

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXVII  
FASCULO III



JULIO-SEPTIEMBRE  
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 IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI: <i>Capacidad para suceder y Constitución</i> ... ..	641
ALBERTO MANZANARES: <i>La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares</i> ...	687
EDUARDO PÉREZ PASCUAL: <i>La menor edad en el matrimonio</i> ... ..	749

### Estudios de Derecho Extranjero

JEAN LUC AUBERT: <i>Crónica de Derecho Privado francés</i> ... ..	793
---	-----

### Información Legislativa

A cargo de Pedro de Elizalde y Aymerich ... ..	815
--	-----

**Bibliografía**

Libros ... .. 825

*Arrendamientos rústicos y legislación complementaria* por Antonio Cabanillas Sánchez.—BAENA DEL ALCAZAR, Mariano: *Organización administrativa*, por Antonio Cabanillas Sánchez.—CANOVAS MUSSONS, Anna: *La relación obligatoria de fianza*, por Antonio Cabanillas Sánchez.—*Compilació del Dret de Catalunya*, por José Bonet Correa.—FRANCESHELLI, Vincenzo: *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, por Antonio Cabanillas Sánchez.—GARCIA VALDECASAS, Guillermo: *Parte General del Derecho Civil*, por José Bonet Correa.—CHESTIN, Jacques: *Conformite et garanties dans la vente (produits mobiliers)*, por Antonio Cabanillas Sánchez.—GUILARTE GUTIERREZ, Vicente: *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, por José Bonet Correa.—HUERTA TOCILDO, Susana: *Sobre el contenido de la antijuricidad*, por Antonio Pau Pedrón.—CUESTA SAENZ, J. M.: *La acción publiciana*, por Carlos Vattier Fuenzalida.—*Legislación sobre Propiedad Industrial*, por Antonio Cabanillas Sánchez.—*Legislación Autonómica del Trabajo y Seguridad Social*, por Antonio Cabanillas Sánchez.—LEGUINA VILLA, Jesús: *Escritos sobre autonomías territoriales*, por Antonio Cabanillas Sánchez.—MATERNINI ZOTTA, Maria Fausta: *L'ente comunitario ebraico*, por Antonio Pau Pedrón.—PEREZ ROYO, Javier: *Las fuentes del Derecho*, por Antonio Cabanillas Sánchez.—PUIG BRUTAU, José: *Diccionario de acciones en Derecho civil español*, por José Bonet Correa. RIBAS ALGUERO, Inmaculada: *La vecindad civil: problemática en torno a su régimen jurídico y a su prueba*, por José Bonet Correa.—SALINAS QUIJADA, Francisco: *Las cuentas corrientes indistintas*, por Antonio Pau Pedrón.—VIÑAS, Antonio: *Función del Tribunalado de la Plebe: ¿Reforma o revolución social?*, por José Bonet Correa.

**Revista de revistas**

II. REVISTAS EXTRANJERAS.

A cargo de Antonio Pau Pedrón ... .. 849

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

A cargo de Antonio Pau Pedrón ... .. 857

**Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

Por Valeriano Hernández Martín ... .. 865

**Jurisprudencia del Tribunal Supremo**

I. SENTENCIAS COMENTADAS:

*Propiedad Intelectual, dominio público relativo y dominio público absoluto*, por Luis Humberto Clavería Gosálbez ... .. 877

II. SENTENCIAS ... .. 879

# 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 III



JULIO-SEPTIEMBRE  
MCMLXXXIV

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE  
ESTUDIOS JURIDICOS**

**SERIE 1.º**

**PUBLICACIONES PERIODICAS**

**NUMERO 2**

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

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



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

## Capacidad para suceder y Constitución \*

LUIS IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI

Catedrático de Derecho Civil

Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco (San Sebastián)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 1 DE JUNIO DE 1981. 1. Supuesto de hecho. 2. La cuestión de inconstitucionalidad.—III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE JUNIO DE 1981. 1. La Sentencia casa la de la Audiencia Territorial de Barcelona. 2. El plazo de caducidad del artículo 255 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña. 3. Despenalización del adulterio e indignidad. 3.1. La remisión del artículo 253 de la Compilación Catalana a las causas de indignidad del artículo 756 del Código Civil. 3.2. La necesidad de una sentencia criminal firme. 3.2.1. El párrafo segundo del artículo 758 del Código Civil. 3.2.2. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1980.—IV. EL MOMENTO DE LA MUERTE DEL CAUSANTE COMO REFERENCIA TEMPORAL PARA CALIFICAR LA CAPACIDAD PARA SUCEDER: ARTICULO 758 C. C. 1. Complejidad de la calificación. 2. La Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de enero de 1945.—V. EL PLAZO DE CADUCIDAD DEL ARTICULO 762 DEL CODIGO CIVIL. 1. La nulidad del negocio jurídico testamentario. 2. La capacidad relativa para suceder e indignidad. 3. Alcance del plazo de caducidad del artículo 762. 3.1. La controversia doctrinal. 3.2. La Sentencia de 21 de mayo de 1910. 4. El párrafo cuarto del artículo 255 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña.—VI. ¿A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA REFORMA DE 13 DE MAYO DE 1981 HAY EN ESPAÑA HIJOS ADULTERINOS? 1. Los artículos 14 y 39 de la Constitución y el artículo 53 de la misma. 2. La Ley de 13 de mayo de 1981 como desarrollo de preceptos constitucionales. 3. Las disposiciones transitorias de la Ley de 13 de mayo de 1981. 4. La capacidad para suceder y la filiación.—VII. CONCLUSION.—ADDENDA.

### I. INTRODUCCION

Las relaciones sexuales extramatrimoniales —consideradas como «torpes» o adulterinas— han sido objeto de consideración por nuestra jurisprudencia, en orden a la firmeza de una institu-

\* La Ley de 20 de marzo de 1984 sobre la Compilación de Derecho Civil de Cataluña («B. O. E.», 4 mayo) modifica, en su artículo 27, el capítulo I del título quinto del libro segundo de dicha Compilación. En concreto, se suprimen los números 2 y 3 del primitivo artículo 252 y el artículo 255 contiene exclusivamente —prácticamente inmodificado— su primitivo párrafo cuarto. Este trabajo es anterior a dicha reforma.

ción hereditaria determinada. En esta ponderación jurisprudencial cabe distinguir ciertas etapas.

### 1. Antes de la promulgación del Código civil.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1861, 24 de febrero de 1866 y 27 de junio de 1867 contemplan pleitos en los cuales se establece la inoficiosidad o nulidad de una disposición testamentaria en favor de personas que hubiesen mantenido relaciones torpes o adulterinas con el testador. Las sentencias ponen fin a procesos iniciados respectivamente en La Habana, Sevilla y Barcelona; es decir, Ultramar, territorio de derecho común y una región eminentemente foral. El espectro, desde este punto de vista, no puede ser más completo.

La sentencia de 24 de febrero de 1866 que casa la sentencia pronunciada por la Sala segunda de la Audiencia de Sevilla de 21 de febrero de 1865 establece en su primer considerando que: «la ley 12, título VII, Partida Sexta declara terminantemente que la libre facultad de testar y disponer de sus bienes en favor de extraños, que tiene todo aquel que al morir no deja ascendientes ni descendientes, pudiendo en tal caso pretetir o desheredar a sus hermanos, se halla limitada por la prohibición de establecer por heredero «a tal ome fuese de mala vida o enfamado ca estonce —prosigue declarando la ley— non valdría el establecimiento de tal heredero, ante dezimos que el hermano puede quebrantar el testamento o aver la heredad de su hermano».

El título VII de la Partida Sexta trata «de como e por que razones puede ome desheredar en su testamento a aquel que deve heredar sus bienes». Y en la Ley 12 establece que «un hermano puede deseredar al otro con razón, e sin razón». Esta es la regla general, respecto de la cual el tratamiento del «torpe» instituido, impugnado por el hermano, es excepcional.

La Ley 12 del título VII, encuentra su complemento en la Ley 2 del título VIII («De cómo puede quebrantar el testamento aquel que es deseredado en el a tuerto, a que dizen en latín *querela inofficiosi testamenti*»). Dicha Ley 2 se ocupa del ejercicio de la querela por el hermano del testador, excluyéndola «fuera ende, si aquel que fuere establecido por heredero fuere ome de mala fama».

La Ley 3 del título III de dicha Partida Sexta al regular «quien no puede ser establecido por heredero» tipifican el fruto de la relación adulterina, pero no la relación adulterina misma. «Non puede establecer por heredero a ninguna persona que fue nacida de dañado coito, que quiere tanto dezir, como de vedado ayuntamiento, así como de parienta, ó de muger religiosa».

La Ley 12, título VII, Partida Sexta, aplicada con rigor, por las tres sentencias que hemos citado, muestra una inequívoca proximidad con la disposición número 27, título XVIII. (De inoficioso testamento) del Libro III del Código de Justiniano. Este refunde,

en una, dos disposiciones de Constantino que perfilan, en el sentido ya mostrado, el ejercicio de la querela. Frente a la regla general de la falta de accionabilidad de los hermanos, estos «inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis...». En este sentido, de Constantino a las Partidas únicamente es observable una gradual simplificación o ampliación de la legitimación de los hermanos. Justiniano, respecto de Constantino, no distingue prácticamente entre uterinos, consanguíneos, y por supuesto deja de lado la cuestión de la agnación. Las Partidas ya sólo hablan de hermanos.

Por ello la jurisprudencia anterior al Código, contempla demandas interpuestas por hermanos del testador contra disposiciones que favorecen a personas torpes. Propiamente hablando no se trata, por tanto, de la configuración técnica de la incapacidad relativa para suceder; en todo caso ésta resulta —como efecto reflejo— del ejercicio de la acción de inoficiosidad.

Conviene retener esto porque, la traducción de la «turpitud» en incapacidad relativa para suceder trae como consecuencia una ampliación de la legitimidad para impugnar. Por ejemplo: el cónyuge del testador, que no es mencionado en la Ley 12, título VII de la Partida Sexta, que es la que tiene vigencia, a lo largo del siglo XIX, antes de la aparición del Código civil.

## 2. Después de la promulgación del Código civil.

El Código civil de 1889, como el resto de las legislaciones modernas, va a privar de relieve a la «turpitud» (1). Sin embargo, el artículo 5, de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, es claro al señalar que «las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código». Regla ésta que tendrá su refrendo en el régimen establecido en el inicial título preliminar del Código civil, en concreto en los artículos 12 y 13 del mismo.

De ello se siguen dos consecuencias. Primera, que aparte de la no recepción por el Código civil de la «turpitud», la disposición final —derogatoria— del Código civil (art. 1976) priva de cualquier vigor a la Ley 12, título VII, de la Partida Sexta, que aun aplicada en Cataluña por la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1867, nunca puede ser entendida como integrante del derecho privativo «subsistente» en Cataluña. Segunda, que a pesar de ello, el trasunto romanístico de dicha disposición legal sí que subsiste.

De todo ello, es buena muestra la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1921. En esta sentencia —posterior al Código y anterior a la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña— es de observar lo siguiente. La perspectiva —legítima-

---

(1) FAUS-CONDOMINES, *Derecho Civil Especial de Cataluña*. Barcelona, 1960, página 293.

ción— desde la que se perfila el pleito es la clásica: «si frater instituerit suam concubinam». En la demanda se alega tanto el derecho de Partidas y la jurisprudencia anterior al Código —sentencias de 24 de febrero de 1866 y 27 de junio de 1867— como el derecho justinianeo. El Tribunal Supremo en sus considerandos únicamente pondera este último, por razones obvias. La demandada —absuelta— entiende que las Partidas es derecho no aplicable en Cataluña; afirmación que parece hecha no sólo teniendo en cuenta la disposición final derogatoria del Código civil, sino también razones de tipo histórico: nunca debió de ser aplicable, parece decir Por otro lado no deja de observar que «es discutible si en la vida moderna subsiste el concepto de persona 'torpe'». Por último, tanto el Juez de Primera Instancia del distrito del Hospital, como la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, absuelven a la supuesta concubina de la demanda, y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación recordando (primer considerando), que «con arreglo a la legislación justiniana la primitiva facultad de graduar y calificar el concepto que en "publica estimatio" pueda merecer la conducta de una persona está reservada, con previsor criterio, al prudencial y razonado arbitrio de los juzgadores».

El proceder del Tribunal Supremo, en este período singular —en el cual el derecho catalán no está inequívocamente fijado en un único texto— es francamente cauteloso y ponderado. Y loable, porque —hay que admitirlo— a pesar de la vigencia, por inercia histórica o tradición, del peculiar régimen de la «turpitud» en un derecho —que como todos los forales, territoriales o privados— exigía un esclarecimiento sistemático, su coonestación con los tiempos era más que discutible.

### 3. *El artículo 252, números 2 y 3, de la Compilación de Derecho Civil Espacial de Cataluña de 1960.*

Con la labor compiladora y, en principio, con la aspiración limitada que el Congreso Nacional de Zaragoza de 1946 daba a esta tarea —claramente instrumental: su esclarecimiento a ciertos efectos, sin merma de su efectiva entrada en vigor— llegó para el problema que analizaremos todo lo que en él se echaba en falta.

En primer lugar, su efectiva vigencia social. Más o menos contrastada, quedó resuelta al ser incorporada a una norma para entendernos, moderna. Con su positivación, el esclarecimiento sistemático, entre el cúmulo de fuentes y textos de que se nutrían estos fenómenos, igualmente quedó zanjada. En tercer lugar su perfil técnico: pasó de ser un matiz especial dentro del régimen de la inoficiosidad a una incapacidad relativa absoluta para suceder. Puede parecer una sutileza, pero no lo es. La «turpitud» gana en entidad. En primer lugar, por su formulación genérica dentro de las capacidades para suceder. En segundo lugar, por la lógica

abstracción que dota dicho tratamiento al problema de la legitimación. Y con ello un problema añadido, impensable en su origen histórico, y muy difícil de resolver dentro del régimen conceptual de la nulidad testamentaria: ¿estamos ante un supuesto de mera impugnabilidad o ante un caso de nulidad radical?

De la ampliación de la legitimación para instar la nulidad de la disposición testamentaria, da buena cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1970. En este caso, la demanda es planteada por el cónyuge y los hijos matrimoniales del testador, al fallecer éste en 1965, instando la declaración de nulidad del testamento, otorgado en 1948. Los cónyuges mantenían una separación de hecho desde 1931, y el testador convivió y tuvo dos hijos con otra mujer, a la que, en dicho testamento, instituye heredera.

Teniendo en cuenta, el nuevo carácter que la «turpitud» otorga el artículo 252 de la Compilación Catalana, la demanda fue atendida, confirmada y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. En dicho recurso se alegó, en el primer motivo, la sentencia de 19 de enero de 1921. Pero el Tribunal Supremo, dado el carácter genérico e inmatizado del artículo 252 no puede, ahora, recordar como lo hizo en 1921 la gradualidad del fenómeno y la discrecionalidad del juez, que parecía reconocer la legislación justiniana.

Al mezclar la sentencia de la Audiencia razones de preterición y de incapacidad para declarar la nulidad, y siendo las primeras discutibles, el Tribunal Supremo en el quinto considerando de la sentencia esclarece «que la aludida preterición (discutida en el recurso) no se utiliza como causa única y determinante de la decretada nulidad, sino que se emplea como argumento «ad maiorem». Por el contrario resalta, del texto de la sentencia recurrida, aquel pasaje que establece como «evidente la nulidad de la cláusula de institución de heredero por concurrir en ambos instituidos la incapacidad de suceder establecida en los números segundo y tercero del artículo 252 de la Compilación».

#### 4. *El problema después de la Constitución de 1978 (2).*

Con la Constitución de 1978 va a cambiar notablemente el contexto normativo dentro del cual se elaboró, discutió y aprobó la Compilación Catalana de 1960. Sin que ello suponga que, en la jurisprudencia del Supremo, no encontremos alguna sentencia que aplique la doctrina anterior. Buen ejemplo de ello, es la sentencia de dicho tribunal de 22 de junio de 1981. Esta sentencia presenta las siguientes peculiaridades.

En primer lugar, planteándose, dentro del caso que aborda, un

---

(2) No utilizaremos en el trabajo, aunque no conviene desconocerla, la vertiente que abre el artículo 10.2 de la Constitución. Acerca de este extremo vid. «Caso Marckx», Sentencia de 13 de junio de 1979 del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

problema de caducidad, va a aclarar que la «incardinación (de la relación adulterina de la favorecida en el testamento con el testador, distinta del adulterio de la mujer del testador) en la causa de incapacidad relativa para suceder, *al ser insubsanable* y por ello no dispensable, no puede estar sujeta a la caducidad prevista en el último párrafo del artículo 255» de la Compilación Catalana. Caducidad apreciada por los tribunales de instancia catalanes, que justifica el primer motivo del recurso de casación por infracción de ley, y al ser este extremo evidente «huelga entrar en el examen del resto de los motivos».

La sentencia no emplea los términos de nulidad absoluta o radical, pero aplica dicho régimen, contra el parecer de los tribunales catalanes y cuando estatutariamente está prevista la casación en materia de derecho privativo dentro de dicha comunidad (Estatuto de Autonomía de Cataluña, art. 19), y todo ello en 1981, seis años después de que el nuevo título preliminar incorporase el artículo 3 del Código civil, en su actual redacción. En cualquier caso, esta sentencia —que por sí sola no sienta doctrina, y tal vez la desaparición del precepto impida la reiteración— aleja el régimen de la «turpitud», a través de su consideración como incapacidad para suceder, de la originaria y limitada —«si frater»— impugnabilidad.

Por otro lado, esta sentencia (22 de junio de 1981) se dicta con escaso margen de diferencia, respecto de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1981. Sentencia que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Magistrado - Juez de Primera Instancia (n. 7) de Barcelona, sobre el artículo 252, números 2 y 3 de la Compilación de Cataluña, en relación con el artículo 39.2 de la Constitución, surgida en el Juicio Declarativo de Mayor Cuantía número 305/79 V, que posteriormente, concluyó mediante sentencia dictada por el dicho Magistrado - Juez, con fecha de 3 de diciembre de 1981, que a su vez fue apelada, pudiendo llegar —y es previsible— mediante recurso de casación al Tribunal Supremo.

Como indica el sumario nos detendremos en cada una de estas sentencias. Cabe señalar, posiblemente sin precipitación, que la seguridad con que procede el Tribunal Supremo con la sentencia del 22 de junio de 1981 es, al menos, discutible.

##### 5. *El Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución.*

Celebrado en Zaragoza, 29 de octubre - 1 noviembre 1981, tuvo una doble temática. Por un lado el artículo 149.1.8 de la Constitución; por otro lado el tema de la vecindad foral. En las conclusiones relativas a la ponencia que se ocupó del primer tema, concretamente en la séptima, leemos lo siguiente en su párrafo segundo, «in fine»: «la eficacia derogatoria de la Constitución respecto de

cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en ella alcanza a las Compilaciones vigentes, del mismo modo que a las demás leyes españolas».

6. *Dictamen elaborado por una comisión de trabajo del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya sobre «Reforma de la Compilación del Drot civil de Catalunya».* Febrero de 1982.

En su exposición de motivos se señala que por lo que se refiere a las incapacidades sucesorias se suprimen los números segundo y tercero del artículo 252; la última por manifiesta inconstitucionalidad y la primera por no ser conforme con las actuales circunstancias, y contrarias, ahora, al principio de la más amplia libertad de disposición «mortis causa».

7. *La Sala (2.ª) de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.*

Con loable criterio, en materia de dudosa constitucionalidad, como son los artículos 321 y 322 de la Compilación Catalana, dicha Sala en sentencias de 11 de octubre de 1982, 15 del mismo mes y año, 30 de septiembre de 1983 y 6 de octubre de 1983 los ha declarado —los artículos 321 y 322— inaplicables por opuestos a la Constitución. Sigue así la Sala el camino indicado en el párrafo 3 de la Disposición Derogatoria. Como razones argumentales aducen los artículos 14 y 32 de la Constitución, la legislación del Parlamento Catalán en la época republicana —Ley de 19 de junio de 1934— y la actual existencia de un Anteproyecto de Ley de adaptación de la Compilación a la Constitución y al Estatuto de Cataluña que propone la supresión de la prohibición de interceder a la mujer catalana. Es de esperar que en dicho Anteproyecto de Ley se recoja el criterio del Dictamen antes visto acerca de los números 2 y 3 del artículo 252. Y en cualquier caso que el tratamiento jurisprudencial siga las pautas, que en este otro punto, indica la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 1 DE JUNIO DE 1981

1. *Supuesto de hecho.*

Al quedar la justicia constitucional reservada —siguiendo el modelo kelseniano— a un órgano especializado, propiamente no cabe hablar de supuesto de hecho. Por así decirlo, materialmente, el Tribunal Constitucional nunca dice el derecho. Si se emplea, por tanto, la expresión supuesto de hecho es a efectos meramente expositivos, y entendemos por tal, siguiendo el artículo 163 de la

Constitución, aquel *proceso* en el que se plantea una duda acerca de la constitucionalidad de una norma a aplicar. Porque, la sentencia del Tribunal Constitucional que estudiamos resuelve una cuestión de inconstitucionalidad. Faceta esta de la justicia constitucional —según el modelo señalado— más característica, y tal vez más paradójica.

Pero vayamos con el proceso —supuesto de hecho— que da lugar a la sentencia. Se trata de un conflicto de intereses, producido en Cataluña, dentro de la línea temática que venimos examinando.

El testador otorgó testamento notarial abierto el 21 de agosto de 1975, falleciendo el 25 de agosto de 1975. Es decir, cuatro días después. El testador —separado de su mujer con la que había tenido un hijo— declara en el testamento ser viudo y estar casado en segundas nupcias. Instituye heredera a su segunda mujer, con la que había tenido otro hijo, «sin perjuicio de los derechos legítimos reservados a sus hijos».

Basta tener en cuenta, que la demandante es su «primera mujer», para entender que el testador no era viudo y que por tanto —salva siempre una hipotética nulidad— con anterioridad a 1975 no había segundas nupcias; por el contrario, «la segunda mujer» mantenía con el testador esa relación que describe el número 2 del artículo 252 de la Compilación Catalana, y el hijo habido con ella es un fruto, calificado y previsto a efectos sucesorios, por el número 3 de dicho precepto.

La fecha de la demanda no consta en la sentencia; sí la de la contestación a la misma: 1 de octubre de 1979. Es, hasta cierto punto, lógico que en ella se recuerde que según el artículo 3 del Código civil se tendrá en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (las normas)», y además, que desde que se promulgó la Constitución, 28 de diciembre de 1978, y entró en vigor el artículo 39, apartado 2, de la misma, el artículo 252, número segundo y tercero, es claramente anticonstitucional.

Concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, a instancia de parte (demandada), mediante auto —de 7 de noviembre de 1980— el Juez acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad acerca del artículo 252, números 2 y 3 en relación con el artículo 39, apartado 2, de la Constitución.

El 1 de junio de 1981 el Tribunal Constitucional dicta sentencia, en cuyo fallo decide «no haber lugar a pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la norma cuestionada».

El 3 de diciembre de 1981, el Magistrado - Juez del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número siete, dicta sentencia desestimando la demanda, y dejando imprejuzgada la acción ejercitada en cuanto al fondo, «en atención a aquel obstáculo procesal». Cuál, cabe preguntarse. La excepción procesal de falta de litis-consorcio pasivo necesario opuesta por los demandados. Excepción apreciada por no haber demandado al Ministerio Fiscal, y como en el complejo «petituum» de la demanda, se pide la nuli-

dad del testamento, implicando, de este modo, la legitimidad del hijo adulterino, que sin embargo constaba en el Registro Civil como legítimo, y además, se pide declaración de herederos ab intestato, a favor de los actores, al no dirigir la demanda, también contra el Ministerio Fiscal, la litis no puede estar regularmente constituida.

## 2. La cuestión de inconstitucionalidad (3).

Afirmamos antes que, probablemente, la cuestión de inconstitucionalidad sea el rasgo más característico de nuestro sistema de justicia constitucional. Se trata de «sustraer al Juez ordinario la posibilidad de inaplicar la ley que emana del legislador constituido». (Sent. T. C. 1 de junio de 1981. Fundamentos jurídicos, pág. 6. «B.O.E.» 16 junio 1981, Suplemento al núm. 143). Es decir, sustraer la *posibilidad* que caracteriza, y eleva a carácter paradigmático la «judicial review» norteamericana —en la que, evidentemente, no se ha inspirado el constituyente (art. 163 Constitución)—: «si los Tribunales deben respetar la Constitución y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario del poder legislativo, la Constitución y no las normas legislativas deben regular un caso en litigio en el que estas dos normas podrían ser aplicables» (4).

Como se ve, se trata de confinar el juicio constitucional en un órgano especializado, que por ello no conoce de conflictos de interés, y de vedar a éstos —tribunales ordinarios— el juicio constitucional. Señalamos antes que esto puede tener algo de paradójico —al menos, que es difícil que se produzca en toda su pureza— y de alguna manera, la sentencia que analizamos puede mostrarlo.

Veámoslo. En primer lugar, conviene tener en cuenta, que para que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de una norma cuestionada, a través de una cuestión de inconstitucionalidad, no basta con que dicha norma sea inconstitucional.

Luego no se trata de un puro y abstracto contraste entre normas: la Constitución y la norma inferior cuestionada. Se requiere además, lo que podemos llamar un motivo de oportunidad. Oportunidad que siempre es circunstancial, contextual y que impregna de proximidad al conflicto de interés ese juicio, en principio, especializado y enajenado de cualquier realidad.

En qué consiste ese motivo de oportunidad. Consiste, en que pueda afirmarse de la norma cuestionada, el que de su «validez

(3) Vid. Comentario al artículo 163 de Garrido Falla, en Comentarios a la Constitución. Madrid, 1980, pág. 1711. Dado el carácter decisivo que tuvo en cuestión Alzaga, vid. comentario de dicho autor al mismo precepto en La Constitución Española (comentario Sistemático). Madrid, 1978, pág. 939.

(4) *MARBURY V. MADISON* 1803. Vid. en L. SÁNCHEZ AGESTA. Documentos Constitucionales y textos políticos. Madrid, 1982, pág. 99. Acerca de la trascendencia de este caso debido al Juez Marshall, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid, 1981.

dependa el fallo» (art. 163 de la Constitución). Por eso, el Juez al plantear la cuestión deberá «justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma cuestionada» (artículo 35.2 L.O.T.C.). Esta «dependencia» y su correlativa «motivación» se erigen en requisito inexcusable, para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Este extremo es extraordinariamente sutil. ¿Vincula al Tribunal Constitucional la «motivación» que realiza el órgano judicial? Parece que no. «Es claro que en ningún caso puede entenderse la admisión de una cuestión de este género como una corroboración que el Tribunal Constitucional hace del juicio de aplicabilidad formulado por el órgano judicial proponente». (Sent. T. Const. 1 junio 1981. «B.O.E.» cit., pág. 6). ¿Significa esto que el Tribunal Constitucional selecciona la norma aplicable, así sea indirectamente? Parece que no. «El órgano judicial que plantea la cuestión es así, en principio, el competente para determinar cuáles son efectivamente las normas aplicables al caso que ha de decidir, y el control del Tribunal Constitucional sobre este primer requisito ha de limitarse, por decirlo así, a juzgar por las apariencias». (Sent. T. Const. 1 junio 1981. Loc. cit., pág. cit.).

