separación; lo que significa que, de no mediar el acuerdo de los interesados, será insuficiente la invocación de tensiones o desavenencias entre ambos, en tanto que no se traduzcan en las conductas o situaciones a que hace referencia dicho precepto, por más que se le interprete con prudente flexibilidad, que en no pocos casos permitiría subsistir las de palmaria ruptura del recíproco afecto en el número 1.º del artículo 82, como violación grave y reiterada de los deberes conyugales de respeto, ayuda y socorro, que hace intolerable la convivencia, como ya se pronunció este Tribunal en Sentencia de 10 febrero 1983.

*No es sevicia para el otro cónyuge el consumo ocasional de alcohol.*—La desmedida inclinación al consumo de alcohol no entraña por sí misma una anormalidad de alcance sevicioso, sino tienen más bien base y significación patológicas que impiden la asimilación entre las sevicias y la edición alcohólica, como lo confirma el vigente artículo 82-4.º C. c., siendo de resaltar que esa ingestión reprochada al marido ha sido definida por la Sala de «ocasional», lo que excluye la idea de hábito, descartándose el requisito de una acusada reiteración, racionalmente indispensable para que el interés del otro cónyuge, o el de la familia, exijan la suspensión de la convivencia.

*No es injuria la reconvencción basada en la infidelidad del otro cónyuge.*—Es inadmisibles sostener que la acusación de infidelidad como base del pedimento deducido en la reconvencción pueda ser valorada como constitutivo de injurias, atendida su finalidad y las circunstancias en que el concepto es proferido, por más que la reconvencción sea rechazada en virtud de las limitaciones del proceso, o se tenga por infundada la imputación. (Sentencia de 19 de mayo de 1983; no ha lugar.)

Con carácter general, parece razonable la línea de continuidad interpretativa, en materia de separación conyugal, que el T. S. viene manteniendo después de la entrada en vigor de la reforma matrimonial, si bien la Sentencia extractada no deja de marcar las importantes diferencias resultantes del cambio de sistema legal (introducción de la separación por acuerdo y de algunas causas de separación objetiva). Sobre el tema puede verse García Cantero, *Comentarios a los artículos 42 a 107 C. c.* (Madrid, 1982), pp. 272 ss.

Para apreciar lo fundado de la desestimación del recurso conviene referirse a los hechos-base de la demanda de separación entablada por la esposa, que el T. S. acepta: «Ambos esposos son personas preocupadas por la formación moral e intelectual de sus hijos, comportándose correctamente

—más severo el padre— en cuanto a la educación de los mismos, gozando la esposa de excelente conducta en Jerez de la Frontera y siendo el marido un médico muy trabajador, que ocasionalmente ingiere con exceso bebidas alcohólicas, y si bien existen desde hace varios años tensiones y desavenencias conyugales que dificultan la convivencia matrimonial e incluso han provocado violentas discusiones, no resultan cumplidamente acreditados los malos tratos de obra y de palabra denunciados en la demanda, ni que el esposo haya tenido desatendida a la familia en el doble concepto invocado. Parece claro que la adición al alcohol, por sí sola, no induce la existencia de sevicias o malos tratos, y en cuanto a su funcionamiento como causa autónoma de separación, de acuerdo con el artículo 82, causa 4.ª, en su redacción de 1981, de indudable carácter objetivo, requiere la prueba de requisitos (interés del otro cónyuge o de la familia) que aquí no se ha producido.

(G. G. C.)

56. *Matrimonio canónico. Separación según Decreto-Ley de 29 de diciembre 1979. Derecho Transitorio. Artículos 105-2.º C. C. derogado.*—Lo Único probado es que entre los esposos litigantes en determinados momentos surgieron discusiones y discrepancias, e incluso leves agresiones o insultos, simples incidentes vulgares de la vida matrimonial al enfrentarse con los múltiples y variados problemas que la cotidiana lucha por la vida les ha deparado, los más de carácter económico debido a la mala marcha de los negocios, lo cual no encaja en la causa 2.ª del derogado artículo 105 C. c., dada la escasa trascendencia de las discusiones matrimoniales surgidas entre los esposos litigantes. (Sentencia de 16 de junio de 1983; no ha lugar.)

57. *Actitud injuriosa como causa de separación.*—Lo que importa a la hora de aplicar la causa 1.ª del artículo 82 del C. C. (conducta injuriosa o vejatoria) es el resultado de un persistente agravio, con evidente nota de vulneración no leve del deber de respeto que como recíproco impone a los cónyuges el actual artículo 67 del C. C. (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1983; no ha lugar.)