Aquí es donde resalta una cierta contradicción de la Sentencia que analizamos al añadir más adelante: 1) «tal apariencia existe sin duda alguna», y 2) «Ese fallo no depende pues, en modo alguno, del pronunciamiento que este Tribunal pudiera hacer sobre los efectos derogatorios que hayan de atribuirse a la probable contradicción entre la norma cuestionada y la Constitución».

Es este segundo término del razonamiento —ciertamente tenso— el que justifica el fallo: «No haber lugar a pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la norma cuestionada».

Lo que no es obstáculo para que en los fundamentos jurídicos de la sentencia, «in fine», «in extremis» se reconozca que por vía interpretativa, no a través de un juicio de constitucionalidad, la norma pueda ser inaplicada por el propio Juez, si la considera contraria a la Constitución. Inaplicación que habría de entenderse como intrascendente, puesto que el fallo no depende de la misma. Y sabemos que no es así.

Rápidamente, se objetará a mi razonamiento, que el Tribunal Constitucional no incurre en tamaña contracción. Lo que opone es un pronunciamiento constitucional a una labor interpretativa. El fallo en modo alguno depende del primero, aunque puede depender de la interpretación. Cierto. Pero no es menos cierto que la no dependencia del fallo —en el sentido del artículo 153 de la Constitución— se motiva en argumentos de derecho civil, material. De acuerdo con el Código civil (arts. 657 y 758) el problema planteado no hace al caso: el causante murió antes de que la Constitución entrase en vigor. Por tanto antes de la entrada en vigor se efectuó la «mágica» transmisión de derechos (art. 657) y a aquel mágico momento hay que referir la capacidad de suceder (art. 758) medida por el artículo 252 de la Compilación Catalana. «Ergo» la

transmisión se produjo, y el obstáculo era firme, todo ello antes del 29 de diciembre de 1978.

Con cierta coherencia el Tribunal Constitucional debería haber concluido: luego, subsistente el obstáculo, la transmisión no se produjo, y ha lugar a la demanda planteada en el J.P.I. (a 7) de Barcelona.

Es decir, no se pueden utilizar argumentos de tipo material para justificar un pronunciamiento formal. Este es mi punto de vista. Utilizando esos argumentos, carece de esa pretendida asepticidad, la afirmación «el fallo no depende». Porque téngase en cuenta que, por vía interpretativa, no se aplica la norma cuestionada —de la que sí depende el fallo— se destroza la argumentación de la innecesariedad del pronunciamiento constitucional. Porque si se inaplica el artículo 252 de la Compilación Catalana, dicha inaplicación se produce de espaldas a los artículos 657 y 758 del Código civil y en atención al artículo 3 de dicho cuerpo legal, o más propiamente al apartado tercero de la disposición derogatoria de la Constitución (5).

Claro; pero una cosa es derogación y otra inconstitucionalidad y otra interpretación, se objetará. Efectivamente, pero ante lo que estamos es ante un problema de derecho transitorio y sobre el que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al afirmar —«no haber lugar...»— en base al artículo 758.

En definitiva, quiérase o no, el Tribunal Constitucional entra en la cuestión de fondo, y sobre todo y, esto es lo grave, selecciona la norma aplicable. Hasta que este punto no se advierte, la sentencia resulta mareante. Pero la perplejidad se desvanece, al advertir que la opción por el artículo 758, en relación con el 657 del Código civil, es una opción que debe producirse dentro de la ponderación del conflicto de interés. En el terreno del Juez ordinario.

De extraordinariamente sutil calificábamos el perfilamiento técnico de la cuestión de inconstitucionalidad. Es lo que queríamos mostrar, junto con la difícil pureza a que aspira una justicia constitucional especializada y la posible complejidad que añade a la justicia genéricamente considerada (6).

Acerca de la opción por el artículo 758, en relación con el 657,

---

(5) La Corte Constitucional italiana en sentencia de 28 de diciembre de 1970. Il Foro italiano, 1971. Parte Prima, pág. 1, declaró «ilegítima por violación del artículo 3 de la Constitución (y no del artículo 30.3), el artículo 593 del Código Civil que disciplina la capacidad de recibir por testamento de los hijos naturales no reconocibles».

Argumenta la sentencia que «los hijos naturales no reconocibles vienen a encontrarse en situación de desfavor respecto de otros extraños a la familia legítima». La constitucionalidad de la norma parece cuestionada por el Tribunal correspondiente de Milán, presumible una cuestión de inconstitucionalidad.

(6) «Si el artículo 163 presupone que la validez de la norma objeto de la consulta depende el fallo, mal puede fallarse mientras la duda sobre la validez no se disipe, ¿se trata, pues de un precepto internamente contradictorio?». GARRIDO FALLA. Comentarios a la Constitución. Madrid, 1980, pág. 1714.

nos ocuparemos más adelante. Porque como toda opción, es eso, algo que cuenta con un apoyo tópico claro, pero no algo que se apoya en una realidad ontológica.

### III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE JUNIO DE 1981

#### 1. *La Sentencia casa la de la Audiencia Territorial de Barcelona.*

En testamento notarial abierto, otorgado el 24 de abril de 1957, D. Gregorio instituía heredera a Doña Dolores, nombrando sustituto al hijo común D. Jaime. D. Gregorio Luis, hijo del matrimonio de D. Gregorio con Doña Pilar, esposa por tanto del testador, viva, de la que se había separado de hecho unos veinte años, interpuso demanda de nulidad del testamento al amparo del artículo 252, números 2 y 3 de la Compilación Catalana.

Entre otros argumentos, en la contestación a la demanda, se alega caducidad de la acción. El juez titular del J. P. I. (n. 3) de Barcelona, dictó sentencia con fecha 17 de septiembre de 1977, confirmada por sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona con fecha de 21 de marzo de 1979, absolviendo a los demandados.

D. Gregorio Luis interpuso recurso de casación por infracción de ley. El primer motivo según se desprende de la sentencia dice así: «al amparo del número 1.º del artículo 1.692 L.E.C. por infracción, por aplicación indebida, del párrafo 3 del artículo 255 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña. Mi mandante accionó en la instancia al amparo de los números 2 y 3, art. 255 de la Compilación que contempla una situación de incapacidad relativa para suceder, derivada de que el propio causante casado, ha tenido trato adulterino con la instituida (núm. 2), con la que ha engendrado al demandado D. Jaime, por esto también incapaz (núm. 3), y a esta situación de incapacidad no le es aplicable un precepto (párrafo 3, art. 255: caducidad de la acción transcurridos cinco años), que forma parte de la regulación de la indignidad para suceder, institución distinta, como indebidamente hace la Sala».

El Tribunal (4.º Considerando) entiende que «procede acoger el motivo precedente examinado (primer motivo transcrito), y como quiera que tal acogida determina la casación de la sentencia que se recurre, huelga entrar en el examen del resto de los motivos».

Resaltamos este aspecto del pleito, del recurso de casación, de la sentencia del Tribunal Supremo, para mostrar que aún siendo la situación mucho más compleja, evidentemente esta es la «ratio decidendi», y por tanto, la especificidad de la sentencia en orden al tema que examinamos, patente.

Por otro lado, aunque doctrinalmente compleja, la solución dada por el Tribunal Supremo desde la literalidad de la Compilación es rotundamente clara. Tan clara y tan notoria, que inmediatamente surge la pregunta, de por qué no procedió en 1979 de igual manera, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

La anterior sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1970, que examinó un caso semejante, declaró no haber lugar al recurso de casación contra una sentencia, de la misma Audiencia, que aplicaba en todo su rigor el artículo 252 de la Compilación. Es decir, que lo que en 1966 es claro para dicha Audiencia no lo es tanto en 1979. Fecha, en la que tal vez, teniendo en cuenta el cambio producido por la Constitución de 1978, la importancia hermenéutica en la aplicación, que supone el artículo 3 del Código Civil, en su redacción de 1975, argumentó con generosidad al interpretar el párrafo 3 del artículo 255 de la Compilación Catalana.

Aferrarse a la literalidad del precepto y al formulismo del recurso de casación, cuando veintiún días antes el Tribunal Constitucional, en la sentencia que antes examinamos, afirma que el sentido del artículo 252 de la Compilación «responde a una valoración social de determinadas relaciones personales bien distinto al que subyace a los preceptos de nuestra Ley Fundamental»; extremo este sobre el que «todos los comparecidos (Abogacía del Estado, Fiscal General del Estado, Representante del Consejo Ejecutivo de la Generalidad, escrito del Presidente del Parlamento de Cataluña) en el presente proceso expresan, en efecto, su convencimiento de la «difícil compatibilidad entre la norma cuestionada (art. 252 Compilación de Cataluña) y nuestra vigente Constitución, especialmente en sus artículos 14 y 39.2», parece demasiado rígido. Sobre todo cuando, por así decirlo, el problema venía resuelto de instancia, en doble examen, y por aquellos llamados algún día a ejercer una competencia en el orden civil, que incluye «los recursos de casación y revisión en las materias de Derecho Civil catalán» (art. 20.1. a Estatuto de Autonomía de Cataluña) (7).

## 2. *El plazo de caducidad del artículo 255 de la Compilación de Derecho Civil Espacial de Cataluña.*

Afirmábamos anteriormente, que la apreciación del motivo del recurso de casación, tal como lo reproducimos, cuyo razonamiento doctrinal nos ocupará más adelante, es nítida.

Dice así el párrafo cuarto del artículo 255 de la Compilación de Cataluña: «en éste y en cualquier otro caso de *indignidad* caducará la acción transcurridos cinco años desde que el *indigno* de suceder se hallare en posesión de los bienes en calidad de heredero o legatario».

(7) Vid. también el artículo 19 del Estatuto y artículo 152, párrafo 2, Constitución.

La delimitación literal de la caducidad a la indignidad podría en todo caso, verse comprometida por el propio comienzo del párrafo: «en este». Pero «en este», es el supuesto del párrafo anterior (tercero del precepto), que trata también de una causa de indignidad.

Efectivamente, el párrafo cuarto del artículo 255 habla de indignidad y el artículo 252, en todos sus números, de incapacidad relativa total para suceder.

Por ello, con las salvedades que hemos hecho, el razonamiento del primer motivo de casación, consideradas así las cosas es incontestable. Y por sí sólo justifica su apreciación. Que no obstante, y no sería la primera vez, admitiría alguna inflexión correctora que permitiese mantener la intuición de la justicia en el caso concreto, tal vez advertida por los tribunales de instancia.

Podríamos también establecer una cierta simetría con el Código civil, averiguar el origen de dicho plazo de caducidad, etc. Pero de ello nos ocuparemos más adelante. Por ahora, baste con señalar, que, tal vez por influencia de Roca Sastre, el precepto —el plazo de caducidad— está más (mejor es discutible) perfilado en la *Compilación Catalana* que en el Código civil.

### 3. *Despenalización del adulterio e indignidad.*

La Ley de 26 de mayo de 1978 sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento, no tiene un alcance estrictamente penal. La norma que consta de cinco artículos se refiere, únicamente —aunque con carácter principal— al Código penal, en el primero de los mismos. Los otros cuatro se ocupan de la incidencia de la reforma en el ámbito civil. El artículo tercero, en su número uno establece que «se deroga el número cinco del artículo 756 del Código civil». ¿Qué establecía el número cinco del artículo 756? Lo siguiente: «Son incapaces de suceder por causa de indignidad: ... El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador».

#### 3.1. *La remisión del artículo 255 de la Compilación Catalana a Las causas de indignidad del artículo 756 del Código civil.*

Este precepto establece, en su párrafo primero, que «incurrirán en indignidad para suceder las personas comprendidas en algunos de los casos expresados en el artículo 756 del Código civil». La *Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña* fue aprobada por ley de 21 de julio de 1960. Esa es, por tanto, por decirlo así, la fecha del párrafo primero del artículo 255 de dicha *Compilación*.

El interrogante que se plantea es, si la ley de 1960 al remitirse al artículo 756 recepciona el precepto en su redacción originaria —vigente en 1960— o si la remisión es al precepto —art. 756— en aquella redacción y en sus futuras vicisitudes. La expresión «casos

expresados en el artículo 756 del C. c.» podría avalar la segunda hipótesis. Y en este sentido no deja de tener valor el comentario de Faus-Condornies al explicar que «el artículo 255 se remite en términos generales al Código civil, de acuerdo con la opinión que hemos sostenido reiteradamente de que no puede haber unas reglas de moralidad para los catalanes y otras para el resto de los españoles» (8). Opinión que suscribimos, pero que llevada hasta sus últimas consecuencias, convertiría en implantable todo el problema que aquí abordamos.

Porque, en definitiva, el problema es si una variación en la legislación común puede afectar al texto catalán. Y si le afecta una reforma penal con efectos reflejos en el Código civil, no vemos —aunque técnicamente el planteamiento es distinto— porque no puede el texto constitucional dejar sin sentido a los números 2 y 3 del artículo 252 de dicha Compilación. Porque el alcance de la Constitución —obviamente— es mayor que el de la ley de 26 de mayo de 1978, y además el tratamiento de las repercusiones civiles de la despenalización del adulterio es selectivo. El adulterio no queda suprimido como causa de separación, porque es incompatible con un contenido mínimo de la relación matrimonial; pero no es menos cierto que la ley de 7 de julio de 1981 no menciona la palabra y describe el supuesto con una terminología más flexible.

Es decir, conservando todo su vigor el número 2 del artículo 252 no se entiende porque la remisión del artículo 756 no mantiene el adulterio —para Cataluña— en su redacción originaria. Puesto que como Roca Sastre señala es más grave e irreparable la incapacidad para suceder que la indignidad. Lógicamente la explicación por práctica es sencilla. En un caso las cosas vienen dadas cómodamente, en otro requeriría una reforma que se muestra compleja. Por ello, la situación es comprensible. Si nos hacemos eco de una cierta perplejidad, lo hacemos en términos meramente expositivos y de contraste.

En cualquier caso el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de junio de 1981, al distinguir el adulterio como causa de indignidad y supuesto de incapacidad relativa, afirma, matizando el alcance de la remisión del artículo 255 de la Compilación Catalana el artículo 756 del C. c., «entre los que se encontraba, hasta la reforma operada en el año 1978, el condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador» (2.º Considerando «in fine» de la sentencia).

### 3.2. *La necesidad de una sentencia criminal firme.*

El antiguo número 5 del artículo 756 parece tener su raíz histórica. La ley XIII, del título VII de la Partida Sexta recuerda que «seis razones principales mostraron los sabios antiguos que por cada una de ellas debe perder el heredero la herencia del finado».

(8) FAUS-CONDORNIES, Ob. cit., pág. 294.

Tanto García Goyena como Vélez Sarsfield, al glosar los artículos 617, número 4 del Proyecto de 1851 y el artículo 3.294 del Código Civil Argentino de 1870 respectivamente, aluden a la transcrita disposición de las Partidas junto con el artículo 540 del Código de Austria.

No se encuentra vestigio de la misma, ni del adulterio en la enumeración, que de los supuestos de indignidad, hace el artículo 2.205 del Proyecto de Código civil de 1836.

### 3.2.1. *El párrafo segundo del artículo 758 del Código civil.*

En su redacción originaria decía así: «En los casos 2, 3 y 5 del artículo 756 se esperará a que se dicte sentencia firme...». Este párrafo no lo encontramos en los artículos 620 del proyecto de 1851 y 757 del Anteproyecto precedentes del artículo 758, en cuanto remite, la calificación de capacidad para recibir por herencia, al momento de la muerte del causante.

Este párrafo segundo, en su redacción originaria, por tanto haciendo referencia al derogado número 5 del artículo 756 del C. c., se presenta como una novedad del Código consecuente con la «criminalización» que del adulterio se hace a efectos de indignidad. Criminalización que resulta de la adopción de la expresión «condenado en juicio por adulterio». Esta criminalización no parece darse en el número 2 del artículo 252 de la Compilación Catalana que habla de «persona culpable de trato adulterino con el causante». La palabra culpable no parece estar empleada en sentido técnico penal. Por tanto se refiere a una conducta susceptible de prueba, pero no precisa de sentencia criminal. Diferencia muy importante. Porque una condena en juicio por adulterio requeriría: primero, querrela del marido agraviado (ex art. 450 derogado del Código penal), segundo, que el delito no hubiese prescrito pasados cinco años (ex artículo 113 Código penal, dado que la prisión menor —pena por adulterio— no excedía de seis años). Es lógico que el artículo 758, párrafo segundo del Código civil introdujese como novedad la necesidad de esperar a que «se dicte sentencia firme».

Por ello se explica que al despenalizarse el adulterio se derogase el número 5 del artículo 756 y no el número 1 del artículo 105, que señala como causa de separación —antes de la reforma de 7 de julio de 1981— «el adulterio de cualquiera de los cónyuges». En una y otra norma civil se recepciona el adulterio de forma diversa.

Por otro lado el «se esperará» del párrafo segundo del artículo 758, realmente no excepciona el párrafo primero: la referencia, para calificar, al momento de la muerte de causante. Pero la matiza, en un doble sentido. Primero, pone de manifiesto que aunque la referencia sea de pretérito (muerte del causante) la calificación es una operación de presente, que patentiza la necesidad de seleccionar la norma aplicable, y con ello plantearse su real vigencia. La referencia de pretérito no puede dar vigor a una norma

carente del mismo. En segundo lugar, según el artículo 24 del Código penal, «las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere sentencia firme y el condenado estuviese cumpliendo condena». El beneficio que señala este precepto es claramente penal. La despenalización del adulterio podría beneficiar a un condenado en juicio por adulterio, pero ciertamente no por ello dejaría de ser indigno.

El problema se plantea, p. e., si el 18 de mayo de 1978 el marido agraviado interpone querrela por adulterio, muere el 20 del mismo mes, el 26 se sanciona la despenalización del adulterio, y publicada el 30 de mayo entra en vigor, en el plazo establecido por el artículo 2 del Código civil. Es claro que nunca habrá sentencia firme que establezca la condena por adulterio con la mujer del muerto, ya causante. Si muere intestado y el adúltero es el único colateral con derecho a la herencia, nunca, por aplicación del párrafo 2 del artículo 758 podía ser indigno. Y no porque la retroactividad —que en la ley de 26 de mayo de 1978 no se establece— alcance a la derogación del número 5 del artículo 756, sino porque por imperativo del artículo 24 del Código penal nunca habrá sentencia firme. De ahí, que aunque, el aspecto civil de la ley despenalizaría, no tenga efecto retroactivo y a pesar de que el artículo 758 en su párrafo primero nos remita el 20 de mayo —muerte del causante— como momento para calificar la capacidad, nunca podría establecerse que el colateral adúltero es indigno, y compartiría la herencia con la mujer adúltera.

Si muere testado, el caso, por lo menos aparentemente, es más complicado. Naturalmente en este caso el adúltero instituido como heredero o legatario —y presumiblemente indigno— puede ser un extraño, lo que es más normal y frecuente. Por sí sola la interposición de la querrela no lo transforma en indigno. Se requiere una sentencia que no va a llegar. Tampoco cabe hablar de desheredación porque ésta presupone un derecho propio y sólo puede efectuarse en testamento con expresión de causa legal (art. 849). Además, la expresión del adulterio como causa nos remite al número 5 del artículo 756 y a la necesidad de condena. Podría plantearse como problema de interpretación testamentaria y en ese sentido la querrela podría ser un indicio para indagar la voluntad del testador.

En el mismo sentido la ausencia de querrela, siendo el adulterio notorio es un caso claro de remisión tácita no contemplado en el artículo 757. Porque aun desconociendo el adulterio del instituido en el «tiempo de hacer testamento» (ex artículo 757) si después lo conoce y no se querrela no es precisa la remisión en documento público (también ex artículo 757) (9).

---

(9) De remisión tácita habla la Sentencia de 7 de marzo de 1980, pero refiriéndose al inciso primero del artículo 757, conocimiento de la causa de integridad al tiempo de testar. Aquí introducimos con el calificativo de tá-

Recuerdo que todo esto es una clara consecuencia de la criminalización del adulterio en su recepción en una norma civil. Criminalización no necesaria —véase antiguo número 1.º del artículo 105 del Código civil o número 2 del artículo 252 de la Compilación Catalana.

### 3.2.2. *La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1980.*

El causante, don Antonio, fallece el 4 de enero de 1970. Había contraído matrimonio con doña Natividad en 1927, y fruto del matrimonio fue una única hija del mismo nombre que la madre. El matrimonio llevaba separado de hecho largo tiempo, con domicilios distintos, y doña Natividad convivía con toda notoriedad con otro hombre con el que contraería matrimonio dos años después del fallecimiento del causante. Muerto sin testamento, en el correspondiente juicio voluntario ab intestato se declara única heredera a la hija, respetando la cuota usufructual de la viuda y su derecho a la mitad de los gananciales.

Por vía incidental la hija, dada la notoriedad del constante trato adulterino de la madre, trata de impugnar el reconocimiento de derechos que a la misma se atribuye. La argumentación es variada, y lleva al Tribunal Supremo a ponderar la posible concurrencia del adulterio como causa de indignidad.

Reproducimos —aisladamente del resto del complejo razonamiento— parte del segundo considerando de esta sentencia. «Si ciertamente del resultado de lo actuado se revela que constante el matrimonio de don Antonio y doña Natividad, ésta tenía un hombre en el domicilio que habitaba, con el que contrajo matrimonio unos dos años después de quedar viuda, que pudiera llevar la apreciación de la recurrente a declararse la posibilidad de *una situación de hecho de adulterio*, ello en manera alguna determina la apreciación de la causa de indignidad apreciada en el número quinto del artículo 756 del Código civil en la redacción que le venía dada antes de la modificación efectuada por la Ley de 26 de mayo de 1978, por la que se rige la sucesión de la herencia quedada al fallecimiento del referido causante de que se trata, por ser la norma vigente en la fecha en que tuvo lugar, pues se requería entonces la existencia de *sentencia penal previa, no recaída en este caso, acreditativa del adulterio pretendido*».

Realmente el posible condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador para nada entraba en el conflicto de intereses. difícilmente cabía aquí hablar de indignidad, en consecuencia de posible desheredación, ni de remisión del ofendido, incluso ni de incapacidad relativa para suceder según el número 2 del artículo 252 de la Compilación Catalana —puesto que el adulterio no se relaciona con el causante—. Lo que nos lleva a la conclusión de

---

cita, una inacción del causante —con testamento o sin él— que impide el juego del antiguo número cinco del artículo 756; es decir, la ausencia de querrela criminal.

que en todo este juego a tres, la que siempre queda sucesoriamente indemne es la esposa del causante. Y como en el caso analizado la separación era de hecho y no judicial, según el Tribunal Supremo tampoco perdía su derecho a la cuota usufructuaria, como cónyuge viuda.

#### IV. EL MOMENTO DE LA MUERTE DEL CAUSANTE COMO REFERENCIA TEMPORAL PARA CALIFICAR LA CAPACIDAD PARA SUCEDER: ARTICULO 758 DEL CODIGO CIVIL

##### 1. *Complejidad de la calificación.*

El Tribunal Constitucional (Sent. 1 junio 1981) pone en relación correcta los artículos 657 y 758 del Código civil. De esta forma concluye: «en la medida en que el fallo del Juez haya de basarse precisamente en la existencia o inexistencia de capacidad sucesoria de los designados en testamento, ese fallo no depende, pues, en modo alguno, del pronunciamiento que este tribunal pudiera hacer».

Ahora bien, de los dos preceptos, el que de alguna manera prima es el artículo 657: «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte». En el supuesto, origen del pleito y de la cuestión de inconstitucionalidad, el «momento» señalado por el artículo 657, es el posterior al día de su muerte (26 de agosto de 1975). Fecha, que la propia sentencia del Tribunal Constitucional, fija y señala, y «a esa fecha es a la que hay que referir también la calificación de capacidad de los herederos o legatarios (artículo 758 del Código civil)».

Entre las dos normas hay alguna diferencia. El artículo 657 y en la medida en que semejante pretensión, esté al alcance de una norma jurídica, data un acontecimiento. Enlaza a un hecho una consecuencia jurídica: muerte transmisión. El artículo 758 marca una referencia temporal para medir la capacidad sucesoria. Frente a la indefectibilidad del contenido del artículo 657, el artículo 758 presupone una operación de aplicación de normas que tienen una referencia temporal: «al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate».

La óptica que ofrecen ambos artículos, aunque próxima, es diversa. El artículo 657 con visión de pretérito, nos sitúa ante algo que ocurrió, concluyó y se cerró en el terreno fáctico y jurídico, algo que es por ello notoriamente aporoblemático. Describe un proceso —en su sentido amplio— cerrado, concluso. Respecto del cual un cambio legislativo es irrelevante. Pero irrelevante no por razones de derecho transitorio, ni siquiera cronológicas. Se trata de un hecho por concluso, ya inexistente. De unas consecuencias diluidas y por ello inalcanzables por un cambio legislativo.

El artículo 758 por el contrario —y por así decirlo— implica una lectura de presente, para referir al pasado («al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate») unas normas

relativas a la capacidad para suceder. Es desde la óptica de este artículo, desde la que los hechos recogidos en el pleito se problematizan o al menos adquieren cierta dificultad, plantean alguna perplejidad.

Nos indica este artículo cómo debemos proceder en la calificación de dicha capacidad sucesoria. Nos invita a una tarea de aplicación de normas. No cierra la cuestión.

Ciertamente, por lo menos en apariencia, el talante de ambos preceptos parece incompatible, o por lo menos invita a entender, que uno arrastra en su suerte al otro. Si la transmisión se produjo, tuvo lugar teniendo en cuenta la capacidad de los posibles beneficiarios.

Por ello, conviene tener en cuenta, si el párrafo 1.º del artículo 758 es un mero corolario del artículo 657, o es una norma con cierta autonomía, así sea para llegar a la misma conclusión. Si es un mero corolario huelga toda consideración. Si presenta cierta autonomía, resulta que estamos ante una norma que invita a la aplicación de otras normas; con la misma referencia temporal; pero con la particularidad de que aún referida al pretérito la aplicación la efectuamos de presente: es decir, realmente, la realizamos.