HECHOS: Doña P. R. LL. presenta demanda de separación conyugal contra don J. O. B. por razón de malos tratos, injurias graves y violación de los deberes conyugales por parte de su marido. El Juez de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia territorial desestima el recurso de apelación.

## 6. Derecho de sucesiones

58. *Sucesión en las dignidades nobiliarias. Principio rector de su régimen jurídico.*—En materia de titularidad de mercedes nobiliarias es principio básico e indeclinable la atribución de su origen a la potestad real, de la que emanan como prerrogativa del Soberano, como consta en el Código de las Siete Partidas, leyes de Toro, Novísima Recopilación, leyes desvinculadoras, Decreto de 4 junio 1948, e incluso la vigente Constitución (art. 62. e);

potestad regia que no se limita a la concesión, sino que comprende la pérdida y la modificación posterior, en cuyo caso, se produce una novación de los términos en que se hizo la concesión primitiva.

*Concesión modificativa de dignidad nobiliaria. Orden sucesorio.*—La jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que cabe el supuesto de que, respecto de las dignidades nobiliarias y con intervención del Monarca, se altere o modifique el orden regular y ordinario de la sucesión, de modo que mediante una concesión modificativa sea alterado el orden sucesorio inicial, sin que, por ello, pueda entenderse vulnerado ningún derecho de los llamados a la merced. (Sentencia de 25 de febrero de 1983; ha lugar.)

59. *Civil. Testamento in articulo mortis. Nulidad.*—Es nulo el testamento otorgado ante cinco testigos, sin Notario, cuando no existe ninguna constancia eficiente probatoria de que no pudiera acudir a Notario para otorgarlo, que es la esencia motivadora de la posibilidad que autoriza el artículo 700 del Código civil. (Sentencia de 22 de marzo de 1983; ha lugar.)

**HECHOS:** La actora, que sostenía ser la única heredera de una cierta persona en virtud de testamento, pedía la nulidad de unos contratos de venta otorgados por el difunto —antes del testamento— a favor del demandado. Por su parte, éste, en trámite de reconvenición, pedía la nulidad del testamento.

60. *Interpretación de cláusula testamentaria.*—Lo que los recurrentes pretenden es atacar la interpretación verificada por la Sala sentenciadora de una determinada cláusula testamentaria, facultad soberana de la Sala, que sólo puede impugnarse con cita de las normas interpretativas contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil, lo que al no hacerse determina que la interpretación de la Sala haya de mantenerse, en cuanto declara la nulidad de la meritada cláusula.

*Mejora.*—Como ya dijo la Sentencia de 16 de junio de 1902, con arreglo al artículo 830 del Código civil, no es lícito encomendar a otro la institución de la mejora, ni encomendar a otro, incluido el propio heredero mejorado, la facultad que al testador otorga el artículo 829 del mismo Código de señalar la cosa cierta en que haya de pagarse. El otorgar dicha facultad de señalamiento y determinación de los bienes al mejorado apareja, de suyo, la nulidad de la cláusula, prescindiendo de que el tal heredero haya hecho uso o no de la facultad de elección.

*Error de hecho.*—El motivo ha de decaer porque el error de hecho no puede apreciarse ni admitirse por el resultado que ofrezca un medio probatorio aislado, cuando el hecho que en la instancia se estima probado lo es por conjunta apreciación de las probanzas practicadas, sin que sea lícito al impugnante desvincular la resultancia probatoria obtenida, para asentar su tesis impugnatoria en un documento o probanza aislada.

*Documentos auténticos.*—Carecen de la condición de auténticos, a efectos casacionales, aquellos documentos que hayan sido estudiados, compul-

sados y valorados por el juzgador, como elementos de su juicio y componentes de su razonada y razonable convicción, constituyéndose sobre ellos, por aquél, la tesis decisoria del proceso. (Sentencia de 18 de mayo de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS:** La Audiencia Territorial, revocando en parte la sentencia del Juez de Primera Instancia, declaró procedente la nulidad de las operaciones particionales llevadas a cabo por el comisario contador-partidor testamentario de ambos causantes, y condenó a los demandados, como coherederos de los actores, a practicar nuevas operaciones particionales de los bienes de los causantes, con la previa liquidación de la sociedad legal de ganancias de ambos. No prospera el recurso de casación.

**NOTA:** La tesis del Tribunal Supremo es también admitida por la doctrina. Lacruz (*Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1981, p. 453) precisa que el señalamiento de la cosa en que consiste la mejora se ha de considerar, de acuerdo con las leyes de Toro (ley 19), personalísimo, salvo lo previsto en el artículo 831 del Código civil. (A. C. S.)