Este matiz, sutil, parece escapar a la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1981. Sentencia que, repito, fecha, data un acontecimiento ocurrido (26 agosto de 1975) y que de esta forma excluye cualquier ponderación, cualquier problematización. Por ejemplo esta: ¿aún, referida la norma contenida en el artículo 252, 2 y 3 de la Compilación Catalana por imperativo del artículo 758, al 26 de agosto de 1975, es aplicable hoy cuanto se suscita en el conflicto de interés? ¿Aún referida al pretérito, es irrelevante el momento en que se efectúa la operación de la norma, de calificación?

Invirtamos los términos. Supongamos —por vía de hipótesis que por inconstitucionalidad sobrevenida, el artículo 252, 2 y 3, o por derogación (Disposición final, p. tercero Constitución 1978) ha desaparecido; ¿aún ciñéndome en la operación calificadora, tal como prescribe el artículo 758, puedo elegir para su aplicación una norma inexistente? ¿Puedo tener en cuenta el momento de la muerte del testador —momento pasado— y hoy —presente—, al calificar la capacidad sucesoria, utilizar las normas vigentes, y sólo las vigentes?

El problema es complejo, y no sólo desde la óptica del derecho transitorio. Es complejo, teniendo en cuenta, que el derecho sucesorio trata de solucionar una serie de problemas, siguiendo un determinado esquema. Esquema, que es una creación cultural. Por tanto, dotado de una cierta contingencia.

Cierta contingencia, quiere decir tanto como que el artículo 657, no es un precepto que no haya sido objeto de relativización. El efecto en el recogido no es inexorable, porque no pertenece al mundo físico, sino que es un modo de entender las cosas.

El análisis que realiza Puig Brutau del caso resuelto por el Tribunal Económico Administrativo Central, en resolución de 2 de marzo de 1954, y por el Tribunal Supremo, en sentencia de lo Contencioso de 6 de noviembre de 1956, tiene un alto valor ilustrativo, que dicho autor pondera en el sentido de que «no se pierda nunca de vista el carácter relativo con que el jurista práctico o el profesional debe valorar las exposiciones doctrinales» (10), puesto que «en este caso (el analizado), la regla del Código civil de que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (art. 657), no tuvo aplicación» (11).

Por otro lado, refiriéndose a la incapacidad relativa, en general, y no pensando —en concreto— en el artículo 252, 2 y 3 de la Compilación Catalana, afirma Lacruz que «la apreciación de la misma al referirse a la sucesión testamentaria, ha de hacerse, no en el momento de la muerte del causante (art. 758), sino al tiempo de testar, pues es en ese tiempo en el que puede producirse la influencia indebida sobre el causante» (12).

En el caso analizado, entre el otorgamiento y la muerte median cuatro días, diferencia irrelevante. Pero, lo que se pretende con esta exposición, es relativizar los argumentos, en base a los cuales, el Tribunal Constitucional afirmó que de su pronunciamiento no dependía el fallo.

La pregunta incontestada —de la que sí depende el fallo es esta: ¿subsistía en el momento de analizar el testamento y calificar la capacidad de los instituidos el artículo 252, 2 y 3 de la Compilación, para a su vez referirlos al tiempo de la muerte de cuya persona se trata? De no ser así, de no poder contar con ella el juzgador, incluso su mera selección para ponderar su aplicación devendría imposible.

## 2. *La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1945.*

Al exponer esta sentencia, no pretendemos otra cosa que mostrar cómo en la práctica judicial, en la praxis jurisprudencial cabe encontrar precisamente la solución contraria a la sostenida por el Tribunal Constitucional; con la salvedad de que éste deja en manos del juez ordinario la solución definitiva de conflictos de intereses, mientras que el Tribunal Supremo zanja definitivamente el mismo, siendo las circunstancias —hasta cierto punto— similares.

Doña Victorina Aznares, de vecindad catalana que nació y residió en Barcelona hasta su fallecimiento, falleció el 13 de mayo de 1936. No habiendo otorgado testamento se previno de oficio el

(10) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo V. Volumen I. Barcelona, 1961, pág. 11.

(11) PUIG BRUTAU, *Ob. cit.*, pág. 13.

(12) LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, V. Barcelona, 1981, página 82.

correspondiente juicio de ab intestato. El 11 de julio de 1936, en el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia (núm. 12), se formuló demanda por cuatro hermanos apellidados Mena Marco, en la cual, previa citación del Ministerio Fiscal, se solicitaba fuesen declarados herederos ab intestato de la causante.

Para ello, acreditaban su parentesco, en quinto grado, con la difunta. Careciendo ésta de parientes en grado más próximo, y apoyándose en los artículos 12 y concordantes del Código civil, las Novelas 118 y 127 de Justiniano y varias sentencias del Tribunal de Casación de Cataluña, suplicaban se formase pieza separada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 967 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Lo que se hizo, por Providencia de 15 de julio de 1936, verificándose la información testifical ofrecida, en base a la cual se establecieron como ciertos los extremos formulados, interrumpiéndose el curso de las actuaciones con motivo de la guerra civil.

Conviene recordar que, precisamente el mismo día que los parientes en quinto grado formulan la demanda —11 julio 1936— el Tribunal Supremo dictó sentencia —única que, interrumpe la jurisprudencia iniciada el 20 de marzo de 1893, generalizando el Código civil a todo el territorio español, en materia de sucesión intestada— declarando haber lugar a los recursos de casación «por interpretar equivocada y restrictivamente el derecho propio y característico de la región Navarra, aplicando indebidamente a la sucesión intestada los preceptos del Código civil y el Real Decreto Ley de 13 de enero de 1928». La sentencia recurrida en defecto de parientes dentro del cuarto grado declaró heredero al Estado, olvidándose que «el régimen imperante impone el máximo respeto al derecho foral, toda vez que el artículo 16 de la Constitución de la República Española otorga a las regiones autónomas la legislación exclusiva y la ejecución directa en materia civil fuera de las exceptuadas en el artículo 12 de dicha ley fundamental, creándose así una corriente jurídica diametralmente opuesta a la que sirvió de fundamento a la jurisprudencia en que descansa el fallo recurrido» (Sentencia Tribunal Supremo 11 julio 1936).

No deja de ser una circunstancia —feliz o no— que coincidan en el tiempo —y presumiblemente en el planteamiento de fondo— los parientes catalanes y el Tribunal Supremo. Y por supuesto la causante catalana —doña Victorina Aznares— murió con anterioridad, concretamente el 13 de mayo de 1936. ¿Cuál era el derecho aplicable en Cataluña el 14 de mayo de 1936 —siguiendo el esquema de la sentencia del Tribunal Constitucional— en materia de sucesión «al intestado»?

Parece claro que el primitivo de aquella zona. Todavía no se había promulgado la Ley Catalana de 7 de julio de 1936, pero sí eran de aplicación las Novelas 118 y 127 y así lo venía repitiendo el Tribunal de Casación de Cataluña, con anterioridad al fallecimiento de doña Victorina. Por ello la pretensión de los parientes en quinto grado parecía fundada en derecho, porque no era, en

el momento de fallecer la causante (arts. 657 y 758), el Código civil, y la jurisprudencia que lo generalizaba en materia intestada a todo el territorio nacional, aplicable en Cataluña.

Ahora bien, el curso de las actuaciones quedó interrumpido con la guerra civil. Y la solución del conflicto acarreó un nuevo planteamiento político y con él, jurídico.

Una Ley de 5 de abril de 1938 declaró en su preámbulo sin validez jurídica, desde el 17 de julio de 1936, el Estatuto de Cataluña. «Pero en su parte dispositiva sólo dedujo las consecuencias de tal invalidez en el orden administrativo, sin hacer referencias a otras cuestiones de señalada importancia que la intervención del Parlamento Catalán y del Tribunal de Casación provocaron en el orden del Derecho civil con sus audacias reformadoras», como señala el preámbulo de la Ley de 8 de septiembre de 1939 («B.O.E.» 30 de septiembre). Por ello, esta Ley, en su único artículo dispuso: «Quedan sin efecto, y por lo tanto *dejarán de aplicarse* desde esta fecha, todas las leyes, disposiciones y doctrinas emanadas del Parlamento de Cataluña y del Tribunal de Casación, restableciéndose en toda su integridad el Derecho existente al promulgarse el Estatuto».

Bajo esta nueva orientación se reanudaron las actuaciones en el juicio de ab intestato, interrumpido por la guerra civil, y que ya se había iniciado y substanciado —con práctica testifical— de manera favorable a los parientes de quinto grado.

El 6 de octubre de 1941, el Juzgado de Primera Instancia (n. 12) de Barcelona, dictó sentencia declarando no haber lugar a la pretensión de los subsodichos parientes. Sentencia que fue confirmada, por la que dictó la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona el 21 de marzo de 1942. Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación por infracción de ley.

En el primer motivo del recurso, se alega infracción por interpretación errónea de la Ley de 8 de septiembre de 1939, ya que de dicha Ley se deduce un alcance y un significado que no tiene. Se distingue en el motivo tres momentos: anterior al Estatuto, vigente el Estatuto, y posterior al Estatuto Catalán. «A partir de la Ley de 8 de septiembre de 1939, no podrá aplicarse el derecho que rigió en la segunda etapa a ningún hecho que se produzca en territorio catalán; pero eso no quiere decir que tampoco puedan regirse por tal derecho los efectos jurídicos de los hechos que con carácter de consumados o definitivos se produjeran en el ámbito del derecho que después se derogó. *Y un hecho de esta clase es el fallecimiento de una persona que determina efectos jurídicos tan importantes como la delación de su herencia (art. 657 del Código civil)*», por consiguiente, fallecida doña Victorina Aznares Farreras en 16 de mayo de 1936, o sea, «en el estado de derecho en que la sucesión intestada se regía en Cataluña por las normas del derecho catalán, es decir, del romano, aceptado en Cataluña y considerándose transmitidos en ese momento todos sus derechos a favor de sus herederos, la repetida Ley de 8 de septiembre

de 1939 no se opone a la aplicación de ese derecho en el caso de que se trata».

La transcripción literal, de parte del primer motivo del recurso se justifica, por sí sola, ya que, la argumentación en base al artículo 657 del Código civil recuerda, llamativamente, el nudo gordiano del problema aquí estudiado.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. En los considerandos de su sentencia encontramos afirmaciones de dispar trascendencia. Sin embargo, es sorprendentemente llamativa la argumentación que el Tribunal Supremo utiliza, para abordar la incómoda acusación que se hace a la sentencia de dar a la Ley de 9 de septiembre de 1939 una eficacia retroactiva, contraria al artículo 657 del Código civil y a las disposiciones transitorias y artículo 3 de dicho cuerpo legal, en su redacción originaria.

«Es cierto que conforme al fundamental principio acogido en el artículo 3 del Código civil, las Leyes no tienen efecto retroactivo, pero en sí no dispone lo contrario, y la de 8 de septiembre de 1939 no se limitó a derogar el régimen jurídico de Cataluña, sino que de manera precisa e inequívoca y *con manifiesta significación retroactiva* (léase bien), ordenó en su artículo único, con restablecimiento en toda su integridad del derecho existente al promulgarse el Estatuto, que por quedar sin efecto dejarán de aplicarse todas las leyes y doctrinas emanadas del Parlamento de Cataluña y del Tribunal de Casación, *precepto de obligada observancia* y que quedaría incumplido si se regulara el orden sucesorio cuestionado en el pleito *por disposiciones y doctrina cuya aplicación prohíbe*» (4.º Considerando Sentencia Tribunal Supremo de 3 de enero de 1945).

1) A estas alturas, huelga añadir una línea más sobre el tema de la sucesión intestada en los llamados territorios forales y la aplicación en los mismos del Código civil. Ya sea porque el artículo 248 de la Compilación Catalana de 1960 estableció que «la sucesión intestada se regirá por lo dispuesto en el Código civil y salvo las especialidades contenidas en los tres artículos siguientes», ya sea porque otras Compilaciones se apartan del Código civil en esta materia.

2) Igualmente huelgan consideraciones, acerca del distinto talante, con que se inauguró aquel período político en contraste con la situación actual.

3) No es legítimo pasar por alto la justicia en el caso concreto, altamente discutible en este pleito; si lo hacemos es para no perder el hilo en el análisis comparativo.

4) La relativización que aquí se hace del artículo 657 y correlativamente —sin aplicación específica en el pleito— del artículo 758 es aún mayor que la anteriormente señalada por Puig Brutau.

5) La Ley de 8 de septiembre de 1939 no dispone expresamente su alcance retroactivo.

6) El Tribunal Supremo extrae «una manifiesta significación retroactiva», que reafirma la ausencia de una expresa mención en dicho sentido, en dicha Ley.

7) Hemos de entender esa manifiesta significación retroactiva como un caso de retroactividad tácita; si bien el tipo de disposición no parece encajar en los supuestos, llamémosle así, de retroactividad tácita natural (normas interpretativas, de carácter complementario, de carácter procesal, régimen jurídico uniforme para una institución (S. A.) que pretenden desterrar algunas figuras jurídicas (Usura) (13).

8) Es una retroactividad tácita fruto, por tanto, de una labor interpretativa, que tiene «como criterio rector último o subsidiario el de la irretroactividad» consagrado en el Código civil (14).

9) Caso de sostenerse tal interpretación, podría apoyarse —en este caso— en la clara intención del legislador de que dichas normas no se apliquen en el futuro («quedan sin efecto, y por tanto dejarán de aplicarse desde esta fecha»). Es decir, no existen para el juzgador «precepto de obligada observancia y que quedaría incumplido si se regulara el orden sucesorio cuestionado en el pleito por disposiciones y doctrina cuya aplicación prohíbe» (Sentencia Tribunal Supremo de 3 enero 1945).

10) Jamás pretendió —era contrario al nuevo orden— la Ley de 8 de septiembre de 1939 tener rango constitucional. Pero sí se trata de una pieza legislativa claramente política: eso no presenta ninguna duda.

11) Como tal inaugura una nueva legalidad, apoyada en una legitimidad histórica fruto de una guerra.

12) Como nueva legalidad, pretende ser el parámetro, dentro del cual se justifiquen disposiciones y resoluciones de conflictos de intereses.

13) Siendo, como es, la deducida por el Tribunal Supremo, una retroactividad tácita, por su aspiración a que un sentido opuesto a la norma no sea nunca tenido en cuenta, es una retroactividad que gravita sobre la labor interpretativa, que conlleva la aplicación de cualquier norma.

14) Pesa más, por tanto, en el esquema del discurso del juzgador la responsabilidad en la aplicación, previa selección, de una norma, que la remisión a un hecho consumado.

15) En esto difiere frontalmente del discurso seguido en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1981, cuando en este último caso, operaba a favor de una consideración del artículo 252, 2 y 3 como inexistente:

— La justicia en el caso concreto, que no afecta a la justicia constitucional, pero facilita una argumentación formal.

---

(13) Díez PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I. Madrid (4.ª Edición, 1.ª Reimpresión), 1982, pág. 140.

(14) Ob. cit., pág. cit.

— Su posible inconstitucionalidad, no desechada. Se desecha la dependencia del fallo del juicio de inconstitucionalidad.

— La evidente incompatibilidad de contenido y sentido entre la norma cuestionada y la Constitución.

— La posible inaplicación por vía interpretativa brindada al Juez Ordinario.

La disposición final derogatoria, párrafo tercero, que en otras materias (asociaciones) ha hecho valer el Tribunal Supremo.

— Estas dos últimas posibilidades únicamente cabe soslayarlas, extremando el purismo de lo que debe de ser una justicia constitucional especializada.

16) El mismo día —11 de julio de 1936—, que los parientes en quinto grado catalanes presentan la demanda de juicio ab intestato, el Tribunal Supremo, casando una sentencia, ampara el derecho de unos parientes navarros más allá del cuarto grado. Esta sentencia —única en la materia—, ella misma, se explica como consecuencia de una situación política, y en el futuro será descalificada con igual consideración: «obedeció tan solo al cambio de régimen jurídico ya desaparecido de la Constitución de la República» (Sentencia Tribunal Supremo 1 de febrero de 1958). Apreciación que «recuerda» la pérdida de vigor de una jurisprudencia por inconstitucionalidad de su apoyo legal: artículo 161.1 Constitución de 1978.

## V. EL PLAZO DE CADUCIDAD DEL ARTICULO 762 DEL CODIGO CIVIL

### 1. *La nulidad del negocio jurídico testamentario.*

Baste a los efectos aquí apetecidos recordar que se trata de una cuestión difícil. Dificultad derivada, tal vez, de pensar el derecho civil globalmente: pretensión explicable y que justifica la existencia de una teoría del negocio jurídico, más allá de determinados presupuestos metodológicos. Reducir a unidad y facilitar el dominio de un área de conocimiento es un intento que trasciende planteamientos concretos, aunque éstos puedan explicarse por razones coyunturales, históricas.

Pero, el intento de reducir a unidad choca, reiteradamente, con el negocio jurídico testamentario. Aquí el tema de la legitimación para una acción de anulabilidad —supuesta su posibilidad— se torna grotesco. Así, Castro, recordando el fundamento de la anulabilidad afirmará: «esta atribución (legitimación para impugnar) no es posible aquí, pues en el momento de fallecer el testador es cuando se perfecciona el testamento» (15). Cicu, pensando desde el derecho italiano, se pregunta: ¿«Cómo explicar

(15) CASTRO, *El negocio jurídico*. Madrid, 1967, pág. 503.

que aún tratándose de anulabilidad la ley conceda acción a cualquiera que tenga interés al propósito?» (16).

Lo anterior no es obstáculo para que Lacruz afirme que «independientemente de la terminología del Código civil, el simple análisis de los diversos casos de invalidez en las disposiciones testamentarias convence de la existencia de las clases distintas de aquéllas: nulidad absoluta e impugnabilidad» (17).

Como fácilmente se comprende, la cuestión conceptual se conecta con una eminentemente práctica: el juego de acciones relativas a la ineficacia del testamento. Es decir, legitimación, naturaleza de la acción, aplicación o no de los institutos de la prescripción y caducidad. Esto afecta al tema —al problema— aquí analizado.

## 2. Incapacidad relativa para suceder e indignidad (18).

«A poco que se medite acerca de esto, se comprenderá que es todo un *juego de palabras*, en que, por influencias de la tradición, se han empeñado autores tan ilustres; y que en el fondo de las cosas, la indignidad como hecho que motiva la prohibición de suceder, es una verdadera forma de incapacidad, igual a la que se halla establecida, por causas de otro género, respecto del confesor, del tutor, del notario, en los artículos anteriores» (19).

Frente a esta tajante afirmación de Scaevola hay que situar la no menos firme de Roca Sastre: «aunque el Código civil emplee la expresión de "incapacidad de suceder por causa de indignidad" y baraje, *sin escrúpulos técnicos*, las normas de la incapacidad sucesoria con las propias de la indignidad, hay fundamento para situarlo entre aquellos sistemas legislativos, que inspirados en el Derecho romano, configuran la indignidad sucesoria en el sentido de que, si bien, de momento, no impide que el indigno llegue a ser heredero mediante la aceptación, sin embargo sirve de base para excluirle de la herencia (*indignus potest capere, sed non potest retinere*)» (20).

La cuestión no es baladí, pues, en el fondo, late una consecuencia importante. «La distinción —afirma Roca Sastre— entre la incapacidad y la indignidad sucesoria puede parangonarse con la que existe entre la nulidad y la anulidad» (21).

(16) C.C.U., *El testamento* (traducción y notas al derecho español, por M. Fairen). Madrid, 1959, pág. 139.

(17) LACRUZ BERDEJO, *Anotaciones a J. Binder. Derecho de Sucesiones*. 1953, pág. 117.

(18) Vid. SANCHEZ REBULLIDA, *Sobre la naturaleza y encuadre sistemático de la indignidad para suceder*. Estudios de Derecho Civil I. Pamplona, 1978, página 477.

(19) SCAEVOLA, *Código Civil*. Tomo XIII (Ortega Pardo), quinta edición. Madrid, 1943, pág. 383.

(20) ROCA SASTRE, *Anotaciones a Kipp Derecho de Sucesiones*. Volumen II. Barcelona, 1951, pág. 376.

(21) Ob. cit., pág. 377.

Siendo claro que la indignidad acarrea la mera impugnabilidad de la disposición testamentaria, lo que está en juego mediante la asimilación —conceptual o de régimen— de una y otra categoría es el alcance de la incapacidad relativa para suceder. Es decir, si ésta acarrea la nulidad de la disposición testamentaria o únicamente su anulabilidad. Rotundamente se inclina por la primera solución Roca Sastre (22). Con igual claridad, en sentido contrario, Lacruz: «tanto mediante incapacidad relativa como indignidad, la delación se produce en favor del indigno o incapaz, si bien es una delación cuyos efectos son claudicantes, de igual modo que la perfección del contrato anulable...» (23).

### 3. Alcance del plazo de caducidad del artículo 762 del Código civil.

Se trata del último artículo que (dentro del Libro III, Capítulo II «de la herencia», sección primera, con la denominación —«de la capacidad para suceder por testamento y sin él»—) dedica el Código civil a este problema.

Sin solución de continuidad sistemática, dicho precepto cierra lo que dicho cuerpo legal establece acerca de la incapacidad absoluta de suceder, de la incapacidad relativa de suceder y de la indignidad.

No estará de más recordar que el artículo 762 establece que: «no puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que *el incapaz* esté en posesión de la herencia o legado».

#### 3.1. La controversión doctrinal.

No siendo sencillo establecer el sentido del precepto, su interpretación, normalmente, aparece sesgada por puntos de vista previos. Así, los que entienden que la incapacidad relativa acarrea la nulidad de la disposición —considerando que como tal no puede estar sujeta a un plazo de caducidad—, a pesar de su ubicación sistemática, negarán la aplicabilidad del artículo 762 a dichos supuestos. Por el contrario, otros verán, en dicho artículo, la configuración de la incapacidad relativa como un supuesto de anulabilidad, de la impugnabilidad sometida al plazo de cinco años.

El Proyecto de 1851 no contiene un precepto similar. Es de señalar, eso sí, que en los artículos 620 a 623 del mismo, se tratan conjuntamente una serie de problemas. Más expresivo, en este orden de cosas, es el Anteproyecto de 1882-1888 que en su artículo 762 establece que «la acción para declarar la incapacidad o indignidad no podrá deducirse pasados cinco años desde que el

(22) Ob. cit., pág. 376.

(23) LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, V (Derecho de Sucesiones). Barcelona, 1981, pág. 82.

incapaz o indigno esté en disposición de la herencia o legado» (señalándose la influencia del artículo 3.458 del Código Mejicano). Realmente, si el artículo hubiese pasado al Código civil con esta redacción, toda discusión devendría superflua. Ahora bien, el Código civil habló únicamente de el incapaz. En rigor literal, cabe señalar que se incluye en el artículo la parte más polémica —la incapacidad— que es precisamente la que, con determinada óptica, quieren unos sustraer, para aplicarlo únicamente a la indignidad. En este sentido, no deja de ser plausible la interpretación según la cual, tras la reiteración inclusiva del Proyecto y el Anteproyecto, el Código literalmente haya acogido el término que, genéricamente —por las posibilidades que ofrece su sentido lato— englobase a los dos y simplificase la redacción.

Para Manresa «no es una disposición nueva sin precedentes análogos» (24). Y señala, por un lado, la ley 4, tít. 8 de la Partida 6.<sup>a</sup> y, por otro, el párrafo 2 del artículo 23 de la Ley Hipotecaria. Es especialmente preciso en esta alusión: «se inspiró en el criterio adoptado por la Ley Hipotecaria» (25). Semejante explicación resulta hoy chocante, porque el artículo 23 de la Ley Hipotecaria para nada se refiere a esta cuestión. En realidad tampoco la Ley Hipotecaria de 1861. Únicamente cabe entenderlo teniendo en cuenta el período 1869-1909. Durante este período, posterior al proyecto de 1851, y que incluye tanto al Anteproyecto como al Código civil, estuvo en vigor, un párrafo segundo del artículo 23, de la Ley Hipotecaria de 1869, que establecía lo siguiente: «la inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia o legado no perjudicará a tercero si no hubiesen transcurrido cinco años desde la fecha de la misma». La Ley de 1909 redujo el plazo a dos años e introdujo alguna modificación. El párrafo 2 del artículo 23 de la Ley de 1909, con carácter autónomo, como único contenido, va a constituir el artículo 28 de la Ley de 1944.

La semejanza de «criterio» entre el artículo 762 y el párrafo 2 del artículo 23, radica en «evitar que indefinidamente queden en lo incierto las sucesiones por el temor de posteriores contiendas» (26).

Lo dicho hasta aquí, podría explicar el fundamento de la posi-

(24) MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*. Tomo VI. Madrid, 1981, pág. 81.

(25) MANRESA, Ob. cit., pág. cit. De congruencia con el artículo 23 L. 11 habla Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*. T. VI, volumen 1.º (segunda edición). Madrid, 1910, págs. 299 y ss. Igualmente CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil Español*, Tomo III (Derecho de Sucesiones) Madrid, 1959, pág. 57

La Base V del Anteproyecto de Bases para la Redacción de una Ley Hipotecaria, aprobado por la Subsecretaría de Gracia y Justicia en 1868, dispone que: «la inscripción de los bienes inmuebles o derechos reales adquiridos por herencia o legado se entenderá sin perjuicio de tercero durante cinco años, contados desde la fecha de aquel asiento».

(26) MANRESA, Ob. cit., pág. cit.

tivización del precepto. Pero sigue en pie, el por qué la «certidumbre de las relaciones jurídicas» puede alcanzar la incapacidad relativa. No parece suficiente, la mera literalidad de un precepto para otorgar, al supuesto analizado, el tratamiento de lo meramente claudicante.

Las razones pueden estar en el campo de la evolución histórica, que parece abandonar el perfil preciso de un enfoque romanístico. O en razones de política legislativa. Lo cierto es que caben opciones encontradas, dispares. Y las hay.

Manresa parece dar por supuesto el máximo alcance del precepto, a través de un tratamiento unitario (27). Igualmente Sánchez Román y Clemente de Diego (28). Y en la misma línea puede situarse a Castán (29), Díez-Picazo y Gullón-Ballesteros (30), La-cruz-Albaladejo (31), Scaevola (32), y Valverde (33).

Claramente se inclinan por un criterio restrictivo —no aplicación del artículo 762 a la incapacidad relativa— Roca Sastre (34), Puig Brutau (35), Espín (36), A. Hernández Gil (37), F. Hernández Gil (38), Castro (39) y Puig Brutau (40).

Desde un punto de vista doctrinal, no puede decirse que se trata de una cuestión pacífica.