## II. DERECHO MERCANTIL

61. *Transmisión de participaciones de Sociedad Limitada. Naturaleza del régimen legal.*—El artículo 20, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 17 de julio de 1953 establece el régimen para la transmisión por acto «inter vivos» de las participaciones de estas sociedades, pero esta norma carece de carácter imperativo, pues, por el contrario, tiene naturaleza dispositiva y subsidiaria, como evidencia el párrafo 3.º del mismo artículo. En consecuencia, la sanción aneja a su infracción no es la nulidad radical o de pleno derecho, sino la anulabilidad o nulidad relativa, pues no se contraría una norma imperativa, como exige el apartado 3 del artículo 6 del Código civil.

*Anulabilidad de la transmisión de participaciones. Régimen.*—El supuesto producido tiene encaje en el artículo 1.300 del Código civil, pues consta probada la realidad y validez del contrato, que pudo ser anulado al adolecer de un defecto o vicio, impugnándose dentro del plazo marcado por el artículo 1.301 por las personas interesadas en su observancia, pero nunca por el recurrente, que fue causante directo del incumplimiento. (Sentencia de 29 de enero de 1983; no ha lugar.)

62. *Aplicación indebida de Derecho extranjero.*—No es lícito a un Tribunal español tratar de resolver un caso sometido a su decisión aplicando normas de un Derecho extranjero, como son los preceptos del Código civil italiano de 1942.

*Inscripción de rótulo de establecimiento en el Registro de la Propiedad Industrial.*—Producido un supuesto de doble inmatriculación, la jurisprudencia da preferencia a la primera inscripción, por aplicación del principio de prioridad, el cual juega, en este caso, en favor del recurrente, que reunía

todas las condiciones legales para abrir el establecimiento de que se trata y para inscribir el rótulo a su nombre en el Registro de la Propiedad Industrial, como lo hizo, antes que su oponente. (Sentencia de 4 de febrero de 1983; ha lugar.)

63. *Marcas comerciales. Prohibición de su identidad o semejanza con otra inscrita.*—La pretensión de encontrar una diferencia de régimen entre la identidad y la semejanza con marcas inscritas carece de sentido, pues la finalidad de la marca se frustra no sólo con la total y absoluta identidad, sino también cuando se padece confusión por la semejanza o parecido, de modo que ambos supuestos están afectados por la misma prohibición.

*Doble inmatriculación de marcas. Doctrina general.*—Estos casos no se resuelven con la aplicación del artículo 14, pues dicho precepto trata de regular únicamente las relaciones entre el usuario extrarregistral de la marca y el titular inscrito, mientras que en caso de doble inmatriculación la acción que asiste al titular registral prioritario no está limitada al plazo trienal, sino que estaría sujeta al plazo prescriptivo general de quince años. (Sentencia de 2 de marzo de 1983; no ha lugar.)

NOTA: El artículo 14 citado es del Estatuto de la Propiedad Industrial, aprobado por R. D.-Ley de 26-7-29; según su primer párrafo: «El certificado de concesión del registro de una marca y el nombre comercial constituye una presunción «iuris tantum» de propiedad. El dominio de la marca se consolida a los tres años de efectuado su registro y de su explotación no interrumpida o de su quieta posesión con buena fe y justo título». (P. E. A.)

64. *Destrucción de la presunción de pagos que implica la posesión de las letras de cambio por el deudor.*—No procede admitir la violación de los artículos 488 y 495 del C. C., ya que, aun cuando de su tenor se desprende una presunción «iuris tantum» de quien tiene en su poder una letra de cambio la ha abonado previamente, esta presunción, en el presente caso, ha sido contrarrestada por las comunicaciones de las entidades bancarias en las que se hacía constar que las letras fueron impagadas y también por el hecho de haberse entregado por la actora al recurrente, en compensación parcial del precio de una venta realizada por el demandado a ésta. (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 1983; no ha lugar.)