### 3.2. *La sentencia de 21 de mayo de 1910.*

Si para la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 1946, entre la incapacidad relativa y la indignidad hay un «marcado nexo», para la sentencia del mismo Tribunal, de 22 de junio de 1981, «hay una diferencia sustancial». La de 21 de mayo de 1910, simplemente aplica el artículo 762 a un supuesto de incapacidad relativa, en concreto la contenida en el artículo 752. Es la única sentencia del Tribunal Supremo que dentro del área del Código civil —ciñéndose al artículo 762— hace un pronuncia-

(27) Ob. cit., pág. cit.

(28) Obs. cit., págs. cit.

(29) *Derecho Civil Español, común y foral*. T. VI, V. II (7.<sup>a</sup> edición), Madrid, 1973, pág. 44.

(30) *Sistema de Derecho Civil*. V. VI. Madrid, 1978, pág. 490.

(31) *Derecho de Sucesiones*. Parte General. Barcelona, 1961, pág. 271.

(32) SCAEVOLA, Ob. cit., pág. 465.

(33) *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo V (3.<sup>a</sup> edición). Valladolid, 1926, pág. 462.

(34) Ob. cit., pág. 377.

(35) *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo V. Volumen I. Barcelona, 1961.

(36) *Manual de Derecho Civil*. Vol. V. *Sucesiones* (3.<sup>a</sup> edición). Madrid, 1970, pág. 61.

(37) *Lecciones de Derecho Sucesorio*. Madrid, 1969, pág. 79.

(38) La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos. R.D.P., 1961, pág. 468. Vid. pág. 477.

(39) El negocio jurídico. Madrid, 1967, pág. 504 (nota 17).

(40) Indignidad para suceder. Nueva enciclopedia jurídica. Tomo XII, páginas 353 y ss. Este autor, siguiendo a Roca Sastre, entiende —paradójicamente— correcta la sentencia de 21 de mayo de 1910. Vid. nota 19.

miento relativamente claro. Es decir, se inclina por la primera solución: la incapacidad relativa es un supuesto de anulabilidad, que requiere una acción de impugnación, acción inejercitable —por caducidad— pasados cinco años.

Doña Florentina del Río y Fernández, viuda, y sin descendientes ni ascendientes, falleció el 28 de abril de 1892, bajo testamento otorgado ante notario y tres testigos el 31 de enero del mismo año. En la cláusula novena, instituía heredero universal, del remanente de sus bienes, a don Ramón Sáinz Rodríguez, cura de aquella misma villa (Nofuentes).

El 5 de junio de 1905 —trece años y algunos meses después del fallecimiento— doña Claudia Gómez, prima carnal de la testadora, dedujo demanda en el Juzgado de Primera Instancia de Villarcago, suplicando se declarase la nulidad del testamento, se procediese a la declaración de herederos ab intestado, en concreto, se la declarase a ella, como pariente dentro del cuarto grado. Para ello aducía la concurrencia, en el instituido, de la incapacidad recogida en el artículo 752.

En la contestación a la demanda se hacía ver cómo el Código civil, tomando como precedente la ley 4, tít. 8 de la Partida 6 y del párrafo 2 del artículo 762 la imposibilidad de declarar la incapacidad pasados cinco años, y en autos constaba que, cuando la demandante le dirigió por cartas la primera reclamación, llevaba más de siete años en posesión de ella. La partición y adjudicación de bienes se efectuó en escritura otorgada el 5 de abril de 1893.

Sustanciado el pleito por los trámites de las dos instancias, la Sala de lo Civil de la Audiencia de Burgos dictó sentencia conformatoria en el 15 de octubre de 1909, declarando que la actora no podía ejecutar la acción, para pedir la nulidad, por haber transcurrido, con exceso, cinco años desde que el heredero estaba en posesión de la herencia, hasta que se interpuso la demanda.

La actora interpuso recurso de casación por infracción de ley, ya que la sentencia infringía, por interpretación errónea, el artículo 752 en relación con el 762, que aplica indebidamente, en vez de los artículos 1.963 y 1.964, que señalan los plazos de quince y treinta años, para el ejercicio de las acciones reales y personales, que son las que competen al heredero.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. La sentencia consta de dos considerandos. De ellos, podemos extraer los argumentos en que se apoya la decisión del Alto Tribunal.

1) «En la sentencia recurrida no se afirma como hecho cierto y positivo que el Cura de... hubiera sido confesor, de ésta, en su última enfermedad».

2) «Habían transcurrido algunos años más de los cinco desde que tomó posesión de la herencia hasta que se entabló la demanda originaria».

3) «Está incluido este artículo (752: incapacidad relativa) en una sección especial del Código, en la segunda, cap. II, tít. 3.º, Libro III, destinada a regular la capacidad hereditaria».

4) «Es evidente que no puede dejar de alcanzar, a éste, el beneficio de la prescripción extraordinaria de cinco años».

Cabe destacar de esta antigua sentencia —única que aplica e interpreta el artículo 762— lo siguiente. El corte estrictamente sistemático del análisis del artículo 762, como resulta de la tercera afirmación que entresacamos de sus considerandos. Aprecia, siguiendo el artículo 752, la asistencia del confesor, en la última enfermedad, como hecho integrante del supuesto que da lugar a la incapacidad. Apreciación correcta, pero que en la sentencia, parece tener el carácter de argumentación «ad maiorem», puesto que aun integrando el hecho subsumible en el artículo 752, no parece descartar que le alcance el artículo 762. Califica el plazo de prescripción extraordinaria. El transcurso del tiempo fue alegado en la contestación a la demanda: luego la aplicación no fue de oficio. En dicha contestación a la demanda, el heredero esgrime el transcurso de siete años, desde que entró en posesión de la herencia hasta el envío y recepción de cartas, por parte de la demandante. Viene así a dejar sentado que dicha correspondencia —posible reclamación extrajudicial— se produjo pasados ya el plazo. Parece prevenirse de una posible interrupción, de lo que podría entenderse, como plazo de prescripción. Sin embargo, tanto en instancia, como en los considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo, el plazo se mide teniendo en cuenta el espacio que media entre la entrada en posesión de los bienes y la demanda. Por otro lado, en los términos que recoge la sentencia, atribuyéndolos al juzgador «a quo», se habla de que «no ha podido ejercitar la acción». Y esta imposibilidad se extiende a otros pedimentos de la demanda —además, de la nulidad de institución por incapacidad «ex» artículo 752— como son, el nombramiento de albacea solidario, y el encargo de sufragios, entierros y obras de caridad.

#### 4. *El párrafo cuarto del artículo 255 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña.*

El Proyecto de Apéndice de Derecho Catalán al Código civil de 1930, no recoge en sus artículos 266 y 267 este plazo especial. «El último párrafo del artículo 255 es reproducción del artículo 762 del Código civil» (41). Creo que, tanto el antecedente del Proyecto de Apéndice como la frase —autorizada casi como «interpretación auténtica»— debe tenerse en cuenta al estudiar este precepto de la Compilación Catalana.

(41) Francisco de A. CONDOMINES VALLS-Ramón FAUS ESTEVE, *Derecho Civil Especial de Cataluña* (Ley de 21 de julio de 1960, anotada). Vocales Ponentes de la Comisión de Juristas para la redacción del proyecto. Barcelona, 1960, página.

Igualmente la disposición sistemática. Dentro del Libro II («De las sucesiones»), en su título V («Disposiciones comunes a la sucesión testada e intestada»), en el Capítulo I, se aborda, en cuatro artículos —252 a 255—, lo relativo a la «capacidad sucesoria». Por ello, el párrafo cuarto —último del precepto— artículo 255 —último a su vez del capítulo—, cierra la normativa —unitariamente— que dedica la Compilación a la capacidad sucesoria: capacidad para suceder por testamento o intestadamente.

Ahora bien, el aludido párrafo, en su literalidad, dice así: «en este y en cualquier otro caso de indignidad *caducará* la acción transcurridos cinco años desde que el *indigno* de suceder se hallase en posesión de los bienes en calidad de heredero o legatario».

Frente al «no puede deducirse acción» del artículo 762 del Código civil (1889) y al «beneficio de prescripción extraordinaria» de la sentencia de 21 de mayo de 1910, antes analizada, en 1960 y con buena técnica jurídica se emplea en el párrafo cuarto del artículo 255, el término «caducará». En este sentido la «reproducción» (42) del artículo 762 del Código civil en la Compilación Catalana es, en todo caso, una reproducción depurada por el transcurso del tiempo y el buen hacer de los que, en su preparación, intervinieron.

Por otro lado, la delimitación del supuesto de hecho al que se aplica el plazo de caducidad, es tajantemente clara: «caso de indignidad». De nuevo la «reproducción», no sólo mejora la técnica legislativa, sino que media en la polémica inclinándose por una solución: la restrictiva.

Con ello, ¿se trata de una novedad, en el Derecho Catalán tomada del Código civil? Posiblemente, sobre todo, teniendo en cuenta que los plazos de caducidad y prescripción tienden a asegurar la certeza jurídica, parece que deben de ser uniformes. Aunque, a veces, no lo sean. Pero, respondiendo la distinción indignidad incapacidad, a un planteamiento romanístico, inspirando éste —en términos generales— el área catalana, siendo uno de los valedores de la distinción Roca Sastre, vocal-ponente de la comisión de juristas que redactó el proyecto que sería Ley en 1960, nada tiene de extraño que el precepto precise lo que no precisa el Código civil.

«Sería introducir una novedad que se admitiese esta prescripción de cinco años que el Derecho Romano omite; y por ello según el Usatge «omnes causae» prescribirá la acción de incapacidad a los treinta años, como la de nulidad de testamento» (43).

«Las incapacidades del Código civil prescriben a los cinco años de haber tomado posesión de la liberalidad el heredero o legatario, lo cual tiene aplicación en Cataluña respecto de las incapaci-

---

(42) CONDOMINES-FAUS, Ob. cit., pág. cit.

(43) PELLA Y FORGAS. Derecho Civil de Cataluña (exposición del derecho catalán comparado con el Código Civil Español). Tomo II. Barcelona, 1943, página 190.

dades introducidas por el Derecho común; pues las demás se rigen por el Usatge "omnes causae"» (44).

Estas autorizadas opiniones —emitidas respectivamente en 1943 y 1944— junto con la solvencia del jurista catalán, beligerante en el tema, Roca Sastre, explican y justifican las modificaciones introducidas al producirse en 1960 el aludido trasplante del artículo 762 del Código civil a la Compilación Catalana. Por otro lado, es presumible que los números dos y tres del artículo 252 de dicha Compilación estén abocados a desaparecer del Derecho civil Catalán (45).

Ahora bien —de alguna manera— subsistirá la recepción que en el número 1 del artículo 252 se hace de los artículos 752, 753 y 754 del Código civil, «con asimilación del Párroco al Notario», y la recepción que el párrafo primero del artículo 255 hace —en materia de indignidad— del artículo 756, también del Código civil.

Al margen de la anacrónica «turpitud», ¿unos mismos artículos del Código civil van a estar sometidos a un distinto régimen de prescripción o caducidad según su aplicación ocurra en Cataluña o en territorio común? Porque, la loable diferenciación del artículo 762 del código y del párrafo cuarto del artículo 255 de la Compilación no se agota en el problema que sirve de tema a esta exposición.

Es decir, la institución a favor del confesor (art. 752), ¿será en Cataluña radicalmente nula y en territorio común únicamente anulable, sujeta a impugnación, ejercitable en el plazo de cinco años?

¿Se tratará de una simple diferencia de plazo como señala Borrel y Soler, treinta años en Cataluña y cinco en territorio común? (46).

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1981 diferencia claramente el alcance del adulterio según su ubicación técnica. Si se trata de adulterio con la mujer del testador, estamos ante un supuesto de indignidad. Si se trata de adulterio con el testador de incapacidad relativa para suceder. En el primer caso la acción caducará transcurridos cinco años. En el segundo, «*al ser insubsanable* no puede estar sujeta a la caducidad prevista en el último párrafo del artículo 255».

Este razonamiento, en principio, vale igualmente para el número 1 del artículo 252, que recoge causas de incapacidad tomadas del Código civil, entre ellas la contenida en el artículo 752. De esta forma se establece un interesante contraste entre las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1910 y esta de 22 de junio de 1981. Ciertamente una se ocupa del artículo 762, dentro del

(44) BORREL Y SOLER, Antonio Derecho Civil vigente en Cataluña (2.ª edición). Tomo V. Barcelona, 1944, pág. 80.

(45) Ob. cit., pág. cit.

(46) Vid. ROCA TRÍAS. La reforma de la Compilación Catalana. Comunicación al I Congreso de Derecho Vasco. San Sebastián. Diciembre, 1982, páginas 6 y 7.

área de aplicación del Código civil, y la segunda del último párrafo del artículo 255 de la Compilación Catalana, en un problema —específico de aquel derecho— y que surge en dicho territorio. Por otro lado, la diferencia de redacción entre uno y otro precepto parece independizar la doctrina.

Pero conviene retener lo siguiente —y aquí sí que convergen, por discrepancia, la doctrina de ambas sentencias—, el artículo 752, p. e., es objeto de distinto tratamiento en el área de aplicación del Código civil y de la Compilación. En un caso, al margen de la disputa doctrinal, parece que en Cataluña la incapacidad relativa acarea la nulidad radical, «insubsanable»; por el contrario, en el área de influencia del Código civil se trataría de una simple anulabilidad, impugnabilidad, sujeta a caducidad. Esto se agrava, teniendo en cuenta, que en Cataluña la institución de heredero es necesaria y en el Código civil no. ¿Podría pensarse que a través del número 1 del artículo 252 de la Compilación, no sólo se recogiesen preceptos del Código civil, sino también el régimen que al mismo les atribuye dicho cuerpo legal: es decir el artículo 762? Parece difícil.

En cualquier caso, con esta doctrina lo que se refuerza es la distinción entre nulidad radical y anulabilidad, dentro del capítulo de la ineficacia del negocio jurídico testamentario.

## VI. ¿A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA REFORMA DE 13 DE MAYO DE 1981 HAY EN ESPAÑA HIJOS ADULTERINOS?

Dicha Ley fue publicada en el «B. O. E.» número 119, de 19 de mayo de 1981. Como la misma no dispone nada especial acerca de su entrada en vigor, hemos de entender que es de aplicación el artículo 2 del Código civil cuando establece que en estos casos, «las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado». Es decir, el 8 de junio de 1981.

El plazo no había transcurrido el día 1 de junio de 1981, sí, en cambio, el 22 de junio de 1981 y por supuesto, el 3 de diciembre de 1981. En todo caso, hace ya tiempo que está en vigor.

El 1 de junio de 1981 el Tribunal Constitucional dictó la sentencia antes analizada. Tanto por el tipo de función —no estrictamente jurisdiccional— como por la fecha, en principio poco afectaba la reforma a la cuestión de inconstitucionalidad planteada. El Tribunal Constitucional interpreta la Constitución: pero no es menos cierto que en este caso establece un juicio de compatibilidad entre la Constitución y un precepto que habla de «trato adulterino», número 2 del artículo 252 de la Compilación y de las consecuencias «adulterinas» de dicho trato, número 3 del mismo. Pero ciertamente esto no alcanza —parece ser— al Tribunal Constitucional, que se enfrenta con el precepto con otra óptica.

El 22 de junio el Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida y da el alcance previsto a los números 2 y 3 del artículo 252 de la Compilación, y el 3 de diciembre de ese año el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona (número 7) no entra en el fondo por entender que la «litis» no está bien constituida, sin que el fallo prejuzgue el fondo. Sabemos que, básicamente, el conflicto de interés coincide con la cuestión de inconstitucionalidad, resuelta por sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1981.

Por último, a partir de su entrada en vigor, la reforma coexiste con los números 2 y 3 del tan mentado artículo 252 de la Compilación Catalana, que si bien tiene su muerte «anunciada», aún está por llegar.

Ello plantea dos interesantes problemas. Primero, proceso y entrada en vigor de las leyes. Segundo, ¿la reforma de 13 de mayo de 1981 —al margen de la Constitución— no habrá privado de contenido a los números 2 y 3 del artículo 252 de la Compilación Catalana?

1. *Los artículos 14 y 39.2 de la Constitución y su relación con el 53 de la misma.*

La Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 8 de mayo de 1981 recuerda que según el número 3 del artículo 53 de la Constitución «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» y que «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen», y dado que el artículo 39, número 2, está comprendido en el aludido capítulo tercero y en la consiguiente *prohibición de aplicación directa*, es obvio que esta Sala no puede tomarlo en consideración para, al socaire de *una interpretación que sería más bien un desarrollo modificativo de una norma*, adelantarse a una precisión legislativa que la propia Constitución prohíbe, para remitirla al legislador ordinario, como en efecto éste ya lo ha hecho con el proyecto, hoy en trámite, de modificación del Código civil en la materia objeto del motivo, todo lo cual, además, obvia el problema que pudiera plantearse sobre la derogación constitucional de los preceptos del Código civil afectados y aplicados correctamente por la Sala de Instancia, cuya sentencia, por tanto, hay que mantener».

Esta sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1981 —anterior en cinco días al 13 de mayo y en once días al 19 de mayo, fechas respectivas de la Ley de reforma de la filiación y de su publicación en el «B.O.E.»— declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 11 de marzo de 1980 de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, a su vez confirmatoria de la sentencia del Juez de Primera Instancia (n. 3) de Madrid de 7 de junio de 1978.

La sentencia de instancia estima la demanda de las dos hijas legítimas —del causante testador— instituidas herederas en testamento otorgado ante notario el 14 de julio de 1948 y no mencionadas en el testamento otorgado por el fallecido —en 29 de septiembre de 1975— en el que como soltero, siendo así que no era viudo, ni separado, ni su matrimonio había sido declarado nulo, reconoce como naturales dos hijos adulterinos —según la anterior legislación, ilegítimos no naturales— e instituye a ambos herederos. En la demanda se pide la nulidad del testamento y de las inscripciones practicadas en base al mismo en el Registro Civil.

En la contestación a la demanda se pide, fundamentalmente, que se mantenga la constancia de hijos ilegítimos no naturales y el correspondiente derecho a alimentos.

En base a «la falta de necesidad de la hija menor postulante (ilegítima no natural, menor de edad, demandada a través de la representación legal de su madre), que es supuesto inexcusable y primario para la exigencia de alimentos y auxilio necesario para la subsistencia», no se admite la reconvencción. Con ello, los hijos instituidos en el segundo testamento no sólo pierden lo que a su favor se dispuso en dicho testamento, sino que incluso no se les reconoce los alimentos a que se refería el artículo 139 del Código civil en su redacción originaria.

En el recurso de casación, en su segundo motivo, se recuerda la vigencia, a partir del 26 de diciembre de 1978, del artículo 39.2 de la Constitución. Motivo que da lugar al considerando sexto de la sentencia del Tribunal Supremo, que en parte hemos transcrito.

El razonamiento de dicho considerando es tajantemente claro. Sobre todo teniendo en cuenta que en esta ocasión sólo se alegó el artículo 39.2 de la Constitución, en este punto coincidente con la contestación a la demanda a que dio lugar la cuestión de inconstitucionalidad —planteada en el momento procesal oportuno— resuelta por sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1981. En esto coinciden plenamente el recurso de casación y la cuestión de inconstitucionalidad: su limitación al artículo 39.2 de la Constitución.

No estará por ello de más recordar las alegaciones del Fiscal General del Estado en la aludida cuestión de inconstitucionalidad. En primer lugar, solicita que se dicte —por una serie de razones— no haber lugar a pronunciarse sobre la cuestión planteada. Pero para el caso de que este pedimento no sea atendido, pide que se declare la inconstitucionalidad de la norma (art. 252 Compilación Catalana, número 2 y 3). Y ello, «porque, aunque pueda sostenerse que el artículo 39.2 no es norma que genere inmediatamente derechos y obligaciones, sino sólo en la medida en que sea objeto de desarrollo legislativo en cuanto dicho artículo aplica a casos concretos el principio de igualdad que consagra el artícu-

lo 14 de la Constitución y que el artículo 1 de la misma erige en uno de los valores superiores del ordenamiento, sí tiene evidentemente eficacia derogatoria frente a las leyes anteriores que se le opongan» (47).

Efectivamente, el artículo 14 de la Constitución, se encuentra en el capítulo segundo del título I. Por ello, de ser inseparable —como concreción— el artículo 39.2 del artículo 14, este último arrastraría el razonamiento al ámbito del número primero del artículo 53, sacándolo del número tercero de dicho artículo; que es el que da pie, en su inciso último, al rotundo considerando sexto de la sentencia de 8 de mayo de 1981, tal vez explicable por el rigor formal del recurso de casación. Pero no sabemos si dicho rigorismo suple el conocimiento de los jueces, que, tal vez, ya en la Audiencia Territorial de Madrid debió producirse —11 de marzo de 1980— aunque no, claro está, en el Juzgado de Primera Instancia —7 de junio de 1978—.

De todas formas, se trata de un problema de interpretación de la Constitución, en orden al problema tantas veces aludido. Solamente hemos pretendido con ello —sin volver a insistir en cosas ya dichas— relativizar el carácter, un tanto dogmático, del considerando sexto de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1981.

En cualquier caso, todo el pleito —en todas sus instancias y recurso de casación— es anterior a la publicación de la reforma. Igualmente la sentencia del Tribunal Constitucional es —aunque posterior a la publicación de la misma— anterior a su vigencia: la publicación —como vimos— es de 19 de mayo de 1981 y la sentencia de 1 de junio del mismo año. No habían pasado los veinte días, que establece el artículo 2 del Código civil.

## 2. *La Ley de 13 de mayo de 1981 como desarrollo de preceptos constitucionales.*

Con la entrada en vigor de la reforma, ya no es preciso mantenerse en el difícil terreno de la técnica constitucional. Simplemente ha cambiado el derecho de filiación. Es otra su configuración a nivel de Código civil, son otras las normas aplicables. Una aspiración largamente sentida tiene ya una institucionalización adecuada.

El 22 de junio de 1981 —fecha de la sentencia del Tribunal Supremo que da lugar al apartado III de este trabajo —la reforma había entrado en vigor—, era derecho aplicable. Y claro está, el 3 de diciembre de 1981, fecha en la que el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia (n. 7) de Barcelona, dictó sentencia en el pleito que originó la cuestión de inconstitucionalidad.

(47) Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1981. «B. O. E.» 18 junio 1981. Suplemento al número 143, pág. 5.

Ponderando solamente la novedad legislativa —ley de 13 de mayo de 1981— y no el marco constitucional en su conjunto, ¿qué decir de este matiz que plantea semejante novedad legislativa? Caben dos posibilidades. Primera, considerarlo como un dato más que ayude a un juicio de tipo constitucional: es decir, un dato en el contexto, un argumento a mayor abundamiento. Segunda, entender que «la casación no constituye una tercera instancia» (48). Como así es. No sólo porque el artículo 39.2 por sí solo «nada dice», sino también porque en casación se verifica un juicio de pretérito: cómo aplicó en la sentencia recurrida el juez el derecho *aplicable*. Naturalmente aplicable en instancia. En ese sentido la entrada en vigor de la reforma nada añade al juicio sobre la sentencia recurrida. Probablemente así sean las cosas. Probablemente así se explica la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1981.

¿Y la sentencia de 3 de diciembre de 1981? Aquí las fechas pueden desorientar algo. Si se dictó sentencia en esa fecha es porque hubo que esperar a que el Tribunal Constitucional resolviese la cuestión de inconstitucionalidad, mediante sentencia de 1 de junio de 1981. Lo cual supone que dicha cuestión se planteó formalmente antes. ¿Cuándo? El artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es claro: «El órgano judicial *sólo* podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y *dentro* del plazo para dictar sentencia». El órgano judicial dictó auto, acordando plantear la cuestión de inconstitucionalidad, el 7 de noviembre de 1980. Es decir, de no mediar dicho auto, y estando dentro del plazo para dictar sentencia, ésta «naturalmente» por así decirlo, hubiese sido anterior al 13 de mayo de 1981. Es más, el procedimiento se hallaba concluso de acuerdo con el derecho anterior: demandada, contestación a la demanda, réplica, dúplica, prueba, etc.

Sin embargo, al resolverse la cuestión de inconstitucionalidad por sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 1 de junio de 1981, y publicada en el suplemento al número 143 del «B.O.E.» de 16 de junio de 1981, más las dilaciones propias y explicables de la organización judicial, el fallo necesariamente había de producirse dentro del nuevo marco jurídico de la filiación, consecuencia de la reforma de 13 de mayo de 1981 («B.O.E.» 19 de mayo). Qué norma debería aplicar el órgano judicial, puesto que, por así decirlo, el Tribunal Constitucional no le resolvió el problema al entender que no había lugar a pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la norma cuestionada.

Como se ve se trata de un problema de derecho transitorio.

---

(48) GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Madrid, 1967, pág. 480.

### 3. *Las disposiciones transitorias de la ley de 13 de mayo de 1981.*

Una disposición normativa que introducía un cambio de tanta entidad en una faceta de la vida social extremadamente delicada, cuidó este aspecto. La Ley contiene 11 disposiciones transitorias.

Aparentemente, hay una que ostenta una cierta primacía para regular el conflicto. La octava: «Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación».

«Prima facie» tanto la subsunción del caso en el supuesto de la previsión transitoria, como la consecuencia que ésta establece son claras. El juez deberá aplicar la legislación anterior.

Sin embargo, en las alegaciones hechas en el procedimiento que determinó con sentencia del Tribunal Constitucional de 1981, encontramos puntos de vista contrapuestos en orden a este punto.

El representante del Consejo Ejecutivo de la Generalidad, a mayor abundamiento, se hace eco de la disposición transitoria octava contenida en el entonces Proyecto de Ley de Modificación del Código civil, en tramitación —en aquel momento— ante el Senado. «Sería absurdo —señala— que si la Ley que desarrolle el artículo 39.2 no declara para sí misma retroactividad alguna, ni siquiera llevada hasta el momento de entrada en vigor de la Constitución, se atribuyera una retroactividad indefinida en el tiempo al simple "principio" que la Constitución proclama» (49).

Con lo cual, ya sea porque el artículo 39.2 se halla en el capítulo III del título I de la Constitución, y no en el capítulo I, y por tanto le alcanza la necesidad de desarrollo legislativo, proclamada en el párrafo tercero del artículo 53 de la misma, ya sea porque una vez producido dicho desarrollo legislativo y establecer éste lo que establece en su disposición octava, en ningún momento, según esto, la discusión tuvo sentido. Primero, Sentencia Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1981, y párrafo 3, artículo 53 de la Constitución. Segundo, disposición transitoria octava. Un razonamiento cerrado para que el artículo 14 de la misma sea inviable, y la disposición final derogatoria, párrafo tercero, sea prácticamente inútil.