65. *Seguro de transporte aéreo. Doble seguro aparente. Inexistencia de riesgo. Sobreseguro.*—La duplicidad de seguros sobre el mismo interés, riesgo y tiempo, que es lo que el principio indemnizatorio excluye, no se ha de identificar con la unicidad del objeto o cosa asegurada, que es el paquete conteniendo la mercancía de artículos de joyería, el cual estaba asegurado por todo el valor-precio del mismo, desde el lado del fabricante-vendedor y también desde el lado del comprador, sino que debe relacionarse con el concreto riesgo asegurado, único durante todo el tracto temporal del transporte, a saber la pérdida o daños de almacén de origen a almacén de destino; y como ha prevalecido el seguro pactado por la entidad compradora, resultan las siguientes consecuencias: A) Que la aparente consistencia de los dos seguros se define, mejor que como supuesto de pluralidad, como falta

de interés del vendedor y, por lo mismo, de inexistente riesgo asegurable por la entidad recurrente, lo que supone su ineficacia por nulidad del contrato al faltarle la causa; y B) Además, aunque la situación se calificase de sobreseguro por acumulación de pólizas —una de ellas foránea, incorporando elementos de tráfico jurídico externo, de difícil valoración—, su régimen se hallaría en el artículo 399 C. com. y habría que atender a la sucesión de las pólizas y al orden fechas, para reputar ineficaz la segunda, sin ser de aplicación el reparto proporcional del artículo 1.795, párrafo 2.º, C. c., ni el nuevo artículo 32 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980.

*Enriquecimiento injusto.*—Para que no haya injusto enriquecimiento la vendedora de la mercancía extraviada debe devolver la indemnización recibida de su compañía aseguradora dado que había recibido el precio de la aseguradora del vendedor. (Sentencia de 13 de abril de 1983; no ha lugar.)

### III. DERECHO PROCESAL

66. *Exclusión voluntaria de la ley aplicable. Interpretación restrictiva.*—La exclusión voluntaria de la ley aplicable, admitida por el artículo 6.2. C. c. con la restricción de que no contrarie el interés o el orden público, ni perjudique a terceros, al significar por su alcance la trascendente consecuencia, que señala autorizada doctrina científica, de una renuncia a la adquisición de derechos que por la normal aplicación de la ley se tendrían o llegarían a tener, ha de ser interpretada restrictivamente, adoptando como criterio para ello el que radica en la distinción entre leyes de carácter imperativo o necesario y leyes de carácter dispositivo o permisivo, no pudiendo excluirse por voluntad de los particulares interesados la aplicación de las primeras.

*El sistema de recursos es imperativo.*—Son inderogables por la voluntad de los particulares las normas del ordenamiento jurídico que establecen el sistema de recursos que pueden darse contra las resoluciones judiciales, por lo cual el artículo 135 de la vigente L.A.U. contiene una prescripción de carácter imperativo.

*Juicio sobre traspaso tramitado según las normas de mayor cuantía por acuerdo de las partes.*—Según lo preceptuado en el artículo 151 LAU sólo es permisible el trámite ordenado por las leyes procesales comunes cuando el litigio, aunque propio de la relación arrendaticia urbana, no se fundamente en derechos reconocidos por la misma, y así lo entendió la S. de 26 noviembre 1963, al sancionar que, dada la naturaleza de las normas procesales, el hecho de que la parte en segunda instancia no reprodujera la excepción de inadecuación del procedimiento, fundada en que la materia litigiosa no podía ventilarse por los trámites del juicio declarativo ordinario, no liberaba al Tribunal de segunda instancia de examinar el problema dando como razón el aquietamiento de las partes, razón que subsiste en el presente en que por acuerdo de las partes el juicio de traspaso se tramita por las reglas del de ma-

yor cuantía, obligando al Tribunal de Casación a examinarlo de oficio, y a declarar la inadmisión del recurso de casación. (Sentencia de 7 de junio de 1983; no ha lugar.)

La S. recoge la *communis opinio* de la civilística moderna sobre la renuncia de la ley aplicable. Cfr. por todos Lacruz Berdejo, *Elementos*, I,1.º, 2.ª ed. (Barcelona, 1982), pp. 206 s.

67. *Falta de acción.*—Dado que la falta de acción no afecta a la capacidad procesal, sino al derecho subjetivo pretendido, ello significa que para apreciarla se requiere decidir sobre el aspecto de fondo a que la acción se contraiga, dado que sin conocer la validez y consiguiente eficacia o ineficacia, del derecho con base en el que se pretenda dar vida a la acción ejercitada, no puede decirse que ésta falta. (Sentencia de 22 de marzo de 1983.)

68. *Litis consorcio pasivo necesario. Aplicación respecto de bienes matrimoniales.*—La Sala sentenciadora, al exigir la presencia en el litigio de la cotitular de la correcta integración del contradictorio en casos de titularidad conjunta del bien objeto de controversia y, a estos efectos, no debe tenerse en cuenta la amplitud de los poderes del marido en cuanto a los bienes gananciales, tema ajeno a la situación planteada. (Sentencia de 16 de febrero de 1983; no ha lugar.)