Otro es el parecer del Fiscal General del Estado. Entiende que el Tribunal Constitucional no debe pronunciarse. Pero de hacerlo, debe declarar la inconstitucionalidad de la norma (art. 252, 2 y 3 Compilación Catalana). En concreto, expresamente, entiende que no ha de seguirse el criterio de la transitoria octava, sino que «la interpretación de los preceptos legales ha de hacerse desde la afirmación de los principios constitucionales» (50).

(49) Suplemento al número 143. «B.O.E.» 16 junio 1981, pág. 5. Por cierto, pone como ejemplo de no retroactividad la transitoria 12 del Código Civil, que aplica el nuevo sistema legitimario a los testamentos anteriores al C. C. y que según Manresa es «excepcional».

(50) Suplemento al número 143. «B.O.E.» 16 junio 1981, pág. 5.

¿Es cierto que la Ley de 13 de mayo de 1981 que desarrolla el artículo 39.2 de la Constitución, no declara para sí misma retroactividad *alguna*? La disposición transitoria primera establece que «la filiación de las personas, así como los efectos que haya de producir a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán por ella con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada».

Parece, que «alguna» retroactividad sí que se atribuye la Ley de reforma del Código civil. Con «independencia», dice la transitoria primera. Se desliga del nacimiento y de la determinación de la filiación para aplicar a toda filiación el nuevo régimen. Y no podía ser de otra forma. Una transformación institucional, que responda a un principio constitucional, es tácitamente retroactiva. Desde su entrada en vigor no hay hijos ilegítimos: no es que en el futuro no los vaya a haber, es que no existe la categoría. Es una innovación esencialmente retroactiva. En cierto sentido la transitoria primera sobra.

Aceptado esto, la objeción es «in mente» inmediata: una cosa es la filiación y otra cosa es la sucesión. Obviamente. Y también, obviamente, se desprende del análisis de las transitorias que junto a la muy clara octava, la primera explícita que el alcance retroactivo alcanza a la filiación «así como a los efectos que haya de producir». Y sólo establece un límite: su entrada en vigor, «a partir de...».

Ocurre que el alcance sucesorio de los «efectos sucesorios» de la filiación quedan matizados por la transitoria octava.

Aclarado este punto —apresuradamente expuesto en otro sentido— conviene preguntarse si el problema analizado bascula sobre los efectos sucesorios de la filiación o sobre la filiación misma y sus efectos propios.

#### 4. *La capacidad para suceder y la filiación.*

La filiación tiene una importante vertiente sucesoria. De la misma se hace eco la Ley de 13 de mayo de 1981, que no *sólo* reforma los títulos V y VII del libro primero y tercero, del libro IV, sino que también, en el artículo 4 de dicha ley, establece una nueva redacción para una serie de artículos que numera. Por ejemplo, el artículo 807, que nos dice quienes son herederos forzosos; en concreto, en su número primero, «hijos y descendientes». Pero ya sin la antigua apostilla de legítimos. Los hijos extramatrimoniales son legitimarios. La reforma se ocupa directamente de los efectos sucesorios reflejos, de la reforma de la filiación. Aquí es, por ejemplo, donde tiene estricta aplicación la transitoria octava. Para sucesiones abiertas antes de entrar en vigor la ley, sigue habiendo sucesoriamente, por así decirlo, hijos ilegítimos: sigue rigiendo la antigua redacción del artículo 807.

Pero un mismo dato puede concurrir en un único fenómeno bajo diversas ópticas. Un hijo adulterino, después de la reforma, y aún instituido en testamento sigue siendo «sucesoriamente ilegítimo», lo que no quiere decir, en modo alguno, que sea ilegítimo, porque la categoría no existe.

En la cuestión de inconstitucionalidad, en el pleito que la motivó, no nos preguntamos por la legítima —peculiar catalana— del hijo adulterino instituido. Simplemente nos preguntamos si es ilegítimo. Pues es muy sencillo: después de la reforma no. No por nada, simplemente es imposible que lo sea. Se me dirá, pero en 1975 sí, y el artículo 657 establece lo que establece y a él se refiere el artículo 758. De ello ya hablamos anteriormente. Lo que es claro, es que el 22 de junio de 1981 en España no hay hijos ilegítimos, tampoco el 3 de diciembre del mismo año y es de esperar que no vuelva a haberlos.

Y si no existe la categoría —hijo ilegítimo— tampoco una incapacidad relativa para suceder cuyo contenido no es otro que ese que ha dejado de ser. Y si no hay hijos adulterinos, es porque no hay trato adulterino, sino extramatrimonial. ¿Puede a este razonamiento aplicarse la disposición transitoria octava? Repito, un mismo dato puede concurrir en un mismo fenómeno bajo diversas ópticas. Óptica legitimaria: transitoria octava. Óptica incapacidad relativa para suceder: transitoria primera.

Al margen de las normas que el título preliminar establece para la aplicación del derecho, es claro que el juez no puede aplicar una norma inexistente, por mucho que se empeñe el artículo 758. Y es curioso advertir que no es un problema de aplicación, ni de interpretación, porque ni se aplica ni se interpreta lo inexistente. Se dirá que todo esto es una interpretación. No lo es: es el razonamiento de la inexistencia de una norma.

## VII. CONCLUSION

¿Dependía el fallo de la norma cuestionada? Sí. Pero vayamos por partes.

A) Después de la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981 y con independencia del momento del fallecimiento del testador; es decir, incluso antes del 29 de diciembre de 1978, los números 2 y 3 del artículo 252 de la Compilación Catalana no son aplicables por falta de contenido. Su subsistencia es meramente formal. El que el obstáculo —incapacidad para suceder— haya que referirlo a un momento anterior, hace esa operación de referencia imposible y contraria al orden público. No hay hijos ilegítimos con una retroactividad, que no puede dejar de ser advertida al plantearse el problema. Por un designio de presente no los ha habido nunca, aunque sucesoriamente —art. 807 p. e.— sigue habiéndolos por un criterio excepcional (transitoria octava) respecto

de lo que, en línea de principio, es regla (transitoria primera). Obsérvese de paso, cómo la transitoria octava, nada tiene que ver con la transitoria doce del Código civil, que es legitimariamente retroactiva, amparando la legítima que —en su redacción originaria— estableció el Código para los hijos naturales.

B) Antes de la reforma del Código civil y después de la promulgación de la Constitución.

El fallo depende la norma cuestionada. Ocurre que este interrogante admite una triple respuesta.

Primera: establecer su inconstitucionalidad por entender que el artículo 39.2 de la Constitución es una concreción del 14 de la misma.

Segunda: Independizar ambos preceptos y someter el 39.2 al dictado del párrafo tercero del artículo 53. Esta solución por sí misma no veda un juicio de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, aunque sí una inaplicación por parte de la jurisdicción ordinaria, que debe esperar el oportuno desarrollo legislativo. Si el Tribunal Constitucional no lo hizo, fue por las razones antes vistas que nos parece indiscutibles. Pero esta opción en cambio legitima el parecer del Tribunal Supremo en sentencia de 8 de mayo de 1981. En conjunto es esta la visión del problema que nos resulta más difícil de admitir, y que parece que prevaleció en todos los órdenes: jurisdicción constitucional y ordinaria.

Tercera: entender que el problema se mueve dentro del área del artículo 14 de la Constitución, y por tanto debe ser referida al párrafo primero del artículo 53 y a la disposición final derogatoria, párrafo tercero, de la Constitución. Esta parece ser la vía que sugiere el Tribunal Constitucional al Juez ordinario, cuando advierte que cosa distinta es una interpretación de la norma que lleve a su inaplicación. Pero conviene no olvidarlo, el Tribunal Supremo veintitún días más tarde la aplica. Tal vez porque la casación no es una tercera instancia. Pero sí, tal vez, una oportunidad. En definitiva, «es el mismo constituyente quien atribuye al Juez ordinario este poder». (51).

## VIII. ADDENDA

La Ley 153 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra establece que «pueden adquirir a título lucrativo, inter vivos o mortis causa, todas las personas, sin más prohibiciones que las siguientes:

1. Los descendientes adulterinos no podrán adquirir de sus ascendientes, siempre que éstos tengan descendencia legítima o natural reconocida (52).

(51) PERLINGIERI. Por un Derecho Civil Constitucional español. A.D.C. Tomo XXXVI, fascículo I (1983), pág. 1 y ss. En concreto, pg. 14.

(52) En las notas a la Ley 153 se dice: El número 1) recoge doctrina de

Cómo fácilmente se deduce se trata de una incapacidad relativa, de menor alcance que el número 3 del artículo 252 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña. Según el número 1 de la Ley 153, no habiendo descendientes legítimos o naturales reconocidos, el hijo adulterino es capaz de recibir a título lucrativo, mortis causa o inter vivos.

El «Diario de Navarra» de 17 de mayo de 1983, publicó el Proyecto de Amejoramiento del Fuero Nuevo de Navarra. En el preámbulo del Proyecto se señala que «para dar coherencia al conjunto del Cuerpo Foral con la reforma parcial en cuanto a filiación, patria potestad y régimen de bienes del matrimonio, la Comisión ha tenido que estudiar otras materias no menos importantes del Derecho de Familia; y, como consecuencia, ha considerado obligada la modificación de las leyes... 153... relativa a la... capacidad para adquirir a título lucrativo...».

La Modificación de la Ley 153 consiste simplemente en la supresión del número 1 de la misma, y la lógica rectificación numérica del resto del precepto.

Así mismo el proyecto establece cinco disposiciones transitorias. La segunda de ellas relativa a las sucesiones: «Las sucesiones causadas antes de entrar en vigor este Amejoramiento se regirán por la legislación anterior en vigor; y las causadas después, quedarán sometidas al presente Amejoramiento, sin perjuicio de lo que establece la disposición transitoria primera».

Acerca de la repercusión de esta transitoria, con relación al problema de la capacidad para suceder, téngase por reproducido lo dicho antes, acerca de la transitoria octava en relación con la primera, de la Ley de 13 de mayo de 1981 reformadora del Código civil.

Por lo demás, es de notar cómo este precepto recoge unitariamente, como incapacidades, tanto las que se entienden como tal en sentido estricto, como lo que en el Código civil son causas de indignidad. Así el número 3 cuando entre en vigor el Amejoramiento, ahora número 4, añade al inicio de la ley 153 antes transcrito lo siguiente: «Las personas incapaces para suceder por las causas previstas en el artículo 756 del Código civil, salvo que se pruebe que el disponente conocía la causa al tiempo de ordenar la liberalidad».

Es curioso comprobar cómo un texto legal de buena factura técnica y con una raíz romana conocida incurre, en mayor grado, en lo que Roca Sastre, refiriéndose al Código civil calificó de «mescolanza fuente de confusiones» (53). Porque el precepto —Ley 153— en ningún momento utiliza la palabra indignidad. Es decir, no es, que como en el Código civil, se utilice el término incapaci-

F. G. 4, 3, 11. Vid. Derecho Foral de Navarra. Derecho Privado (recopilación privada). Pamplona, 1971, pág. 172.

(53) ROCA SASTRE, *Anotaciones a Kipp. Derecho de Sucesiones*. V. II. Barcelona, 1951, pág. 377.

dad unas veces en sentido genérico (presumiblemente artículo 762) y otras en sentido específico (claramente artículos 752, 753 y 754) junto a la expresión incapaz por causa de indignidad (inciso inicial artículo 756); es que el término incapaz es utilizado en el número 4 de la Ley 153, junto a las tradicionales incapacidades, que se enumeran, pero no se califican tal, y todas quedan absorbidas en el término prohibiciones. «Pueden adquirir todas las personas, sin más *prohibiciones* que las siguientes».

Esta variedad de enfoque, puede deberse a la dificultad para establecer un régimen unitario acerca de la indignidad (54). Dificultad conocida entre los especialistas en Derecho Romano.

No siendo, entre ellos, la cuestión pacífica puede ser arriesgado dotar de una sistematización moderna a lo que en su raíz es un fenómeno muy atomizado. No falta sin embargo, en la romanística actual, loables intentos de lograr dicha sistematización (55).

---

(54) Así, NARDI, *I casi di indegnita nel Diritto sucesorio romano*. Milano, 1937. El propio título da una idea del planeamiento global del tema.

(55) Benito M.<sup>a</sup> REIMUNDO, *La sistematización de la indignidad para suceder según el Derecho Romano clásico*. I. Universidad de Oviedo, 1983. En el prólogo de esta obra el profesor Torrent señala, como punto importante, una ponderación de la Tesis de Nardi. Falta por conocer la II Parte de la publicación de Reimundo.



# La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares (\*)

ALBERTO MANZANARES

Doctor en Derecho

Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma

SUMARIO: I) Introducción.—II. La ruptura injustificada de las negociaciones.—III) La protección de la confianza. 1. Los módulos para apreciar la confianza. 2. Supuestos concretos de confianza.—IV El daño en la responsabilidad precontractual: el interés negativo. 1. Antecedentes históricos. 2. El concepto de interés negativo en la doctrina. 3. La crítica al concepto de interés negativo de Ihering. 4. La determinación del «quantum» en el interés negativo. 5. Los elementos que deben integrar el resarcimiento del interés negativo: a) el daño emergente. b) El lucro cesante.

## I) INTRODUCCION

Del estudio de la responsabilidad precontractual en la hipótesis de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares y del análisis del artículo 1.337 del Código civil italiano realizado a la luz de la jurisprudencia de aquel país se deduce una idea (1) que se puede expresar de la siguiente forma: si en el curso de las negociaciones preliminares una parte había hecho surgir en la otra la razonable previsión o confianza en la conclusión del contrato y posteriormente las interrumpe sin motivo justo, está obligada al resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por dicha ruptura en el límite del «interés negativo», esto es, los gastos sostenidos en previsión del contrato (2).

---

(\*) El presente trabajo constituye un capítulo de mi tesis doctoral denominada «La ruptura injustificada de las negociaciones preliminares: un supuesto de responsabilidad precontractual», leída en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

(1) La admisión de una responsabilidad en caso de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares constituye una verdadera norma jurisprudencial elaborada por los tribunales italianos a través de la interpretación y aplicación del art. 1.337 del Código civil, que establece que «las partes, en el desenvolvimiento de las negociaciones preliminares y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe».

(2) Esta afirmación es ya un lugar común en la jurisprudencia italiana. Vid a modo de ej.: Cass. 11 de diciembre de 1954, n. 4426 en Giur. compl. Cass. civ. 1954, VI, p. 489; Cass. 12 de agosto de 1963, n. 2307, en Mass. Giust. civ. 1963, p. 1083;

Por tanto, son tres los requisitos que tienen que darse para que se pueda hablar de responsabilidad a causa de la ruptura de las negociaciones preliminares:

- a) Una ruptura injustificada de las conversaciones.
- b) Que la parte que rompe las conversaciones haya creado en la otra parte una razonable confianza en la conclusión del contrato.
- c) Que a raíz de la ruptura se haya producido un daño en el patrimonio de la parte que sufre las consecuencias de aquélla.

A continuación estudiaremos cada uno de estos requisitos en particular, aunque con frecuentes referencias a los otros, pues hay que verlos en su conjunto para configurar la hipótesis de responsabilidad.

## I) LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES

Lo primero que puede llamar nuestra atención al estudiar este punto, es la contradicción que pueda existir entre «la ruptura injustificada» y el término «conversaciones preliminares», pues a simple vista parece que son expresiones que no casan bien: dicho de otra forma, si las conversaciones preliminares no vinculan, si son el terreno donde precisamente las partes discuten y negocian, ¿cómo se puede hablar de ruptura injustificada?

Evidentemente, empezar a distinguir entre ruptura justificada y ruptura injustificada, esto es, entre motivo justo o motivo injusto para interrumpir las negociaciones supone un control del ejercicio de la iniciativa que afecta directamente sin duda alguna, a la libertad contractual. Creemos que la autonomía de la voluntad y la libertad de contratar no tienen un campo ilimitado, y en una forma que pudiéramos llamar «negativa», encuentran freno, es decir: una persona sólo contratará cuando ella quiera, esto es claro, y en ese sentido la libertad es ilimitada. Pero cuando se trata de «no contratar», la libertad de cada uno encuentra el freno de la confianza y la buena fe de la parte que está enfrente.

En Derecho italiano ese control a que nos referimos se ejercita con base en el citado artículo 1.337. Y realmente la existencia de un precepto jurídico que impone la obligación de comportarse con corrección en las negociaciones preliminares limita la autonomía privada señalando modelos de comportamientos en los que inspirarse en las negociaciones. Es por ello que la doctrina no ha dejado de aclarar el papel y significado de una cláusula general como la inserta en aquella norma en un momento en que las partes no están aún vinculadas, de modo particular cuando surge el problema de determinar si la actuación del sujeto ha infringido los deberes precontractuales (3).

Cass. 26 de junio de 1964, n. 1703 en Mass. Foro it. 1964, C. 444; Cass. 17 de junio de 1974 Giur. it. n.º 1781. Vid. asimismo PRANDI, en comentarios a la Sentencia de 26 de febrero de 1971 (Giur. it. 1972, Parte prima, Sez. II, p. 382).

(3) PRANDI, *op. cit.*, pág. 383.

Por ello, la piedra de toque del problema es precisamente determinar cuándo la ruptura puede calificarse de justa o de injusta.

Problema este particularmente complejo, pues en sede de «trattative» el concepto de «justa causa» asume contornos en especial difusos, ya que no existe un vínculo que se resuelva ni precisas y tuteladas posiciones jurídicas que queden frustradas (4).

En opinión de Loi y Tessitore se trata asimismo de una cuestión difícil no sólo por cuanto se refiere a la definición del momento en que se plantea, sino por el hecho de decidir en concreto si el eventual receso puede calificarse legítimo o no, y si se debe o no proceder al resarcimiento del daño (5).

La mejor solución para resolver nuestro problema sería proceder a un estudio de los criterios que han utilizado los tribunales para resolver los casos concretos que se les han planteado, y de ese estudio extraer unas conclusiones finales. Pero esta tarea tampoco ofrece facilidades, pues de un análisis jurisprudencial (5 bis) se demuestra que no existen para los jueces criterios unívocos de decisión ni se han sentado las pautas para establecer cuáles deben ser con carácter genérico considerados como motivos justos o injustos para interrumpir las negociaciones. No ayuda mucho a clarificar el tema el hecho de que en frecuentes ocasiones el juez tenga únicamente en cuenta para decidir si hay o no responsabilidad la confianza creada en una de las partes y en otras contemple únicamente el caso del motivo injusto para romper.

A pesar de todo, los criterios de valoración para determinar si la interrupción de las «trattative» por parte de uno de los contratantes debe considerarse legítima o no, hay que elaborarlo con base a las soluciones ofrecidas por la práctica.

En este sentido, hay que empezar señalando que en alguna sentencia italiana se ha afirmado que la responsabilidad precontractual por ruptura de las conversaciones surge sólo cuando la interrupción se verifica después que uno de los sujetos hubiera iniciado aquéllas con el malicioso y preordenado intento de no llevarlas a término para causar así un daño a la otra parte (6).

Este supuesto era el que constituía el llamado «recesso intenzionale», que admitían como única hipótesis de esta responsabilidad autores como Benatti y De Cupis. Pero creemos que, en esos casos, el iniciar las conversaciones con un propósito definido de causar daño constituye ya de por sí un acto ilícito que puede ser claramente encuadrado en la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

---

(4) CARRESI, *In tema de responsabilità precontrattuale*, Temi 1965, pág. 444.

(5) LOI y TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975; pág. 40.

(5 bis) La jurisprudencia estudiada es mayoritariamente italiana, que es prácticamente la única que se ocupa de este tema.

(6) Así, por ejemplo, Cass. 5 de junio de 1952, n.º 1786, Giur. compl. Cass. civ.

(6 bis) En nuestra opinión, en esos casos, el iniciar las conversaciones con un propósito definido de causar daño constituye ya de por sí un acto ilícito que puede ser claramente encuadrado en la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

Veamos a continuación una serie de supuestos en los que la jurisprudencia italiana ha admitido la responsabilidad ex artículo 1.337 por considerar que no existía justa causa para la ruptura de las «trattative», es decir, que la ruptura era injustificada (7), aunque antes queremos señalar que, en nuestra opinión, la causa de la ruptura debe ser considerada de forma objetiva, sin que valga como tal una simple consideración del todo subjetiva de la parte que rompe, frente a la cual la otra parte aparece del todo indefensa, y ello porque es obvio que si se generalizase esta última afirmación sería prácticamente imposible hablar de ilegitimidad de la ruptura, porque le bastaría a la parte que rompe alegar en su justificación una revalorización personal de los elementos de las conversaciones, no susceptible por tanto de ningún juicio crítico de objetiva apreciabilidad (8).

Y pasemos ya a los casos concretos:

Así, la Sentencia del Tribunal de Catania de 26 de enero de 1971 recogía el siguiente supuesto: dos sociedades, la «Chaleston» y la «Gran Canyon» (esta última había sido prácticamente creada por la primera para esta operación) presentan al Ministerio de Turismo un proyecto de «Complejo Albergue Turístico Gran Canyon» para obtener una serie de facilidades crediticias, financieras y fiscales. Más adelante, ambas sociedades solicitan un préstamo, también dirigido al proyecto. Los créditos están prácticamente concedidos y éste era prácticamente el único obstáculo para la viabilidad del proyecto. En estas circunstancias, la sociedad Charleston se retira del proyecto sin motivo justificado (9).

El Tribunal declara su responsabilidad, pues afirma que ha violado el artículo 1.337 del Código civil.

En los Considerandos, el Tribunal afirmaba que no podía decirse que el contrato estuviera en los primeros tanteos ni que la «Charleston» se hubiera limitado a una adhesión al proyecto, reservándose manifestar o no su aprobación. Al contrario, según se deducía del proceso, el proyecto estaba suficientemente avanzado, ambas partes lo tenían suficientemente estudiado en cuanto a precio, inversiones, posibles beneficios, etc. Ni siquiera existía la posibilidad de un desacuerdo sobre los puntos aún a concretar.

El Tribunal, tras haber examinado puntualmente todos los aspectos de la controversia, declara que las negociaciones estaban suficientemente avanzadas, y que la estructura económica del contrato estaba claramente evidenciada por lo que la ruptura era injustificada (10).

(7) Vid., entre otras, Sentencia de 23 de julio de 1948 en Rep. Foro it. 1949, voce Obbl. e contr., n. 106; Cass. 28 de marzo de 1966, n. 825, en Div. dir. comm. 1967, II, p. 8; Cass. 17 de junio de 1974, n. 1781, en Giust. civ. 1975, I, p. 470.

(8) Compartimos en este sentido la opinión de LOI y TESSITORE, que piensan que parece más racional una noción rigurosa de justa causa que consienta una valoración objetiva.

Vid. LOI y TESSITORE, *op. cit.*, pág. 48.

(9) Giur. it., 1972, Parte prima Sez. II, pág. 382.

(10) Para un comentario amplio a la Sentencia, vid. PRANDI, loc. y sent. cit.

La Sentencia de la Corte de Apelación de Venecia de 11 de abril de 1953 plantea el siguiente caso (11):

A y B estaban en contacto porque este último iba a entrar a trabajar para A, que había alentado para ello a B con repetidas promesas e incluso había ampliado esta idea al hermano de B, y así, en una carta dirigida a éste, le decía: «y por tanto si él (el hermano) continúa con la misma idea de venir a mi hacienda en calidad de colaborador, para mí será algo muy grato».

B, que era oficial de Marina, se había decidido en estas circunstancias a solicitar la dispensa del servicio permanente que le correspondía como oficial, con la íntima convicción de que le sería reservada una ventajosa colocación en alguna de las muchas propiedades de A, que le había dado manifestaciones inequívocas de confianza que sería así.

Así las cosas, B abandona la Marina y se pone a disposición de A, del que inicialmente obtiene evasivas sobre el futuro empleo y posteriormente una negativa total.

La Sentencia declara la responsabilidad de A. (Como dato interesante hay que hacer notar que es la primera sentencia que afirma que la responsabilidad precontractual ha de tener naturaleza contractual, y no aquiliana, porque no deriva de la violación de un genérico deber de «naeminem laedere», sino de la obligación específica impuesta por la ley en la fase de los actos dirigidos a la formación del contrato).

Y afirma que A había manifestado insistentemente su intención de querer utilizar los servicios de B. Y con su actitud posterior no respetó las obligaciones que se derivan de la convivencia social por la cual se tiene el deber no sólo moral, sino también jurídico, proveniente de los artículos 1.337 y 1.175 de comportarse con «schiettezza», de manera que no se provoque inútilmente daño a un tercero fuera de los límites de la tutela del interés propio.

Por su parte, Joanna Schmidt (12), acepta para el Derecho francés la tesis de que la responsabilidad precontractual puede consistir en una ruptura injustificada. La «faute», dice, puede consistir no tanto en una conducta anterior cuando en la ruptura misma de las «trattative». De esta forma, la Corte de Rennes sanciona en su Sentencia de 8 de julio de 1929 la negativa a concluir el contrato por «puro capricho», es decir, de manera arbitraria, de mala fe y contrariamente a los usos de la equidad.

Y en este mismo sentido, la Corte de Casación francesa, en Sentencia de 20 de marzo de 1972, sanciona el hecho de haber roto sin razones legítimas, brutalmente y de forma unilateral las negociaciones avanzadas.

Los casos citados hasta aquí son sólo un botón de muestra. Pero todos ellos tienen un denominador común: de su examen se hace difícil elaborar unos criterios generales sobre lo que los tribunales en-

(11) Sentencia aparecida en Riv. dir. comm. 1954, págs. 346 y ss.

(12) JOANNA SCHMIDT, *La sanction de la faute precontractuelle*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1974, pgs. 46 y ss.

tienden por causa injustificada de ruptura (13). En pocos casos el motivo de la ruptura se presenta nítidamente. Mucho más frecuentemente encontramos que no hay en realidad un motivo específico: es tan sólo que a una de las partes no le interesa la conclusión del contrato.

Se puede observar también cómo para determinar la responsabilidad no se realiza tanto un juicio de valor sobre si el motivo por el que la parte se aleja o rompe las negociaciones es justo o injusto, sino que más bien se examina cuidadosamente el desarrollo de aquéllas y se da más importancia a otro factor, que a nuestro juicio, como veremos más adelante, es el decisivo a la hora de determinar si hay o no una ruptura injustificada de las negociaciones: nos referimos a la confianza que se pueda haber suscitado en la parte que sufre las consecuencias de la ruptura.

En definitiva, pensamos que la jurisprudencia no es excesivamente clarificadora a la hora de definir lo que constituye un «injusto motivo», sino que muchas veces las sentencias se reducen a consideraciones acerca de las «trattative» y afirmaciones del tipo de «quien suspende o interrumpe injustamente las «trattative» después de haber hecho surgir en la otra parte la razonable confianza en la construcción del contrato, está obligado a resarcir los gastos realizados en previsión de llegar a un acuerdo y las pérdidas sufridas por otras ocasiones despreciadas» (14).

Fijemos ahora nuestra atención en aquellas decisiones de la jurisprudencia italiana que, en los casos en los que se les ha planteado la posibilidad de una responsabilidad precontractual por ruptura de los tratos, han contestado en sentido negativo.

La Sentencia de la Corte de Casación de 28 de marzo de 1966 planteaba el siguiente supuesto: en una fecha determinada A y B habían concertado un contrato de compraventa en documento privado, con una cláusula en las que las partes se comprometían a elevarlo a

(13) Frecuentemente la jurisprudencia acude a expedientes más generales para determinar la responsabilidad: así, por ejemplo, en la Sentencia de 28 de enero de 1972 de la Corte de Casación (Giur. it. 1972, I, 1316) se planteaba el siguiente supuesto de hecho: la sociedad A había iniciado conversaciones con la sociedad B para la cesión de los derechos de autor, sobre un cierto personaje, que esta última poseía. Se había llegado incluso a fijar un día para la firma del contrato: pero B había rechazado después totalmente firmar el contrato.

B alegaría más tarde que ese contrato, para su efectividad, estaba subordinado a otro contrato de coproducción cuyas conversaciones no se habían iniciado aún. Dicho argumento había sido acogido en la apelación.

Por contra, el Tribunal de Casación decide que en apelación no se habrían debido estudiar las cláusulas del segundo contrato para llegar a la conclusión de que el primer contrato por sí sólo no habría podido hacer conseguir a la sociedad A la utilidad de que se proponía (realización del film) en cuanto dependía de otros factores, por lo que no podía tener aún ninguna confianza, sino que más simplemente, habría debido descender al examen de la seriedad de los intentos que habría puesto la sociedad B en emprender las negociaciones, de la buena fe en continuarla y de la justificación de los motivos por los que lo habría interrumpido bruscamente.

(14) Así, por ejemplo, Sentencia de Casación de 7 de mayo de 1952, n.º 1279, Foro it. 1952 I, 1639; S. C. 28 de marzo de 1955, n.º 923, Foro it. 1955 I, c. 812.

escritura pública, con la misma redacción que el documento privado salvo el caso de modificaciones consensualmente aceptadas.

Antes de elevar el contrato de escritura, B había solicitado de A ciertas aclaraciones respecto a una cláusula ambigua y A se había negado a dar tales explicaciones. B rehúsa formalizar el contrato y A exige responsabilidad. La Corte rechaza la petición de A, y establece que las exigencias de claridad y de una representación documental completa implican que la ambigüedad de las declaraciones, no aclarada a petición del destinatario, en la fase de conclusión de un contrato, puede constituir justa causa de ruptura para dicho destinatario, y por tanto, puede ser justa causa de responsabilidad en el sentido del artículo 1.337 del Código civil para el declarante voluntariamente ambiguo.

Concluido un contrato con el pacto de elevarlo a forma solemne, la obligación jurídica de exigencia de claridad y de «completezza» de las declaraciones negociales deriva ya sea de la fuerza del contrato, ya sea del principio de buena fe en la interpretación del mismo. Las partes, por tanto, no sólo están obligadas a la reproducción literal del contrato originario, sino que tienen la obligación jurídica de prestarse a las aclaraciones que puedan esclarecer el contenido de la declaración (15).

La Sentencia que acabamos de reflejar es importante en cuanto concreta alguna de las obligaciones que pueden derivarse de la exigencia de buena fe en las negociaciones preliminares establecidas en el artículo 1.337. La exigencia de reconocibilidad de las declaraciones contractuales determina de hecho no sólo la obligación de hablar claramente (16), sino también una verdadera y legítima pretensión de la otra parte a ser destinataria de una declaración inteligible sin incertidumbre, esto es, la obligación derivada del artículo 1.337.

En otros supuestos se ha declarado justa la ruptura cuando insistiendo cada una de las partes en sus propias exigencias, pueda razonablemente considerarse inútil la prosecución de las conversaciones (17).

---

(15) Cass. civ 28 de marzo de 1966, Giur. comp. Cass. civ. 1966.

Sin embargo, sí habría ruptura injustificada, en nuestra opinión, en el supuesto en que una persona, después de haber alcanzado con la otra parte un completo acuerdo verbal para la estipulación de un contrato para el que se requiere por ley la forma escrita, rehúsa formalizar la documentación sin alegar ninguna razón para justificar la ruptura, sino actuando en atención a un principio general de libertad.

Este ejemplo es planteado por OSTI, voce «contratto», *Novissimo Digesto italiano*, IV, Torino 1959, págs. 113 y ss., y por DíEZ-PICAZO en nuestro derecho: vid. *Fundamentos de Derecho Patrimonial*, I, págs. 188-192.

Por contra, la Sentencia de la Corte de Casación de 18 de mayo de 1971 (Giur. it. 1973, I, n. 1499 c. 1486) decidió un supuesto en el que se había considerado justificada la ruptura por el cambio sobrevenido de las condiciones del mercado (aumento de precio de los inmuebles) verificado en el largo intervalo de tiempo transcurrido entre el acuerdo informal alcanzado y la definitiva estipulación del contrato.

(16) Ver para este punto MESSINEO, *Contratto*, Milano 1961, pág. 108; CA RRESI, *Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo de formazione del contratto*, Riv. Trim. dir. e proc. civ., 1949, págs. 828.

(17) Cassazione 5 de julio de 1952, n.º 1599, Giur. compl. Cass. cit., 1952,

De la misma forma, se ha considerado que existía justa causa para la ruptura en el siguiente supuesto: A entra en negociaciones con B para alquilar un local propiedad de este último, que se muestra dispuesto a concluir el contrato una vez realizados ciertos trabajos de adaptación en el local. Llevados éstos a cabo, A rompe las negociaciones, alegando haber caído enfermo, por lo que no podrá realizar la actividad proyectada.

Se piensa en este caso que hay motivo justificado y que por tanto no hay lugar al resarcimiento del daño que estaría constituido por los gastos realizados en las modificaciones del local (18).

En este sentido, Carresi plantea el problema de cuando una parte, durante las negociaciones, ha obtenido una mejor oferta de un tercero: se piensa en el caso de un anticuario que (fuera de la hipótesis de oferta irrevocable) había ofrecido en venta a un cliente un cuadro o un mueble y además se lo había dejado en depósito a fin de que pudiera examinarlo con mayor atención, mostrarlo a un experto para tener su opinión..., y antes de que el cliente le hubiera comunicado su decisión otro cliente le ofrece adquirir el mismo objeto en condiciones más ventajosas.

En nuestra opinión, dice Carresi, el anticuario será libre de aceptar la nueva oferta, rompiendo así las anteriores negociaciones.

Y ello porque no se podría, en nombre de la equidad, imponer la renuncia a concluir un negocio seguro en condiciones más ventajosas por correr el riesgo de no celebrar ninguno. Ahora bien, si el nuevo cliente no exige una respuesta inmediata, el anticuario deberá antes de aceptar la oferta comunicárselo a la otra parte a fin de que esté en condiciones de decir si quiere o no celebrar el negocio (19).

*La interpretación tradicional de los motivos justos o injustos de ruptura de las conversaciones preliminares*

La normativa del Código italiano no contiene unas reglas que puedan guiar al juez a la hora de decidir cuándo un motivo es justo o injusto para romper las negociaciones preliminares avanzadas. El único apoyo con que contamos es la existencia de una cláusula general de buena fe en el período de formación del contrato, como la que se deduce del artículo 1.337.

Refiriéndose a esta cláusula general comenta Prandi (20) que el estudio de las normas que puntualizan el artículo 1.337 es interesante y demuestra que en cada uno de esos casos la responsabilidad derivada de la violación de deberes precontractuales es variable, en función del tipo de relación de que se trate, y se diría que el legislador

vol. II. La sentencia, no obstante, subordina la licitud de la ruptura al hecho de que la insistencia de cada una de las partes en sus propias exigencias sea «razonable».

(18) Appello Firenze 29 de marzo de 1950, en *Giur. tosc.* 1950, pág. 104. Ejemplo citado por MARIO BESSONE, *Rapporti precontrattuali e doveri di correttezza*. Rivista de diritto e procedura civile, 1972, pág. 1020.

(19) CARRESI, *In tema de...*, cit., pág. 448.

(20) PRANDI, *Comentarios a Sentencia Tribunal de Catania*, cit.

ha impuesto tantos tipos de comportamiento cuantas formas de responsabilidad precontractual.

Así, en la hipótesis de ruptura del artículo 1.337 un criterio idóneo para verificar la ilegitimidad de la ruptura es ver si las actitudes, declaraciones o silencios han suscitado en la otra parte una razonable confianza en la conclusión del contrato.

Hemos de advertir respecto a esta última opinión de Prandi que, en efecto, es cierto que hay que estudiar si ha existido esa razonable confianza, pero que entonces desplazamos el problema hacia algo anterior, y en definitiva calificaríamos entonces la ruptura de legítima o ilegítima en función de que existiera o no una razonable confianza en la conclusión del contrato, y no en que hubiera o no un justo motivo de ruptura.

El problema verdadero estriba en que partiendo de una cláusula general de buena fe, el juez, sin ningún otro apoyo puesto que la ley no se lo proporciona y la jurisprudencia ha establecido sólo sanciones a los casos concretos, pero no criterios generales—, debe calificar de justo o injusto un motivo de ruptura, para lo que tiene que entrar a valorar razones y actitudes, lo que no deja de parecer algo ciertamente subjetivo o lo que es peor, arbitrario. La utilización de la cláusula general de la buena fe y de nociones como «correttezza», dice Prandi, hacen temer una excesiva intervención del juez en un terreno como el de las «trattative», lo que hace que preocupen su legitimidad y oportunidad.

De esta manera, se podría incluso decir que se está legitimando la existencia de técnicas de control informadas por criterios de juicio expuestos a todos los inconvenientes de una exploración de orden psicológico (o no adecuadamente racionalizada) que abre una amplia brecha al arbitrio del juez, perjudicando en grave medida la seguridad del tráfico (21).

Por ello y a la luz del estudio de los supuestos prácticos, se está en situación de afirmar que directrices, que en teoría pueden resultar persuasivas, resultan en realidad instrumentos de decisión escasamente operativos, que se agotan en índices de apreciación demasiados indeterminados.

De forma particular, dice Bessone, «es peligrosamente indeterminado y escasamente operativo el criterio de selección de intereses resumido en la fórmula de «justa causa» de la ruptura. De hecho, en cualquier caso de la práctica, una argumentación dirigida a valorar la «causa» de la ruptura acaba por resolverse en una tentativa de inspeccionar los motivos de la ruptura de las conversaciones que conducen a un análisis del procedimiento de formación de la decisión de romper, inevitablemente expuesta a los inconvenientes de todo orden sobre la psicología de los operadores. Y también, una vez aislada la razón de la ruptura, persisten graves dificultades de juicio, porque falta por ver cuáles puedan ser los criterios en función de los cuales

---

(21) BESSONE, *op. cit.*, 972.

establecer si la «causa» de la ruptura de las negociaciones es «justa» o no es tal (22).

Tras lo expuesto, parece que habría que coincidir con Bennatti (contrario a la existencia de una responsabilidad en sede de «trattative» por ruptura injustificada) en que «no se ve qué criterio subjetivo podría ser adoptado a la hora de decir cuando un motivo sea justo o injusto» (22 bis).

Sin embargo, creemos que no es ese el enfoque adecuado: el hecho de que haya dificultades en establecer por qué criterios hemos de guiarnos a la hora de decidir si hay un motivo justo o injusto de ruptura no debe significar que renunciemos a establecer esa responsabilidad (23), sino que por el contrario debe estimularnos a seguir la busca de directrices adecuadas. Prandi se muestra consciente de la insuficiencia de las soluciones tradicionales en este tema y piensa que el problema de la ruptura consiste, por tanto, en individuar el exacto tipo de juicio que debe hacerse para verificar si una ruptura es unilateral e injusta: esto es, en la hipótesis de que una de las partes rompa los tratos y la otra haya realizado una serie de gastos, se trata de establecer si los costes soportados deben ser resarcidos por parte de quien rompe los tratos, y había creado la apariencia tal de hacer posible la conclusión del contrato (24).

El problema que se tiene de frente no es por tanto calificar de justa o injusta la ruptura de las conversaciones, sino determinar si los daños por el causador deben ser soportados por uno u otro de los contratantes: en definitiva, tutelar el interés más merecedor de protección, y es claro que más allá de una sanción del comportamiento incorrecto está una distribución de los costes que las conversaciones han suscitado.

Se ha aportado, entonces, una nueva idea que puede resultar esclarecedora en este punto: no es que el juez tenga que ponerse a hacer indagaciones de orden psicológico para averiguar el motivo de la ruptura y calificarlo de justo o de injusto, sino que hay que tener en cuenta todo el desarrollo de las conversaciones para determinar qué interés de entre los que están en juego ha de ser protegido y sobre cuál debe recaer las consecuencias de la ruptura.

En nuestra opinión, lo que significa esto es abandonar los criterios subjetivos de valoración del motivo de ruptura para abordar el problema desde una perspectiva más «objetiva». En este sentido, me-

---

(22) BESSONE, *op. cit.*, pág. 1021. En el mismo sentido de la poca utilidad de los criterios tradicionales para resolver este tema se manifiestan también LÖR y TESSITORE, *op. cit.*, 48.

(22 bis) BENATTI, FRANCESCO, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, pág. 48.

(23) Así, se ha dicho que una política del derecho que garantice un indiscriminado poder de ruptura de las «trattative» acabaría por favorecer a los que actúan en el mercado de forma desleal o poco racional confiando en poder cargar a la otra parte con las consecuencias de errores tales que conduzcan a unas negociaciones que parezca después oportuno romper.

(24) PRANDI, *op. cit.*, pág. 385.

rece ser destacada la opinión de Bessone, que apunta precisamente a la «progresiva objetivación» de los índices de valoración de la conducta de la parte que rompe las negociaciones, y señala cómo se van dejando de lado las argumentaciones en término de «motivo». De esta manera la clara referencia del artículo 1.337 del Código italiano a la buena fe, que hemos visto anteriormente se debe entender en sentido buena fe, que se debe entender en sentido objetivo, sugieren a la jurisprudencia italiana el recurso al modelo de un «normal operador» (25).

Bessone considera además que esta corriente objetivadora se extiende por los derechos europeos y así funciona la aplicación del parágrafo 242 del BGB o el corriente reenvío de la doctrina francesa a los usos de comercio, o un «arrêt de principe» del Tribunal Federal suizo, según el cual las conversaciones preliminares crean obligaciones de diligencia que obligan al juez a valoraciones de índole rigurosamente objetiva (26).

Así, concluye este autor, una vez evitados los inconvenientes de buscar los motivos de la ruptura, el recurso al modelo del operador «serio y leal» deja de constituir una operación peligrosamente imaginativa y se concreta en la existencia de un sistema de índices de apreciación «tanto articolati quanto sono diversi i processi di contrattazione (e tipi di affare) prospettati dall'esperienza» (27).

Después de haber realizado el examen de la doctrina y jurisprudencia italianas, que constituyen las dos fuentes más avanzadas en este tema, es necesaria una toma de decisión frente al problema.

---

(25) Así, BESSONE cita, pág. 1024, *op. cit.*, distintas sentencias en las que se habla de un modelo «según el cual valorar si el comportamiento en sí considerado resulta o no contrario a la obligación general de buena fe»; de forma similar «no es necesario indagar un particular comportamiento subjetivo de mala fe de quien rompe, siendo suficiente con que el comportamiento está objetivamente en contraste con el deber general de corrección»; también se ha hablado de «comportamiento de la persona media, consciente de su propia responsabilidad en el seno de la colectividad», etc....

En el mismo sentido, entre muchas, Cass. 24 de marzo de 1958, n. 985 cit.; Cass. 28 de marzo de 1955, n. 923; Cass. 17 de diciembre de 1953, n. 3741, Cass. 5 de septiembre de 1952, n. 2843.

(26) Se trata de la decisión del Tribunal Federal de 6 de junio de 1951 en la causa Meyer contra Ciudad de Neuchâtel, en la que se decía: «Siguiendo a la doctrina alemana y a la jurisprudencia del Tribunal del Imperio Alemán, que han adoptado y desarrollado las ideas expresadas por Ihering, la práctica de los tribunales suizos ha reconocido también la responsabilidad derivada de la culpa «in contrahendo».

Según los principios comunmente admitidos hoy en Alemania y en Suiza, las negociaciones preliminares crean entre las partes, ya antes de la conclusión contrato, una relación jurídica que da nacimiento a ciertas obligaciones de diligencia. La responsabilidad por la actitud adoptada en las negociaciones se aplica no solamente cuando dichas negociaciones han llevado a la conclusión de un contrato, o de un contrato nulo, sino también en los casos en que las partes no han llegado a concluirlo». S. J. 1951, págs. 481 y ss. Sentencia cit. por PATRY, *La formation du contrat et la protection de la confiance en droit privé suisse*, Berne, 1953.

(27) LOT y TESSITORE se muestran también de acuerdo en enfocar el problema desde posiciones objetivas, y así, dicen que «parece por tanto más racional una noción rigurosa de justa causa que consienta una valoración objetiva y que sea apreciada de forma general y no solamente por la contraparte», *op. cit.*, pág. 48.

Compartimos las autorizadas opiniones anteriormente expresadas en el sentido de que se revela insuficiente un examen psicológico de los motivos existentes para romper las conversaciones preliminares y creemos también que se debe operar con unos cánones más objetivos para ver cuándo el comportamiento de la persona que rompe es contrario a la buena fe. Pero en nuestra opinión la piedra de toque para aclarar el tema del «justo o injusto motivo» es el de la protección de la confianza.

En efecto, recordemos que la idea base aquí desarrollada consiste en que «la ruptura injustificada de las conversaciones preliminares, cuando la otra parte mantenga una razonable confianza en la conclusión del contrato, puede ser fuente de responsabilidad originando la reparación de los daños causados». De ahí que, como ya hemos dicho, sea necesario que se dé una ruptura injustificada de los tratos y una razonable confianza en la conclusión del contrato para que pueda existir responsabilidad.

Y para nosotros el primer requisito depende del segundo. Esto es así porque, para que podamos hablar de una responsabilidad (aquí y en cualquier caso) es necesario que se haya causado un daño. En nuestro supuesto el daño estaría constituido en principio por los gastos ocasionados a la parte que confiaba en la conclusión del negocio. Pero si ocurre que nada más empezar las «trattative», una de las partes, por su cuenta y riesgo, comienza a realizar gastos, ya sea para atraer a la otra parte al contrato, ya sean los gastos que se han denominado como «riesgo de especulación», estos gastos no podrán ser considerados como daño a los efectos de responsabilidad, ya que para ello es necesario que dichos gastos se hayan realizado en atención a la confianza depositada por una de las partes en la conclusión del contrato (movida a ello por una conducta inequívoca de la otra parte, o porque haya sido inducida a realizarlos. p. ej.).

Y en estrecha relación con esto, se puede decir que cuando no se ha dado, producido o provocado esa confianza, cualquier ruptura es válida, puesto que por hipótesis, no puede haber daño. Así, imaginemos que A y B entablan negociaciones para la celebración del contrato: se tantea, se discute, no haya nada que pueda predecir que el contrato se llevará a cabo: todo está en el aire.

Y al poco tiempo A decide apartarse de las negociaciones. Aquí no puede haber lugar a responsabilidad: sencillamente porque B no puede objetivamente confiar en la conclusión del contrato, pues no existe nada que se lo indique así. En este momento, la libertad de A para contratar o no, para continuar las negociaciones o romperlas es absoluta: no tiene límite alguno.

Llegamos entonces a la conclusión de que mientras no haya confianza, no se podrá hablar de motivo injustificado de ruptura. En el ejemplo que citábamos, A podrá retirarse de las conversaciones por puro capricho, arbitraria, injustamente, pero no habrá responsabilidad.

Con lo cual la determinación de si existe o no justo motivo para romper las negociaciones viene dada por una averiguación anterior:

si existe o no una razonable confianza en la conclusión del contrato. Esta confianza, a nuestro modo de ver, ha de apreciarse de una forma objetiva: esto es, no es que una parte piense que el contrato se va a celebrar, sino que de las conversaciones preliminares deben deducirse signos claros de que el contrato se iba a celebrar: dicho de otra forma, cualquier persona media y normal, en las mismas circunstancias habría confiado igualmente en que el contrato se celebraría.

Lo que ocurre entonces es que, al producirse esa confianza —y a pesar de que las conversaciones preliminares son por excelencia un terreno de discusión en el que las partes no se encuentran vinculadas— la parte que ostenta dicha confianza tiene un interés que hay que calificar de jurídicamente protegible.

Y cuando se produce la ruptura, se produce un conflicto de intereses entre la parte que rompe las negociaciones y la parte que movida por la confianza ha realizado unos gastos.

De esta forma, y como razonaremos inmediatamente, cuando en las conversaciones preliminares, una de las partes haya suscitado con su actuación la confianza de la otra parte en la conclusión del contrato, el mero arbitrio en la ruptura, por ejemplo, sin otro motivo, determinará responsabilidad, pues en este caso la protección de la confianza aparece como más protegible que la mera arbitrariedad.

Y una vez que se ha engendrado la confianza, para que la ruptura no dé lugar a responsabilidad, es necesario que la ruptura sea justificada, entendiéndolo el término justificado en el sentido de interés jurídicamente más tutelable que el de la confianza, esto es una exigencia que en cuanto objetivamente apreciable, sea legítimamente prevalente sobre los intereses de la contraparte (27 bis).

## II) LA PROTECCION DE LA CONFIANZA

Hoy en día se puede afirmar casi sin temor a equivocarse que en todas las legislaciones, al tratar de la responsabilidad precontractual (y no sólo en términos de ruptura de las negociaciones) se puede encontrar un punto en común: una obligación de comportamiento conforme a la buena fe, concebida casi en los mismos términos del deber de «correttezza» del artículo 1.337 Código civil italiano. Se habla de esta forma de «deberes generales que imponen las reglas de buena fe

---

(27 bis) Así, constituye en nuestra opinión, causa justa de ruptura de las negociaciones, aunque una de las partes tenga una fundada confianza en la conclusión del contrato, el hecho de que se reciba una oferta más favorable de un tercero (quedando bien entendido que se debe notificar dicha oferta a la contraparte en las negociaciones), pues se debe entender como interés jurídicamente prevalente el de la realización de negocios jurídicos ventajosos.

Como también pensamos que debe ser justa causa de ruptura una alteración sobrevenida de las condiciones que sirvieron de base a las negociaciones, pues lo contrario sería afirmar que hay que realizar negocios gravosos.

en todo lo que respecta al desarrollo de las conversaciones preliminares» (28).

Aunque sólo el Código civil italiano contenga una formulación clara de esta idea en los citados artículos 1.337 y 1.338, la experiencia del gran número de ordenamientos desprovistos de una norma general acaba por concretarse en un repetido esfuerzo en considerar las normas concretas reguladoras de supuestos de este tipo como expresiones de una regla no escrita, que los agrupa y consiente su extensión a las «fattispecie» no codificadas (29).

De esta forma, en la experiencia alemana la evolución de la doctrina y la jurisprudencia ha podido encontrar una norma amplia que permita soslayar los inconvenientes del reenvío a una hipotética intención de los redactores del código, y así la cláusula de la buena fe del párrafo 242 BGB se ha entendido por algunos autores como un principio general de buena fe que sería aplicable también a la relación precontractual (30).

En definitiva, parece clara la existencia de un deber de buena fe que recae sobre las partes en el período de formación del contrato.

Pero se ha repetido también frecuentemente que las negociaciones no vinculan, que son fase de discusión y aproximación, y que en ellas las partes son libres de retirarse en cualquier momento, pues para ello son negociaciones y no contrato definitivo. En este estado, se ha dicho (31) que los deberes precontractuales no crean entre las partes una verdadera situación de obligación recíproca, por lo que parecería más razonable pensar que dichos deberes agotan su contenido en un simple límite negativo que incide sobre el poder de autonomía negocial reconocido a una y otra parte, prohibiéndolas actuaciones que determinen un daño

(28) PIOTET, Paul *Culpa in contrahendo*, en *Droit privé suisse*. Berna 1956, pág. 249.

En este sentido, el artículo 227 del Código portugués de 1966 recoge la «culpa en la formación de los contratos: 1.º) Quien negocia con otro para la formación de un contrato, debe tanto en los preliminares como en su formación, proceder de acuerdo con las reglas de la buena fe, bajo pena de responder por los daños que culposamente causó a la otra parte».

E imponen la obligación resarcir el daño causado por quien ha causado de forma culpable la invalidez del contrato, los párrafos 122, 179, 307 y 309 del BGB, los artículos 26-1.º y 39-1.º del Código suizo de las Obligaciones, el artículo 198 del Código griego de 15 de marzo de 1940 y el artículo 45 del Código checoslovaco de 25 de octubre de 1950.

(29) Así, en Derecho suizo, se toman los artículos 411-2.º Código civil y 29-2.º, 39-2.º, 248 del Código de Obligaciones, como textos a partir de los cuales se puede hablar de una culpa «in contrahendo» o responsabilidad precontractual.

PIOTET, siguiendo a HILDEBRANT, afirma en esta línea que la obligación de declaración es el deber precontractual esencial. Dentro de dicha obligación genérica estarán la obligación de verdad (abstenerse de todo aquello que pueda hacer creer a la otra parte que la situación es diferente a cómo es realmente) y la obligación de información. (Ver autor y obra cit., pág. 121).

(30) Para una amplia reseña de bibliografía y jurisprudencia alemana, vid. MARIO BESSONE, *Rapporti precontrattuali*, cit., pág. 1010.

(31) BIGLIAZZI GERI, pág. 248. *Contributto alla teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano 1967.

a la contraparte, y siendo así más bien una aplicación concreta del principio general del artículo 1.902

El tema es distinto, sin embargo, cuando el comportamiento de una parte en las negociaciones haya sido tal que haya podido crear en la otra parte una «razonable confianza» en la conclusión del contrato. Porque una vez creada esa confianza la libertad de las partes para romper en cualquier momento las negociaciones queda subordinada al requisito de que exista una «justa causa», pues de otra forma se produciría un daño a la contraparte que hay que calificar como injusto.