69. *Compraventa de vivienda. Resolución por incumplimiento. Pérdida de cantidades entregadas a cuenta. Incongruencia.*—Si en la demanda se pide la resolución del contrato con pérdida de las cantidades entregadas por los compradores, evidente parece que la sentencia se extralimita *ultra petitem* al establecer un sistema de liquidación de cantidades incompatibles con las consecuencias jurídicas y económicas, yendo más allá de sus fines y efectos prácticos no instados por ninguna de las partes, puesto que, de seguirse los términos del fallo recurrido, habría que continuar el cumplimiento de un contrato ya resuelto en cuanto los compradores se verían forzados al abono de más sumas que las ya entregadas y declaradas pérdidas en beneficio de la vendedora, dado que desde la fecha de la resolución, que opera *ex tunc* a partir del acto de conciliación, hasta que la sentencia se cumpla, habrán transcurrido más de seis años, que aún con el límite de 60.000 pesetas por año que fija la sentencia, equivaldrán por lo menos a 300.000 pesetas exigibles, con el exceso que supone sobre las 221.000 pesetas entregadas y pérdidas a favor de la vendedora. (Sentencia de 6 de junio de 1983; ha lugar.)

Aunque formalmente la incongruencia es clara, equitativamente parece justa la decisión de la audiencia de condenar al pago de una cantidad por el disfrute del piso hasta la ejecución de la sentencia. Entre la sentencia de 1.ª instancia y la de casación transcurren casi cinco años durante los cuales el comprador ha disfrutado de la finca sin remuneración directa. El artículo 24 CE habla de la *tutela efectiva* de los derechos y ello supone también una justicia razonablemente rápida.

70. *Congruencia.*—El principio de congruencia no cierra el paso a la utilización por el juzgador de los preceptos legales que estime oportunos —en este caso del artículo 1.124 del Código civil—, siempre que guarden el debido respeto al componente fáctico esencial de la acción ejercitada.

*Correcta aplicación del artículo 1.124 del Código civil.*—Que el razonamiento inicial del considerando precedente hace caducar asimismo el otro motivo de casación relativo a la indebida aplicación al caso del artículo 1.124 del Código civil que la sentencia cita, toda vez que están presentes en las alegaciones de la Comunidad actora la denuncia de incumplimiento contractual por una de las partes y la afirmación de cumplimiento por la otra de lo convenido, que es la situación que, en principio, el precepto contempla y es tan reiterada la doctrina jurisprudencial de que siempre que se mantengan la situación de hecho y la causa petendi, integradas en la demanda, puede el juzgador, habilitado por su libertad en la fundamentación jurídica, establecer el juicio crítico que estime idóneo, al margen de las normas invocadas por los demandantes, como notorias las declaraciones de este Tribunal en punto a la improcedencia de casar una sentencia cuando a la misma conclusión que en ella se sienta habría de llegarse utilizando una más adecuada vía, situación que es, justamente, lo que sucedería en el presente caso en que la postulación indemnizatoria concedida permanecería invariable trayendo a juego la norma del artículo 1.101 del Código civil específicamente aplicable en función indemnizatoria a cualquier conducta, que como la de los demandados, contravenga el tenor de la obligación contractualmente asumida.

*Fuerza probatoria de las escrituras públicas.*—El artículo 1.218 del Código civil, en cuanto atribuye a las escrituras públicas fuerza probatoria contra los contratantes por lo en ellas declarado, no obliga al juzgador a atenerse al precio de compra, consignado en las mismas, a la hora de fijar la indemnización debida por incumplimiento parcial de lo convenido, ya que aparte la alteración ínsita en la variación del tiempo y circunstancias en que la contratación y el incumplimiento acaecieron, el precio escriturado, ni puede considerarse protegido por la fe notarial, ni, como se ha dicho, está dotado de veracidad intrínseca hasta el punto de que no puede ser desvirtuado por los demás medios probatorios.

*Admisibilidad de la acción resolutoria.*—La acción ejercitada no es la del artículo 1.469 del Código al que aquel breve plazo de prescripción se refiere, sino la del artículo 1.124 del propio ordenamiento civil, con el correspondiente plazo prescriptorio de 15 años.

*Inaplicación del artículo 1.471 del Código civil.*—Tal supuesto normativo no cae dentro de la acción indemnizatoria ejercitada y resuelto por la sentencia impugnada.

*Legitimación de la Comunidad de propietarios.*—Pretendiendo en el recurso la inmobiliaria en cuestión que frente a ella sólo tienen acción los concretos compradores a los que vendió los pisos y garaje, mas no la Comuni-

dad demandante, olvida que dichos compradores son, al mismo tiempo que miembros de dicha Comunidad, y que la Comunidad de los pisos, debidamente autorizada está legitimada para accionar frente a cualquier vendedor, en beneficio común de la copropiedad. (Sentencia de 30 de junio de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS:** El presidente de una comunidad de propietarios solicitó que para el caso de imposibilidad de ampliación del sótano-garaje a costa de los demandados (vendedores), se condenase a éstos a indemnizar los daños y perjuicios que con ello se hubieran causado a los propietarios. El Juez de Primera Instancia declaró no haber lugar a emitir pronunciamiento sobre el fondo de la litis. La Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada y condenó a los demandados a que indemnizasen a la Comunidad actora de los daños y perjuicios sufridos. No prospera el recurso de casación interpuesto por los vendedores.

*71. Ambito del recurso de apelación. Prohibición de la «reformatio in peius».*—El ámbito de la segunda instancia se extiende al conocimiento de todo el material valorado ya en la primera, a tenor del principio de la *revisio prioris instantia* y de las positivas consecuencias del principio devolutivo, si bien con la obligada cortapisa impuesta por la prohibición de la *reformatio in peius* y consiguiente limitación del objeto procesal, en cuya virtud el Tribunal de Apelación no puede modificar la sentencia impugnada en perjuicio del apelante, aunque lo entendiera ajustado, a no ser que la otra parte se haya adherido a la apelación, lo que determina que los extremos consentidos por los litigantes no se integran en la materia del recurso y vienen amparados por la cosa juzgada según el artículo 408. Más bien protegidos por imperativo de la congruencia.

*Facultades del Tribunal de apelación.*—Aun cuando el recurso de apelación se configura en algunos ordenamientos como un *novum iudicium*, en el nuestro se concibe como una revisión del proceso seguido en la primera instancia, que tiene por finalidad censurar los resultados ya obtenidos, examinando íntegramente la cuestión litigiosa y decidiéndola, de ordinario, sobre la base del mismo material instructivo, por lo que el Juzgador de la alzada se encuentra frente a la cuestión debatida con la plenitud de conocimientos y en la misma posición que tuvo el Juez originario, tanto en la cuestión de hecho, como en la de derecho, aunque siempre sin agravar la posición del apelante, pues los particulares de la sentencia a los que no se extiende el recurso adquieren la firmeza que el consentimiento de las partes les presta.

*Sistema de la doble instancia.*—El sistema de la doble instancia ha de ser entendido como mera posibilidad de que toda contienda entre partes es susceptible de pasar, antes de alcanzar firmeza, por dos grados jurisdiccionales, pero no que los jueces de uno y otro tengan que decidir sobre la totalidad de los puntos inicialmente planteados en el litigio.

*Eficacia de la sentencia revocatoria.*—En el supuesto de haber estimado el *iudex a quo* una excepción, absteniéndose de entrar en el fondo de la con-

troversia, si la sentencia recaída en la apelación revoca la del primer grado, desestimando la excepción acogida por el inferior, el Tribunal no reenvía las actuaciones al órgano de procedencia para que decida sobre la cuestión sustantiva, sino que en virtud de lo indicado, y por indeclinables atenciones de economía procesal, la resolución a pronunciar en la alzada abarcará toda la materia debatida, lo que implica que el Juez *ad quem* pasa a ejercer la jurisdicción negativa y positiva y que tras el pronunciamiento rescindente dicta el rescisorio.

*Prohibición del «non liquet».*—La prohibición del *non liquet* establecida en el artículo 1.7. C. c. se halla en relación con el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico y de la función integradora del Juez, enuncia expresa obligación de dictar sentencia, que conceptúa como deber inexcusable partiendo de la vinculación de los Jueces y Tribunales al sistema de fuentes establecido, pero en manera alguna puede significar que por efecto de la relación jerárquica, el Tribunal de Alzada tiene que reservar el conocimiento sobre el fondo al organismo jurisdiccional de la primera instancia, una vez revocado el pronunciamiento de éste, apreciado defectuoso en los presupuestos procesales. (Sentencia de 22 de junio de 1983; no ha lugar.)

El recurso resuelto por la S. extractada planteaba un tema doctrinal de interés, a saber la ausencia de reenvío en nuestro sistema procesal, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, como el francés; así es el propio T. S. el que dicta segunda sentencia al estimar el recurso de casación, y es el Tribunal de Apelación el que dicta la resolución procedente cuando desestima una excepción dilatoria aceptada en primera instancia (en el presente caso, la de incompetencia de jurisdicción y de falta de personalidad en el actor y en su procurador). Sin embargo, la desestimación del recurso se imponía *de lege data*, por más que el T. S. haya aprovechado la oportunidad para recordar los principios básicos que rigen la segunda instancia. Pte. De Castro García). (G. G. C.)