Faggella se enfrentaba al tema de la confianza en las negociaciones preliminares de la siguiente forma (32): la elaboración de un proyecto de contrato constituye un trabajo de medio a fin y en el presupuesto por las partes de no asumir obligación alguna, sino cuando su voluntad se encuentra en un punto determinado, momento constitutivo del «vinculum iuris». Así, pues, mientras que la actividad de un contratante se realiza sin ninguna confianza en la actividad del otro, la ruptura aparece como un arte legítimo del poder de la propia voluntad. Pero puede intervenir un hecho que dé un carácter distinto a las negociaciones: éste puede consistir en una autorización tácita a tratar dada por una parte a la otra. Esta autorización genera la razonable confianza de que la otra parte continuará en las negociaciones hasta que intervenga un acuerdo o hasta que por el intercambio de ideas sobre los puntos del contrato y por el resultado del examen y del proyecto, el acuerdo no sea posible. La pura y simple ruptura sin que las conversaciones hayan tenido su desenvolvimiento y su final positivo o negativo, comporta la violación del citado tácito acuerdo precontractual y tal violación hace arbitraria e intempestiva la ruptura misma (32 bis)». Para este autor, la razón por la que se debe resarcir el daño en el supuesto estudiado es la violación de ese acuerdo tácito interpartes (que para nosotros es una ficción) y no una lección de confianza. Tampoco explica cómo se crea o forma dicha confianza, ni qué parámetros hay que adoptar para detectarla.

Nosotros creemos que para tratar de aclarar el tema de la confianza que debe ser protegida en los casos de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares se puede acudir a la idea del conflicto de intereses.

En efecto, cuando hablamos de «razonable confianza» en la conclusión de un negocio, estamos poniendo en evidencia la relevancia de un particular interés que, en vista de tal conclusión, ha surgido en una

---

(32) GABRIELLE FAGGELLA, magistrado italiano, fue el primer autor que realizó un estudio en profundidad sobre la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de los tratos preliminares en su trabajo *Dei periodi contrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, en «Studi Giuridici in onore di Carlo Fadda», Nápoles, 1906, vol. III, págs. 271 y ss.: Del mismo autor ver también *Fondamento giuridico della responsabilità in tema de trattative contrattuali*, en «Archivio giuridico», 1909, pág. 128, y *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma, 1918.

(32 bis) FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali...*, cit., págs. 721 y ss.

de las partes como consecuencia del comportamiento de la otra (33).

Tenemos, de un lado, el interés de una parte en mantener intacta su libertad de contratar y en decidir cuándo le conviene o no retirarse de las negociaciones. Y de otro, un interés contrapuesto: el de la parte que ha confiado en que el contrato se celebraría y (que por ello ha realizado una serie de gastos) sufre un daño cuando se rompen las negociaciones.

El tema del conflicto de intereses lo plantea Bigliuzzi Geri, a nuestro juicio correctamente, cuando afirma que «se puede, de hecho, decir que cuando uno de los sujetos había llevado las «trattative» al punto que nos hemos referido, no puede dejar de tener en cuenta, en cuanto a su determinación de concluir o no las negociaciones, el interés positivo (en la estipulación del contrato) suscitado en el otro sujeto. De esta forma, tal interés se presentará como un límite preciso (extremo), superable (legítimamente) sobre la base de una exigencia (léase justa causa) objetivamente prevalente (34)».

Así, lo que en un principio era un «poder» (de ruptura) puramente arbitrario, que encontraba un límite meramente negativo y genérico en la necesidad de evitar cualquier lesión en la esfera jurídica de la otra parte, se convierte ahora, como consecuencia de la regla de la buena fe, en un poder que no es ya discrecional, sino que está sometido a la exigencia de la satisfacción del interés de la contraparte en la conclusión del contrato.

De esta manera hemos intentado demostrar lo que ocurre en el período de conversaciones preliminares hasta llegar a hablar de una «ruptura injustificada» en función de una «razonable confianza». Pero no hemos explicado por qué en ese conflicto de intereses entre la parte que pretende la ruptura de las negociaciones y la que confiaba en la celebración del contrato, debe esta última ser la protegida.

Para ello vamos a hacer referencia a un tema en el que también tiene su importancia el principio de la confianza. Nos referimos al ya clásico tema de la divergencia entre la voluntad interna y la declaración de voluntad y su respectivo valor.

Sin entrar a fondo en el tema, que será tratado al estudiar el con-

(33) Es por tanto necesario precisar cuál sea esa relevancia: hay que excluir ciertamente que aquélla valga para imponer a la parte que ha provocado dicha «confianza» una obligación de contratar, pues efectivamente, el contrato es siempre tutelado como un cauce de realización de intereses, en cuanto es una obra libre y espontánea de sus autores. Por consiguiente, en línea de principio, nadie debe quedar vinculado u obligado por un contrato si su voluntad no se ha formado libre y espontáneamente.

Ver en este sentido DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, cit. pág. 109.

(34) BIGLIAZZI GERI, *Contributo a una teoria del interesse legittimo nel diritto privato*, Milano 1967 págs. 246 y ss.

En este sentido es evidente que el artículo 1.337 entra en el cuadro de las normas limitativas de la autonomía privada. De la misma opinión es PRANDI, que piensa que realmente la existencia de un precepto jurídico que impone comportarse con corrección limita la autonomía privada, señalando modelos de comportamiento en los que inspirarse en las «trattative».

Vid. PRANDI, comentarios a la Sentencia cit.

cepto de «interés negativo», sí interesa señalar que el problema se plantea cuando, en presencia de una declaración de voluntad destinada a producir efectos jurídicos, existe una divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada: entre lo realmente querido y lo realmente declarado. Esta divergencia plantea un conflicto de intereses entre el que declara de manera involuntaria y el destinatario de la declaración, pues mientras aquél intentará que prevalezca su voluntad interna, éste sostendrá el valor de la declaración en la que ha confiado. Se trata, en definitiva, de la confrontación entre el sistema de la voluntad y el de la declaración (35).

El sistema de la voluntad aparece como la consecuencia fundamental del principio de autonomía de la voluntad: ésta es lo único importante y lo único eficaz para que llegue a existir el contrato. La declaración no es sino el medio de hacer valer la voluntad creadora del derecho. Sólo ésta debe ser tomada en consideración: la declaración tiene únicamente un valor instrumental. De esta suerte, en los casos de divergencia entre voluntad y declaración hay una «declaración sin voluntad» y por consiguiente un contrato inválido.

Por contra, según la teoría de la declaración, el destinatario de aquélla debe poder *confiar* en la eficacia y validez de tal declaración sin tener que investigar si corresponde o no a la voluntad real. Por ello, la declaración de voluntad despliega siempre sus efectos en el sentido que objetivamente tiene, importando poco la voluntad real del declarante y el sentido comprendido de hecho.

Lo que a nosotros nos interesa resaltar aquí y ahora es cómo en este tema de declaraciones de voluntad y de divergencia entre lo realmente querido y lo realmente declarado, y ya se adopta el sistema de la voluntad como el de la declaración, la protección de la confianza es una constante invariable: en efecto, si se adopta el sistema de la voluntad, el declarante no quedará obligado en caso de divergencia entre la voluntad interna y lo realmente declarado. Pero si la voluntad real no es reconocible, la confianza del destinatario en el sentido objetivo de la declaración no está protegido por el sistema de la voluntad, puesto que la declaración de voluntad no surte ningún efecto, sino que está por el principio de la reparación (36): el destinatario puede sufrir un daño tomando o dejando de tomar ciertas disposiciones porque cree que la voluntad corresponde al sentido declarado y ha tomado sus medidas para ese caso: el declarante responsable de este daño debe re-

(35) Vid. PATRY, *La formation du contrat et la protection de la confiance en droit suisse*, págs. 13 y ss.; PIOTER, *La formation du contrat*, págs. 4 y ss.; CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, Madrid 1956, traducción de José Luis de los Mozos, págs. 52 y ss.

Según el sistema de la voluntad, la declaración no es sino el medio de hacer valer la voluntad creadora de derecho: ésta es la única que hay que tomar en consideración, pero únicamente si y en la medida en que corresponde al sentido declarado o al sentido comprendido. Según el sistema de la declaración, la declaración de voluntad surte siempre sus efectos en el sentido que tiene objetivamente, sin importar la voluntad real del declarante y el sentido de hecho comprendido por el destinatario.

(36) PATRY, *La formation du contrat*, cit, pág. 5.

pararlo colocando al destinatario en la situación en que se encontraría si no hubiera confiado en la apariencia de voluntad (37).

Y por su parte, los partidarios del sistema de la declaración protegen la confianza del destinatario en la declaración, impidiendo preventivamente al destinatario sufrir un daño fiándose del sentido objetivo de la declaración y garantizándole las ventajas que espera de la buena fe de la declaración, para lo que hacen valer ésta en el sentido declarado, sea cual sea la voluntad real del declarante (38).

Por lo tanto, podemos decir que cuando se trata de una divergencia entre lo realmente querido y lo efectivamente declarado, la teoría de la voluntad y la declaración difieren en el valor que haya que concederle a la declaración, pero coinciden (aunque por distintas vías) en proteger a quien de buena fe confió en el sentido objetivo de la declaración.

Y queremos poner de manifiesto la similitud entre la hipótesis que acabamos de estudiar y la que nos ocupa: porque creemos que también puede suscitarse una confianza legítima en la conclusión de un contrato a lo largo de unas conversaciones preliminares. Lo que ocurre es que esta confianza será suscitada en vez de por una declaración de voluntad por unos hechos concluyentes de una de las partes en negociaciones.

---

(37) Esta combinación del mantenimiento del sistema de la voluntad y del principio de la reparación, concediendo una indemnización de daños y perjuicios a quien confía en una declaración de voluntad que luego no surte efectos (o a quien confía en que un negocio desplegará sus efectos y es luego anulado por error imputable a la otra parte), nos dice PROTET que fue adoptada primeramente por GROTIUS (*De iure belli ac pacis*, París 1625, lib. II, cap. XI, ed. de Lausana, 1785 t. II, págs. 595 y ss.), y fue desarrollada más tarde en derecho común por IHERING en su célebre trabajo sobre la culpa «in contrahendo».

(38) Las consecuencias a que lleva a veces el sistema de la declaración han hecho a PARRY (*La protection de la confiance*, cit., pág. 156) hablar de un sistema mixto como es el «sistema de la confianza»: la protección que este sistema otorga a la confianza no está asegurada sino en cierta medida: desaparece cuando esta confianza no es legítima, es decir, que el destinatario ha sabido o podido saber que la apariencia era engañosa, no correspondiendo a la realidad. En el dominio de los actos jurídicos, esta protección no está acordada a la parte que ha sabido o debido saber que la declaración que ha recibido no era correspondiente a la voluntad íntima y real de la parte adversa.

En definitiva, en nuestra opinión, el «sistema de la confianza» hace depender la protección de la confianza de la diligencia empleada por el destinatario de la declaración en conocer la divergencia existente entre lo querido por el declarante y lo realmente declarado.

A una conclusión muy similar llega PROTET cuando habla de principio de la «apariencia eficaz», que podría formularse así: la formación de un contrato está regida por el sistema de la voluntad, valiendo la oferta y la aceptación como toda declaración sometida a recepción, en el sentido querido a condición de que coincida, sea con el sentido declarado, sea con el sentido comprendido; pero si la divergencia entre el sentido declarado y el sentido querido es imputable al declarante, y el destinatario, como consecuencia de una interpretación diligente confía en el sentido declarado, es en este sentido en el que vale la declaración, produciendo sus consecuencias como si el sentido aparentemente querido lo fuera realmente.

Para un mayor desarrollo del principio de la «apariencia eficaz» y de las críticas a él formuladas, vid. PROTET, *La formation du contrat*, cit., págs. 47-80.

Cuando hablamos de razonable confianza en la conclusión del contrato generada en el período de negociaciones preliminares nos referimos a la confianza provocada por actos, actitudes o conductas que con independencia del valor y de los efectos jurídicos que pueden tener por sí mismos, se consideran vinculantes para la persona o decisivos para la configuración de una situación jurídica o para el posterior ejercicio de los derechos dimanantes de tal situación jurídica.

Así, como dice Díez-Picazo, los llamados «*facta concludentia*» o hechos concluyentes son considerados jurídicamente como declaraciones tácitas de voluntad (39). En este mismo sentido este autor habla también de «comportamiento vinculante»: cuando una persona ha adoptado y observado dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta relevante y eficaz que objetivamente debe ser valorada como un anuncio o signo de que un derecho subjetivo o una facultad no será ejercitado o lo será sólo dentro de unos límites, el principio general de la buena fe impone el deber de coherencia del comportamiento y como consecuencia de ello cuando esa misma persona intenta ejercitar el derecho subjetivo o la facultad de forma incompatible o contradictoria con el sentido que según la buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior, la protección se torna inadmisibile.

La exigencia de un comportamiento coherente significa que cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada conforme a la buena fe en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibile toda actuación incompatible con ella. La exigencia jurídica del comportamiento coherente está de esta manera estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza. De esta forma, concluye Díez-Picazo, todo el que suscita una apariencia jurídica y además una expectativa seria de una conducta futura debe ser consecuente con la expectativa suscitada (40).

Y como más adelante veremos en el estudio de los casos prácticos y decisiones jurisprudenciales, en las conversaciones preliminares, es perfectamente posible que una de las partes con su actitud, correspondencia; conducta haya creado en la otra parte la confianza en la conclusión del futuro contrato.

Volviendo al tema de la confrontación teoría de la voluntad - teoría de la declaración, hay que poner de manifiesto que la teoría de la «apariencia eficaz», que en definitiva consagra las tesis declaracionistas, suele ser rechazada por la mayoría de los autores (41), a causa de

---

(39) Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, Civitas, 1979, pág. 92, y más ampliamente sobre este tema *La doctrina de los actos propios*, del mismo autor, Bosch.

(40) Díez-PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, cit., pág. 142.

(41) En este sentido PIOTET critica esa teoría alegando que es injusta en la medida en que conduce, en detrimento del declarante y en favor del destinatario a resultados notablemente diferentes de los de la aplicación del sistema de la voluntad y del principio de la reparación. Cfr. op. y loc. cit.

En nuestro derecho, Díez-PICAZO (*Fundamentos*, I, pág. 109) tampoco es de

los resultados a que conducen su aplicación estricta (conclusión del contrato en contra de la voluntad real del contratante declarante).

No obstante, la justificación dogmática de la teoría de la apariencia eficaz nos puede aportar unas ideas válidas para tratar de explicar por qué hay que tratar de proteger la «razonable confianza» en la conclusión del contrato durante el período de las negociaciones y por qué dicha confianza parece requisito indispensable a los efectos de determinación de la responsabilidad.

Cuando en presencia de una divergencia entre lo realmente querido y lo realmente declarado nos preguntamos que teoría es más conveniente —si la de la voluntad o la de la declaración—, lo que estamos haciendo evidentemente es plantear un conflicto de intereses: si se adopta la teoría de la apariencia eficaz en materia de manifestaciones de voluntad, se lesiona el interés del declarante de no verse obligado contra su voluntad, interés que («a priori») no es menos digno de protección que el interés opuesto del destinatario.

El principio que protege el interés del destinatario es el de «la seguridad dinámica o seguridad de tráfico», el que protege el interés del declarante es el principio de la «seguridad estática o seguridad de derecho». En materia de declaraciones de voluntad, el primero está realizado por la teoría de la apariencia eficaz y el segundo está asegurado por el sistema de voluntad (42).

Decir que el derecho consagra el principio de la seguridad dinámica porque quiere proteger la confianza del beneficiario en la apariencia, es no tomar en consideración más que uno de los intereses en juego y olvidar la justificación de esa elección. Añadir que este principio facilita las transacciones (pues el beneficiario estaría más inclinado a realizar actos jurídicos si sabe que siempre será tratado como si las apariencias en que se fundan corresponden a la realidad) es explicar la teoría de la apariencia eficaz por una de sus consecuencias prácticas: no es darle un fundamento en justicia y equidad.

¿Cuál debe ser la regla que nos lleve a una solución? En opinión de Piotet, lo que va a hacer inclinar la balanza al juez es la imputabilidad, en sentido amplio, a una de las partes del error existente en el eventual beneficiario de la teoría de la apariencia eficaz.

Si, en efecto, la parte protegida por el principio de la seguridad estática es responsable de la apariencia engañosa de la que la otra parte se ha fiado razonablemente, parece justo que sea ella quien soporte los inconvenientes de su comportamiento.

Nosotros creemos que aunque no se acepte la teoría de la apariencia eficaz, ese razonamiento es válido, porque es un razonamiento aplicable a toda situación en la que esté en juego la confianza.

Por ello puede ser ilustrativa su aplicación a nuestra hipótesis: en

---

fensor de esta teoría declaracionista, y dice que el contrato es siempre tutelado como un cauce de realización, de intereses, en cuanto que es obra espontánea de sus autores. Por consiguiente, en línea de principio, nadie debe de quedar vinculado por un contrato si su voluntad no se ha formado libre o espontáneamente.

(42) PATRY, *op. cit.*, pág. 45.

el supuesto de ruptura injustificada de las conversaciones preliminares, confiando una de las partes en la conclusión del contrato, el conflicto de intereses se centra en el de la parte que pretende ejercitar su libertad de contratar, aunque sea de forma negativa (no contratando y rompiendo los tratos), y el interés de la parte que por haber confiado en la celebración del contrato experimenta un daño por causa de la ruptura. Y haciendo aplicación de la idea antes expuesta, pensamos que debe ser protegido este último interés, porque ha sido la parte que pretende romper las negociaciones, la que con su conducta a través de todos los tratos, ha motivado la confianza de la otra parte en la conclusión del contrato. Esta apariencia puede incluso ser engañosa, en cuyo caso está más justificado lo que afirmamos.

Este interés sólo dejará de estar protegido y tendrá que ceder ante el interés en la ruptura de los tratos cuando la causa de la ruptura así lo aconseje (interés en que se celebren contratos ventajosos, en el caso de que la causa de la ruptura sea una mejor oferta, interés en que no se celebren contratos en condiciones excesivamente onerosas, en caso de que la causa de la ruptura sea una alteración sobrevinida de las circunstancias), es decir, en presencia de un interés que se muestre jurídicamente tutelable.

Y con más razón aún cuando la confianza no se habría llegado a producir de haber informado la parte que pretende romper de las circunstancias que rodeaban la contratación, y que la otra parte habría estado interesada en conocer (incumplimiento de los deberes de comunicación o de información, por ejemplo).

Siendo la confianza un principio que se protege de forma general en el ordenamiento jurídico (43), su encuadre en el tema que estudiamos en términos de conflicto de intereses pensamos que puede contribuir a facilitar la solución del problema en vez de indagar en la voluntad de las partes en términos psicológicos, lo que significaría carecer de unas directrices, y en definitiva conceder al juzgado unos poderes y un arbitrio que al igual que se decía en sede de ruptura injustificado, quizá no encuentren justificación.

Así lo entiende también Joanna Schmidt, que piensa que «la observación de este período precontractual revela entonces el conflicto experimentado por cada uno de nosotros en la discusión de operaciones importantes entre la necesidad de salvaguardar la libertad de contratar hasta el momento del acuerdo definitivo y asegurar su seguridad en cuanto a las parcelas del contrato ya negociadas. Cada partenaire cuida verdaderamente de preservar su propia libertad, estimando que su contraparte le debe seguridad sobre las condiciones negociadas.

---

(43) En efecto, son múltiples las aplicaciones de este principio en nuestro derecho: así, p. ej., artículo 1.611, que consagra la protección del deudor de buena fe que paga a un acreedor aparente (el que estuviera en posesión de crédito): la protección en este caso consiste en la liberación del deudor. O el artículo 1.527 en materia de cesión, de créditos según el cual el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor quedará libre de la obligación.

Este principio es también clara aplicación en materia posesoria y en materia registral.

El respeto absoluto de la libertad contractual en esta fase preparatoria conduciría a rechazar toda intervención jurídica en este campo, siendo por tanto libres los participantes de llevar la negociación como les parezca conveniente, no estando sancionados por el Derecho sus errores de comportamiento. Por el contrario, la necesidad de seguridad experimentada por los negociadores exige una intervención jurídica que los asegure las posiciones negociadas» (44).

Planteando el tema de esta forma, en nuestra opinión la confianza es un bien o valor que el ordenamiento jurídico debe proteger también en el terreno de las negociaciones preliminares.

Compartimos así la opinión de Alonso Pérez cuando piensa que en la relación precontractual existen dos tipos de elementos:

1) Un elemento objetivo que está constituido por el conjunto de actos, conversaciones, contactos, etc., que forman la etapa «in contrahendo».

2) Un elemento subjetivo, que estaría integrado por la buena fe «in contrahendo». Dicha buena fe debe presidir el comportamiento de las partes que negocian. Y la buena fe implica, como elemento subjetivo de la relación precontractual, la tutela de la confianza que una persona depositó en las negociaciones, proyectos y comunicación de planes que le hizo la contraparte: protección por haber confiado según los usos del tráfico en la lealtad y honradez exigidas a quien pretenden instaurar una vinculación jurídica.

Y consciente de la ausencia en nuestro ordenamiento de normas como los artículos 1.337 y 1.338 del Código italiano, dice que esta buena fe (en el sentido que estamos dándola de confianza durante las «trattative» en la conclusión del contrato) está protegida por el ordenamiento jurídico ya sea a través de una consagración legislativa, ya sea a través de los «topoi» tradicionales principios generales, abuso del derecho, tutela de confianza, bona fides, etc. (45).

Por ello pensamos que la obligación general de buena fe en la formación del contrato adquiere, en las negociaciones preliminares, un aspecto específico: no obliga a no romper las negociaciones, pero exige no cortarlas cuando se ha suscitado en el «partenaire» la confianza en la conclusión del acuerdo. La búsqueda de una «faute» consistente en engañar la confianza creada deberá tener en cuenta la efectivamente instaurada en cada caso entre las partes (46).

Aparece entonces como necesaria la reparación del daño ocasionado

(44) *La sanction de la faute precontractuelle*, «Revue Trim. Droit Civil», 1974, pág. 118.

En el mismo sentido, BIGIAZZI GERI, *op. cit.*

(45) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, Rev. Crít. Der. Inmobiliario, 1971, pág. 869.

(46) En este sentido, JOANNA SMICHDY, *op. cit.*, pág. 53, piensa que el pequeño número de casos sometidos a los tribunales se explica, sin duda, por el hecho de que la situación creada por las negociaciones no es generalmente tal que como para que las partes puedan contar con seguridad con la conclusión del contrato; la ruptura interviene en general antes de que una situación tal se establezca.

por defraudar injustamente la confianza en la honorabilidad ajena. Si la relación jurídica precontractual es una relación basada en el principio de la confianza, su quebrantamiento intencionado que produzca un daño patrimonial implica lesionar la buena fe impuesta por el ordenamiento jurídico a quienes se introducen en el tráfico jurídico (47).

En el ámbito del Derecho alemán la idea de la protección de la confianza en el período de la formación del contrato está muy extendida hasta el punto de que, como señala Alonso Pérez, la doctrina de aquel país establece casi unánimemente la ecuación «relación precontractual»-«relación de confianza».

Y es que ya Windscheid afirmaba (aunque con referencia al tema de la revocación de la oferta) que dicha revocación determinaba una obligación frente a la otra parte —que en su ignorancia confió en que se formase un contrato— a restituírle todo el perjuicio que ha experimentado a consecuencia de esa confianza. En cuanto al fundamento de la obligación de resarcimiento se puede establecer la máxima general —dice Windscheid— de que todo contratante debe responder de las consecuencias dañosas ocasionadas por la confianza en la adquisición de un derecho de crédito con base al contrato, generada en la otra parte por su declaración en cuanto que esta adquisición viene excluida por un motivo que la otra parte no conoce ni está obligado a conocer (48).

De una forma más general, Larenz piensa que tanto antes de la conclusión del contrato, en las conversaciones preliminares como al concluirlo, cada uno de los que en él intervienen está obligado a conducirse con aquella diligencia y consideración al interés de la otra parte que es de esperar según la «buena fe» de su futuro compañero en el contrato. Esta idea, que en el BGB ha hallado solamente expresión defectuosa en algunas disposiciones particulares, ha sido desarrollada por la doctrina y jurisprudencia en un instituto de derecho vigente que actualmente tiene fuerza de norma consuetudinaria a consecuencia de su ejercicio durante muchos años y de su acogida en la conciencia jurídica general.

La consecuencia de la violación de esa buena fe se encuentra en lo que Larenz llama significativamente «daños a la confianza», o lo que es lo mismo, el «interés negativo», admitido por el parágrafo 307 del BGB (49).

(47) La idea de la protección a la confianza es ya antigua. En 1899, BARASSI, en una recensión a la obra de MELINGER (Archivo Giuridico, 1899, pág. 594) afirmaba ya «que se debe responder del daño ocasionado a otro al lesionar la confianza en la adquisición de una utilidad prometida». Bien es cierto, no obstante, que la hipótesis de BARASSI no es la de ruptura de las negociaciones, sino la de los casos estudiados por IHERING.

(48) WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, 1904, pág. 187, pág. 5. Sobre esta misma idea de WINDSCHEID, ver también SALEILLES, *De la responsabilité precontractuelle*, Rev. Trim. Droit. Civil, 1907, pág. 703.

(49) LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, I, pág. 105. El parágrafo 307 del BGB establece que «quien en el momento de la conclusión de un contrato que está dirigido a una prestación imposible, conoce o debe conocer la imposibilidad de la prestación, está obligado a la indemnización del daño que la otra parte sufra por

La preocupación por la protección de la confianza se encuentra también presente en la idea del «interés de confianza», terminología acuñada en la doctrina anglosajona por Fuller y Perdue (50).

Para estos autores pueden ser tres las finalidades que persigue la indemnización de los daños contractuales:

En primer lugar, el demandante ha entregado algo de valor sustancial al demandado por haber confiado en la promesa de éste. Si el demandado no realiza la prestación prometida, el Tribunal puede obligarle a la devolución del valor recibido del demandante. El interés protegido en este caso puede ser calificado de «interés dirigido a la restitución» (restitution interest).

En segundo lugar, podemos tratar de conceder al promisorio el valor de lo que esperaba obtener como resultado de la promesa. Podemos dar lugar, dicen Fuller y Perdue, a una acción dirigida a obligar al demandado a que realice la prestación que prometió al demandante. Así se logrará el resultado de colocar al demandante en una situación tan favorable como la que resultaría del cumplimiento de lo prometido por parte del demandado. Esto es el «interés dirigido a obtener la prestación prometida» (expectation interest).

En tercer lugar puede darse el caso de que el demandante cambie su posición o situación precisamente por la confianza que le inspira la promesa del demandado. Por ejemplo, en la compraventa de un inmueble, el comprador habrá incurrido en gastos para comprobar el derecho del vendedor, o habrá perdido la oportunidad de celebrar otros contratos. Podemos reconocerle el derecho al resarcimiento de los daños para que desaparezca el perjuicio que ha sufrido al confiar en la promesa del demandado. En tal caso se tratará de colocarle en una situación tan favorable como la que tenía antes de que le fuera hecha la promesa. El interés protegido en este caso puede ser calificado de «interés a la protección de la confianza» (51).