72. *Recurso de casación por defecto de forma. Falta de acto de conciliación. No constituye quebrantamiento de formalidades esenciales.*—La falta de acto de conciliación no constituye quebrantamiento de formalidades esenciales, ni, consiguientemente, puede ser causa o razón de ser de un motivo de casación por quebrantamiento de forma al no estar comprendido en los supuestos recogidos por el artículo 1.693 L. e. c.; los artículos 460 y 462 L. e. c. son dos preceptos de naturaleza objetiva cuya infracción queda al margen de la esfera casacional contemplada en el artículo 1.692 L. e. c.

*Subsanación de notificaciones defectuosas.*—Constituye un principio general el de que cualesquiera que sean los defectos de las notificaciones, emplazamientos o citaciones, la falta queda corregida por la constitución del interesado en el proceso sin pedir, de modo inmediato, la subsanación del defecto. (Sentencia de 14 de julio de 1983; no ha lugar.)

73. *Apreciación conjunta de la prueba. Doctrina general.*—El Tribunal sentenciador ha fijado una situación de hecho derivada de la apreciación

de la prueba en su totalidad, más allá del simple contenido de los documentos privados aportados, y este criterio no es discutible más que por la vía del error de hecho, enfrentando la situación fáctica sentada por la Sala con un documento auténtico de signo contrario, lo cual no se ha hecho en el presente caso.

*Exclusión de la casación aunque prospere algún motivo. Supuestos.*—Es notoria la doctrina de este Tribunal expresiva de que la anulación de una sentencia no procede, pese a la existencia de algún motivo, cuando por otro camino, se impone una conclusión idéntica a la de la resolución anulada. (Sentencia de 15 de febrero de 1983; no ha lugar.)

74. *Prueba testifical.*—El artículo 1.248 del C. C., por su naturaleza meramente admonitiva, no constituye la norma probatoria preconstituida indispensable para aducir el error in iudicando en casación. (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

75. *Error de hecho y de derecho.*—Es muy reiterada la jurisprudencia recaída en el ámbito del desaparecido recurso de revisión respecto a que sólo puede darse el manifiesto error de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas cuando aparezca palmaria y evidente la vulneración de las reglas del recto criterio en la valoración probatoria o en la calificación jurídica que los hechos acreditados merezcan, de tal modo que se revele la flagrante disconformidad entre lo resuelto y la inequívoca resultancia de lo actuado, pero en manera alguna viene permitido sustituir por el propio criterio de la parte el autorizado juicio que sobre cuestiones de hecho es facultad de la Sala «a quo» concretar y establecer.

*Documento público.*—Según doctrina jurisprudencial constante, el carácter público de un documento sólo puede garantizar como extremos que prueba el instrumento, que las manifestaciones en él contenidas han sido realmente hechas por las partes, pero no su veracidad intrínseca (Sentencias de 4-7-41, 19 y 20-4-60, 6-5-61, 2-2-62, 28-3-63, 4-2-64, 8-10-64, 2-6-69 y 29-5-70, entre otras), pudiendo ser combatida por los restantes medios a que alude el artículo 1.215 (27-1-76).

*Documento privado.*—El artículo 1.227 del C. C. no rige cuando el Juzgador valora el contenido documental y determina su fecha, utilizando más pruebas que esa constancia escrita y por ello sólo es de aplicación la regla cuando el hecho a que se contrae únicamente puede tener demostración a través del propio documento (Sentencias de 2-12-52, 20-12-56, 4-5-57, 20-10-64, 6-3-65, 26-2-69 y 13-5-72).

*Papeles domésticos.*—Los asientos, registros y papeles a que el artículo 1.228 del C. C. alude son los formados por uno sólo de los interesados y conservados siempre por él, además de que este principio legal contenido en dicha norma no es aplicable cuando existen otros medios de prueba:

76. *Error de hecho. Documento auténtico.*—No se cumple la exigencia de que el error de hecho haya de resultar de documentos auténticos que demues-

tren la equivocación del juzgador, al hacer referencia a «los documentos incorporados a autos», siendo indispensable que se señale concretamente el o los documentos auténticos. También es necesario que tales documentos no hayan sido tomados en consideración por el juzgador, siendo asimismo precisa la literosuficiencia, consistente en que el documento o documentos, de suyo, ofrezcan tal eficacia demostrativa que de la simple lectura de su texto, sin necesidad de aclaraciones interpretativas, ni operaciones deductivas, ni analógicas, ni hipótesis, se patentice la equivocación del juzgador de modo irrefutable y desde el literal contraste o confrontación entre el contenido del documento y el hecho que declaró probado el juzgador en la instancia. (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1983; no ha lugar.)

*77. Documento auténtico.*—Carecen de la condición de auténticos, a efectos casacionales, aquellos documentos que fueron examinados, interpretados y valorados en cuanto a su eficacia probatoria en la instancia, teniendo, por el contrario, tal carácter, los inadvertidos y por ello no sometidos a la apreciación de tal juzgador.

*Prueba.*—No puede combatirse en casación la eficacia de una prueba determinada cuando se aprecia en combinación con otras, pues resulta ineficaz descomponer esa apreciación conjunta para separar e impugnar aisladamente uno solo de los elementos que la integran.

*Error de hecho.*—A lo que se refiere el error de hecho es a la demostración de su patente existencia, derivada de actos o documentos auténticos no estudiados ni valorados por el juez como elemento de su juicio, ni precisados de conjugación ni exégesis alguna por el Tribunal de casación.

*Infracción de doctrina legal.*—Para acusar una infracción de doctrina legal en casación, no es suficiente con invocar una sola sentencia. (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1983; no ha lugar.)

*78. Documentos auténticos.*—No pueden esgrimirse como tales los mismos que la Sala sentenciadora tuvo en cuenta para construir su tesis decisoria del fallo.

*Error de derecho.*—El error de derecho solamente se comete cuando se ha infringido un precepto legal no reconociendo a determinada prueba la eficacia que la ley le concede, lo que exige la cita de la norma valorativa que se haya violado entre las cuales no se encuentra el artículo 1.243, ni el 632 de la LEC al que el anterior se remite, pues este último precepto atribuye a los jueces y tribunales la apreciación de la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, reglas que al no estar determinadas no permiten apoyarse en ellas para formar un criterio que demuestre el error evidente invocado, pues en definitiva la prueba pericial está sometida a la discrecional apreciación del juzgador.

*Allanamiento.*—El artículo 41 del Decreto de 21-XI-1952, que regula el allanamiento en los juicios de cognición no puede servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de ley por no determinar su hipotética infracción un vicio «in judicando».

*Prueba.*—No es lícito en casación descomponer el conjunto de la prueba para, con elementos fragmentarios de la misma, tratar de enervar la apreciación sintética del Juzgador de Instancia, ni es tampoco lícito combatir los hechos que la sentencia declara probados, como fruto de la valoración llevada a cabo por la Sala, como no sea por el cauce número 7 del artículo 1.692 de la LEC. (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1983; no ha lugar.)

79. *Arbitraje de equidad. Concesión judicial de prórroga del plazo para dictar el laudo.*—Aunque la prórroga no fue solicitada al Juez por las partes, sino por los árbitros, su concesión es plenamente eficaz, pues se trata de un juicio arbitral nacido no sólo de la voluntad de las partes, sino de una decisión judicial sancionadora y ante la resistencia injustificada al cumplimiento, es la autoridad judicial la que ha de fijar los requisitos del laudo, entre ellos, el plazo, sin que la función del Juez termine en el auto formalizando el compromiso.

Por otra parte, la prórroga concedida fue notificada a las partes, sin que haya sido impugnada, lo cual supone una aceptación o tácita ratificación de la misma.

*Congruencia. Doctrina general.*—Al arbitraje es aplicable la doctrina general de la congruencia exigida a las resoluciones judiciales; así, pues, como los apartados del compromiso que se dicen preteridos fueron estudiados como presupuestos de los expresamente resueltos, no existe incongruencia por defecto. (Sentencia de 4 de febrero de 1983; no ha lugar.)

80. *Maquinación fraudulenta. Recurso de revisión.*—Reiterada jurisprudencia de esta Sala, al respecto de los hechos que pueden determinar la procedencia del recurso extraordinario de revisión por concurrencia del caso 4.º del artículo 1.796 LEC, establece como una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta a que el precepto se refiere y más frecuentemente empleada, la que deriva de la actividad de la parte actora encaminada a dificultar y ocultar al demandado el planteamiento del litigio, impidiendo que se entere del requerimiento juicio y pueda defenderse adecuadamente, interesando, con apoyo en la alegación inexacta de ser desconocido su domicilio, la citación por edictos a los fines de que se sustancie el juicio en su rebeldía, obteniendo una sentencia favorable sin que el demandado comparezca a defender sus posibles derechos. (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1983, ha lugar.)