Tenemos que advertir ya que el término de «interés de confianza» lo manejan Fuller y Perdue tanto cuando se confía en una promesa como cuando se confía en la ejecución y cumplimiento de un contrato válido y perfecto, supuesto este último que por hipótesis queda fuera de nuestro estudio.

Pero resulta interesante ver cómo aplican este «interés de confianza» en una hipótesis similar a la estudiada por Ihering y recogida luego en el parágrafo 307 del BGB. Y así, dicen: «el promitente (léase contratante) que no cumple lo prometido, puede quedar eximido de responsabilidad cuando el contrato resulta de difícil o imposible cumplimiento debido a algún acontecimiento que las partes no hayan previsto (imposibilidad) o cuando su conducta ajustada a lo convenido

---

la circunstancia de que confía en la validez del contrato, no sobrepasando sin embargo la suma del interés que la otra parte tiene en la validez del contrato».

(50) LON FULLER y WILLIAM R. PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, Bosch, 1957, traducción española de PUIG BRUTAU.

(51) Op. cit., págs. 9 y ss.

resulta ineficaz de manera imprevista (frustración). Una exención parecida se aplica algunas veces cuando las partes desconocen que desde el principio existe alguna circunstancia que impide o convierte en inútil el cumplimiento del contrato.

Cuando un contrato resulta de imposible cumplimiento o queda frustrada su finalidad, se ha reconocido que la solución más equitativa podría justificar que se eximiera de responsabilidad a la parte obligada al cumplimiento (denegación del interés fundado en la prestación esperada), imponiéndole al mismo tiempo la obligación de devolver los beneficios que hubiese obtenido con la celebración del contrato (protección del interés dirigido a la restitución).

Pero en este terreno en que los casos extremos son un fenómeno normal, parece que el interés de confianza también debería desempeñar un importante papel. Cuando el Tribunal duda acerca de la procedencia de admitir la liberación del obligado, la manera más satisfactoria de resolver la dificultad puede muy bien consistir en declararle efectivamente eximido de la obligación, a cambio no sólo de tener que restituir lo percibido, sino incluso de indemnizar las pérdidas que la otra parte haya experimentado por confiar en el contrato. En Alemania, el Código civil reconoce expresamente la utilidad del «interés de confianza» como un medio de conseguir la más justa distribución de los riesgos que implica la imposibilidad» (52).

Por lo demás, la comprobación de cómo se protege la confianza en ordenamientos como el italiano, que dispone de una normativa como la de los artículos 1.337 y 1.338, no requiere mayores dificultades.

De esta forma Calusi no duda en afirmar que los artículos 1.328, 1.337 y 1.338 son normas directamente dirigidas a la tutela del «affidamento» (53). Como ya se ha señalado, el artículo 1.337 es usado generalmente por los jueces italianos en supuestos de indemnización por ruptura injustificada de las negociaciones cuando la otra parte ha realizado desembolsos patrimoniales confiando en la conclusión del

---

(52) Se refieren FULLER y PERDUE al párrafo 307 del BGB. El caso Krell V. Henry, por ellos citado, proporciona un punto de referencia interesante en relación con este problema: el demandado se había obligado a pagar una elevada renta para poder usar, durante dos días determinados, ciertas habitaciones desde las que esperaba poder presenciar el desfile de la coronación de Eduardo VII. La coronación fue suspendida por enfermedad del rey. El dueño del inmueble trató de obligar al demandado a que pagara el precio prometido, y el Tribunal rechazó la petición. «Es pertinente dudar —dicen FULLER y PERDUE— acerca de si habría recaído la misma decisión en el caso de que el demandante hubiese renunciado generosamente a la renta prometida y sólo hubiese pedido el reembolso de lo gastado en la preparación de las habitaciones para el uso especial del demandado».

Por otra parte, son numerosos los supuestos en los que los Tribunales americanos protegen el «interés de confianza» en casos relativos, por ejemplo, al alquiler de locales para finalidades mercantiles, en los que el futuro arrendatario que no obtiene la posesión del local recibe indemnización por las pérdidas experimentadas al acumular mercancías, al pagar precios de transporte y otros gastos complementarios. Vid. FULLER y PERDUE, *op. cit.*, págs. 66 y ss. y págs. 83 y ss.

(53) CALUSI, *In tema di trattative e responsabilità precontrattuale*, Riv. trim. diritte e procedura civile, 1956, pág. 457; en el mismo sentido, DISTASO, *I contratti in generale*, vol I, pág. 245.

contrato. Y el artículo 1.338 protegería la confianza de quien, habiendo celebrado un contrato inicialmente válido, ve cómo posteriormente deviene nulo por causas que la otra parte había silenciado.

Por vía jurisprudencial, los tribunales italianos han consagrado asimismo la vigencia de este principio de la confianza, llegando a afirmar que «en el contraste entre la voluntad real y la voluntad aparente debe prevalecer esta última en un ordenamiento que como el nuestro se inspira en la tutela del «affidamento» (53 bis).

### 1. Los módulos para apreciar la confianza

Ya hemos visto cómo la protección de la confianza es en un principio generalmente atendido por los ordenamientos, ya sea mediante su consagración legislativa, ya sea mediante su aceptación por la jurisprudencia apoyada por la doctrina científica.

De las diversas manifestaciones o casos en que puede presentarse el principio de la confianza, uno de ellos pensamos que puede ser el

---

(53 bis) Corte di Appello di Bologna, c. 582. Foro it. 1950.

El supuesto de hecho resulta por esta sentencia había sido el siguiente: La sociedad Tabanelli había encargado ciertos productos, marcando el precio de anteriores envíos a la sociedad Febo; esta última acepta el encargo, pero advierte a Tabanelli que el precio ha variado y que por tanto espera confirmación o anulación, la sociedad Tabanelli no contesta, y Febo, cuatro meses más tarde, envía la mercancía, que Tabanelli recibe. Luego, esta última se niega a pagar el precio alegando que no se considera vinculada por el contrato, por lo que pretende, ya sea la devolución de la mercancía, ya sea la aceptación por Febo del precio antiguo.

Lo primero que se plantea en la sentencia es el tema del valor del silencio que la sala aborda en una doble perspectiva:

1) Considera el silencio como una «manifestación tácita de la voluntad de aceptar los nuevos precios», y por tanto, declara el contrato e inaceptables las pretensiones de Tabanelli. Dice la Sala que el comportamiento de Tabanelli había sido tal que generó en la sociedad Febo la convicción de que se había producido la unión del consentimiento en orden al precio y que por tanto, existía un contrato.

2) Pero, aun en el caso de que se pensase que no debía existir contrato, pues no había habido consentimiento expreso, el comportamiento de la sociedad Tabanelli en ese período de formación del contrato había sido culposo y por tanto había que conceder a la sociedad Febo la indemnización del «interés negativo»: la sociedad Febo había confiado en la conclusión del contrato, visto el silencio de Tabanelli. Esta última podía haber disipado dicha confianza de haber actuado diligentemente, comunicando su verdadera actitud.

Respecto a este tema destaca DEMARTINI en el comentario a esta sentencia, como BETTI (*Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1943, págs. 96 y 97), pone acertadamente de manifiesto las dos caras del silencio:

— Eficacia del silencio como negocio jurídico, que podríamos identificar con el primer aspecto antes reseñado de la sentencia.

— Eficacia del silencio como inobservancia de una carga o deber de iniciativa, lo que traducido a conversaciones preliminares implica una obligación de hablar claramente (así, CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, pág. 379).

Y la sala distingue bien estos dos aspectos cuando dice que los artículos 1.175 y 1.137 del Cód. civ. han transformado en deberes jurídicos aquellos que antes eran sobre todo deberes sociales, y por tanto en las relaciones de la vida económica el silencio puede equivaler a consentimiento, o en otra forma, ser fuente de obligaciones cuando había dado lugar a una razonable confianza.

del período de la formación del contrato, y más concretamente la confianza depositada por una de las partes en negociaciones en la conclusión del contrato como consecuencia de la actitud o actuación de la otra parte a lo largo de dichas negociaciones.

Dicha «razonable confianza» en la conclusión de un contrato se configura, pues, como un requisito para la existencia de la responsabilidad que defendemos. Y el problema estriba en determinar en base a qué criterios hay que detectar dicha confianza.

Y pensando en este tema se ha dicho que «dificultades diversas y no menos graves que las planteadas al buscar un "motivo justo" para romper las conversaciones surgen cuando se trata de apreciar las expectativas defraudadas para la ruptura, porque la tradicional calificación de la cuestión en términos de "affidamento", una vez más conduce a una indebida simplificación en términos psicológicos que vacía de contenido el juicio sobre la confianza, con la consecuencia de que el análisis en virtud del cual se pretende establecer si los intereses perjudicados por la ruptura de las negociaciones fueran merecedoras de tutela se reduce de nuevo a argumentaciones opinables en términos de "justicia o injusticia" del daño» (54).

En definitiva, los problemas planteados para fijar un criterio con base al cual determinan si ha existido o no esa «razonable confianza», son los mismos que encontrábamos al buscar un modelo de «justa causa» de ruptura. Se trata de no conceder al juez un arbitrio ilimitado para realizar una investigación de orden psicológico de la actitud de las partes en las negociaciones, lo que podría conducir a un juicio de equidad.

En este sentido hay que señalar que en las conversaciones preliminares se confía en la conclusión del contrato porque la actitud de una de las partes ha provocado esa apariencia. De alguna forma confianza y apariencia se muestran aquí como términos interdependientes (55). Y esa apariencia-confianza debe ser en este caso una noción objetiva: es decir, en las conversaciones preliminares una de las partes en tratos puede llegar a confiar en la conclusión del contrato, no porque interiormente se haya formado la convicción de que la otra parte concluiría el contrato, sino porque la conducta de la otra parte objetivamente considerada inducía a pensar efectivamente en tal conclusión. No es que haya confiado, sino que cualquier persona media en situación y circunstancias similares, habría confiado igual, porque la conducta de la otra parte era suficiente para generar la confianza, o dicho de otra forma: «la responsabilidad por ruptura injustificada está específicamente subordinada al hecho de que la confianza, para ser legítima, traiga su origen de elementos inequívocos que hagan fundadamente pensar que las «trattative» son serias y que su contenido está determinado» (56).

---

(54) BESSONE, *Rapporti precontrac...*, pág. 1022.

(55) SACCO, *Enciclopedia del diritto*, voz «affidamento».

(56) J. SCHMIDT, *La sanction...*, cit., pág. 54.

La confianza, se ha dicho también (57), para ser susceptible de tutela no puede configurarse como un nuevo estado psicológico que se concreta en una convicción puramente subjetiva sobre el buen éxito de las «trattative», sino que necesariamente debe traer causa de elementos objetivos y unívocos que sean en cuanto tales, idóneos y suficientes para configurar la confianza como objetiva y razonablemente motivada (58).

Otro dato que nos puede ser de utilidad sobre cuándo se debe o no proteger la confianza en las negociaciones es el del estado en que se encuentran estas últimas. Parece evidente que cuando las conversaciones y tratos están en sus comienzos nadie puede confiar en que éstas desemboquen en el contrato deseado, y si a pesar de ello una de las partes realiza una serie de gastos en previsión del contrato, éstos constituirán un riesgo imputable únicamente a ella y que no debe ser indemnizado.

Así, opina Bessone, es cuando menos esclarecedora la orientación de la doctrina y jurisprudencia alemana que circunscriben el área de las expectativas merecedoras de protección en función del resultado de un análisis de las circunstancias dirigido a determinar si las «trattative» habían llegado a un grado tal de concreción y seriedad que justificaran las previsiones por la parte perjudicada por la ruptura. La jurisprudencia suiza habla así de «despertar la esperanza ilusoria que acaba por llevar a hacer gastos». Y en esta misma línea, la jurisprudencia italiana muestra su tendencia a considerar las expectativas en las «trattative» dignas de tutela en la misma medida en la que la ruptura ponga fin a unas conversaciones llevadas hasta un estado debidamente avanzado hasta el punto de no dejar lugar a dudas sobre la seriedad y concreción de las negociaciones. Por ello, continúa aquel autor, «el juicio sobre el grado de consistencia de las negociaciones acaba de hecho en concentrarse en un análisis de las circunstancias del caso concreto atendida la dinámica de los sectores del mercado (58 bis).

---

(57) LOI y TESSITORE, *op. cit.*, pág. 32. Esta postura ha sido confirmada también por los tribunales italianos, que afirman que la confianza de una parte en la conclusión de un contrato sólo puede fundarse en elementos objetivos. Vid. LOI, pág. 216, nota 43.

(58) En este mismo sentido, es interesante la puntualización que hace J. SCHIMIDT respecto a la participación de profesionales en las conversaciones preliminares. La confianza creada en un profesional durante las negociaciones ha de ser por fuerza más limitada: la presencia de un daño será a menudo difícil de admitir, puesto que la negociación forma parte de la actividad profesional, constituyendo en cierta medida un «riesgo de empresa» cuyas incidencias están previstas y cubiertas por los «riesgos generales».

Fuera de estos casos la búsqueda de la «faute» en las negociaciones se hará como de costumbre, por la comparación del comportamiento habido respecto al de un hombre normalmente prudente que se encuentre en las mismas circunstancias exteriores.

(58 bis) BESSONE, *op. cit.*, pág. 1020.

## 2. Supuestos concretos de confianza

Creemos haber puesto de relieve cómo es posible generar la confianza en otra persona mediante un comportamiento concluyente. En la práctica el problema se presentará a veces por la dificultad de probar unas manifestaciones o una cierta conducta del demandado, pero por regla general, las conversaciones generales se reflejan en diversa correspondencia, documentos, etc., que pueden tener una importancia probatoria trascendental.

Los ejemplos más claros en la práctica nos los proporciona sin duda la jurisprudencia italiana, que es la que más claramente se ha pronunciado sobre esta hipótesis.

Así, en la Sentencia de la Corte di Cassazione de 17 de junio de 1974 se expresaba que existe responsabilidad precontractual en un caso en que una parte, habiendo hecho surgir en la otra una razonable confianza en la conclusión del contrato, interrumpe las conversaciones sin motivo justificado (59).

Así, el actor había puesto de relieve las circunstancias de hecho decisivas a los fines de la calificación de la demanda: de un lado, una carta en virtud de la cual la destinataria de la oferta invitaba al proponente a efectuar en sus locales una serie de obras destinadas a recibir la máquina comisionada. Este último así lo hizo y al romper la otra parte las negociaciones sin motivo justificado, reclama una indemnización comprensiva de las sumas gastadas para tales obras y para remitir después las cosas a su primitivo estado.

Otro supuesto de legítima confianza despertada en las negociaciones puede ser el de quien después de haber inducido a la otra parte, con la que está en negociaciones para alquilar un local en el que pretende empezar una actividad comercial, a efectuar trabajos de transformación que lo hagan más idóneo para el destino previsto, rompe las negociaciones (59 bis).

En otro caso se había concertado verbalmente la compraventa de un inmueble. La parte vendedora se había comprometido a elevar la venta a escritura pública, pues en Derecho italiano tal venta verbal es nula según el artículo 1.351 de su Código civil. Posteriormente esta parte se niega a cumplir con la obligación asumida.

El Tribunal dice que, efectivamente, la compraventa es nula, y que, por tanto, la responsabilidad del vendedor no puede ser contractual, «pues quien rehúsa ejecutar un negocio jurídico nulo no hace sino obrar de su derecho y, por tanto, no puede haber lugar a responsabilidad. Pero si no puede haber responsabilidad contractual sí hay una patente

---

(59) Ver comentario a esta sentencia de SERGIO FAGGELLA en Temi, 1974, págs. 408 y ss.

(59 bis) CARRESI, *In tema de responsabilità precontrattuale*, cit., p. 445. En este caso no hubo lugar a responsabilidad, porque la causa del receso se consideró justa, ya se habían roto las negociaciones porque el futuro arrendatario había contraído una enfermedad que le impedía ejercitar la actividad para la que pensaba alquilar el local. Appello Firenze, 29 de marzo de 1950, Ciur. Tosc., 1950, 104.

violación del artículo 1.337. En este caso el hecho constitutivo de la confianza en que se elevaría a público el contrato estaba constituido por todas las promesas y seguridades que había dado el vendedor (asegurando que se llevaría a cabo el acto escrito, eligiendo día y notario, rechazo de las arras, dando así prueba de honradez), actos todos ellos que habían hecho surgir en la otra parte el razonable convencimiento de la exacta ejecución de las obligaciones que el vendedor asumía (60).

#### IV) EL BAÑO EN LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: EL INTERES NEGATIVO

##### 1. *Antecedentes históricos*

Hablar del término «interés negativo» supone hablar de responsabilidad precontractual o «culpa in contrahendo». Y designar esta última expresión significa obligatoriamente hacer referencia a Rudolf von Ihering, creador de la teoría de la culpa «in contrahendo».

Decimos esto porque el «interés negativo» no es sino el corolario o consecuencia de la responsabilidad precontractual o «culpa in contrahendo», en cuanto que se refiere al tema de la reparación del daño causado. Por ello creemos necesario hacer primeramente mención de la obra de Ihering, a fin de situar las coordenadas en que se encuadra el tema del «interés negativo», para posteriormente estudiar los problemas que este concepto ha suscitado.

La teoría de Ihering sobre la «culpa in contrahendo» hay que entenderla, en nuestra opinión, enmarcada en el ambiente de su época (fue escrita en la segunda mitad del siglo XIX, en 1860), y más concretamente en el ambiente de la disputa entre las teorías de la voluntad y las teorías de la declaración, disputa que consistía en decidir si en presencia de una declaración de voluntad (61), y existiendo una divergencia entre lo realmente querido y lo realmente declarado, cuál de aquéllas (voluntad o declaración) debía prevalecer.

El planteamiento de este problema, brevemente explicado, podría ser el siguiente: La concordancia entre la voluntad interna y la declaración de voluntad es, evidentemente, la hipótesis normal; así, el contrato existe desde que hay concurrencia de oferta y aceptación, entendiendo una y otra como manifestaciones de voluntad con un contenido determinado. La falta de coincidencia entre voluntad interna

(60) Ver comentarios a dicha sentencia de GIUSEPPE GRECCO, *Formazione di contratto nullo e responsabilità extracontrattuale*, en Terni, «Rivista giurisprudenza italiana», 1952.

(60) bis) RUDOLF VON IHERING, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-interdits dans les conventions nulles ou restées imparfaites. Oeuvres divisées*, traducción francesa por O. de Meulenaere 1893, tomo II, págs. 1 a 100.

(61) Entendiendo «declaración de voluntad» en el sentido que le dio SAVIGNY de «aquella clase de hechos jurídicos que no son solamente actos libres, sino que, según la voluntad del agente, tienen por fin inmediato engendrar o destruir una relación de derecho». Vid. FRIEDERICH CARL VON SAVIGNY, *Traité de droit romain* t. III, pág. 249.

y voluntad declarada es el supuesto patológico. Ahora bien, la comunicación de la voluntad del declarante al destinatario puede ser imperfecta, sea porque el declarante no se expresa perfectamente, sea porque el destinatario no comprende perfectamente una voluntad correctamente expresada. Por tanto, en presencia del supuesto patológico, ¿cuál de los dos ingredientes del contrato —la voluntad o la declaración— debe ser considerado como decisivo? ¿Es decisiva la voluntad interna y entonces hay que pensar que en caso de divergencia se produce una «declaración sin voluntad» y por consiguiente un acto jurídico sin validez? Por el contrario, ¿es decisiva la declaración, de tal manera que la voluntad interna es irrelevante? Se trata de saber en qué medida conviene tener en cuenta los intereses opuestos, de una parte el interés de quien ha manifestado su voluntad y cree que la declaración que él ha recibido responde a la voluntad íntima de la otra parte y por tanto exige que el contrato sea mantenido y ejecutado de acuerdo con las cláusulas aparentemente convenidas. De otro lado, la parte contraria, que se ha equivocado, tiene todo el interés en desligarse de un contrato que ella no ha querido, es decir, en suma, hacer anular su declaración en la medida en que es contraria a su voluntad.

Para tratar de solucionar este conflicto se propusieron dos teorías principales: el sistema de la voluntad y el sistema de la declaración.

Inspirada en los principios individualistas de la filosofía de los siglos XVII y XVIII, la doctrina de la autonomía de la voluntad propone una primera solución, llamada «sistema de voluntad», que proclama, como su nombre indica, la supremacía de la voluntad sobre la declaración, de forma que, en este sistema, la declaración no es sino el signo exterior de una voluntad, a la que todo se lleva. Así, un ilustre defensor de esta teoría, Friederich Carl von Savigny, afirmaba: sólo la voluntad en sí misma es importante y eficaz. La base de toda declaración de voluntad es la existencia de la voluntad misma» (62).

La declaración, para esta teoría, no es sino el medio de hacer valer la voluntad creadora del derecho: sólo ésta es tomada en consideración, pero únicamente si y en la medida en que corresponde al sentido declarado o al sentido comprendido (63).

De esta forma, se llega a atribuir un papel primordial a la voluntad y un papel meramente instrumental a la declaración. Y por tanto, en los casos en que haya una divergencia entre lo declarado y lo realmente querido, es este último dato el que debe prevalecer: habría una «declaración sin voluntad» y por tanto un contrato inválido (64). Este sistema protege, en suma, el interés del declarante a no estar obligado

---

(62) SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. III, pág. 249.

(63) Una consecuencia estricta de la aplicación del sistema general de la voluntad la constituye la existencia en los códigos civiles de influencia francesa de normas dirigidas a regular los vicios de la voluntad en la formación de los contratos, puesto que la voluntad es lo único importante, lógicamente, cuando el consentimiento está viciado, el contrato será anulable. Fruto de esa idea son los artículos 1.109 del Código civil francés y el 1.265 de nuestro Código civil.

(64) Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, pág. 107.

por una declaración que no exprese su voluntad real. Por el contrario, si la voluntad real no es reconocible, la confianza del destinatario en el sentido objetivo de la declaración no está protegido por el sistema de la voluntad, al no tener la declaración ningún efecto (65).

Frente a este sistema se alza la teoría contraria del *sistema de la declaración*: de acuerdo con esta fórmula, la declaración de voluntad (oferta y aceptación sobre todo), surte siempre sus efectos en el sentido que tiene objetivamente, importando poco la voluntad real del declarante y el sentido comprendido de hecho por el destinatario.

El sistema de la declaración nació de una reacción contra ciertos rigores o injusticias del dogma de la autonomía de la voluntad, y sobre todo, en base a consideraciones de orden práctico y de seguridad de tráfico jurídico. El destinatario de una declaración debe poder confiar en la validez y eficacia de tal declaración, sin tener que investigar si corresponde a una voluntad seria o no. Como afirma Díez-Picazo, hay algunos casos en que una falta interna de voluntad no permite anular la declaración. El hecho de que el declarante haga la declaración bajo reserva mental no le permite atacar la declaración por falta de una voluntad real, sino que la declaración es válida. Tomando como base supuestos como éste, en que no obstante la divergencia entre voluntad y declaración ésta es eficaz, se formuló la teoría de la declaración (66).

Y como ocurre frecuentemente cuando se trata de una reacción contra los excesos de una doctrina tradicional, el sistema de la declaración de voluntad no se ha construido en una sola etapa, en opinión de Patry (67). Los autores alemanes del siglo XIX han querido tan sólo inicialmente proponer ciertas excepciones, dictadas por un sentimiento de justicia, a la doctrina de la autonomía de la voluntad, que defendían aún. Sin embargo, poco a poco, se han apartado del dogma tradicional para caer en el exceso contrario (68).

La teoría de la declaración, en opinión de Díez-Picazo, tuvo el mérito de reaccionar contra los excesos de la teoría de la voluntad. Sin embargo, al cargar todo el peso sobre la declaración y desconocer el valor de la voluntad interna, llegó a conclusiones inaceptables. No explica por qué en ocasiones una declaración formalmente correcta queda anulada por existir un vicio de la voluntad intensa (por ejemplo, un error excusable, etc.) (69).

Pero lo que nos interesa ahora es que incluso los partidarios del

(65) PAUL PIOTET, *La formation du contrat*, Berne 1956, págs. 4 y ss.

(66) Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. cit.

(67) PATRY, *La formation du contrat et la protection de la confiance en droit privé suisse*, Berne 1963, pág. 120.

(68) Para ver esa evolución, y hasta qué punto se radicalizaron los partidarios del sistema de la declaración, ver la obra de PATRY, págs. 129 y ss.

(69) Visto el problema de la contraposición de ambos sistemas desde el punto de vista de los intereses en conflicto, el sistema de la voluntad protege evidentemente al destinatario de aquélla, que confiaba en que la declaración surtiría efectos, sin tener que indagar si la declaración concuerda o no con lo realmente querido por la persona que la emitió. Así, pues, este sistema es mucho más interesante para el destinatario, en cuanto protege mejor su posición que el sistema de la voluntad.

dogma de la voluntad habían mostrado ya una preocupación por tratar de encontrar una cierta protección al destinatario de la declaración de voluntad, que podía sufrir un perjuicio en caso de que aquella se viera invalidada en favor de una voluntad interna para él desconocida. En efecto, si la voluntad es lo decisivo en la formación del negocio jurídico, cuando dicha voluntad esté viciada, el negocio será anulable, en detrimento de la otra parte, destinataria de la declaración de la voluntad, ajena al vicio y que, sin embargo, sufre las consecuencias de la anulación del negocio jurídico.

Y fue precisamente Ihering, al formular su teoría de la «culpa in contrahendo» (70), uno de los primeros autores en reparar en este punto.

Patry, en su citado estudio, ha remarcado este hecho esencial: a saber, que Ihering, en el conjunto de su obra, da claramente pruebas de fidelidad al dogma de la autonomía de la voluntad (71). En el «Esprit del Derecho romano», considera la voluntad como el «órgano creador de la personalidad», y define el acto jurídico como «la forma en la cual la voluntad individual despliega su actividad creadora en los límites que le han sido asignados por el derecho» (72).

Por otra parte, Ihering quiere, como Savigny, resolver el problema de la conclusión de los contratos en el marco del dogma tradicional: en su artículo sobre la «culpa in contrahendo» defiende claramente el sistema de la voluntad, escribiendo sobre todo: «es justo que se reconozca el error esencial como motivo de nulidad de los contratos» (73).

Sin embargo, si adoptaba sin dudar esta doctrina tradicional, Ihering se preocupaba también por saber si la aplicación estricta de estos principios no creaba, de hecho, una cierta injusticia respecto a la parte inocente que veía desaparecer el beneficio de un contrato concluido válidamente y posteriormente anulado por error de la otra parte. Y por ello se expresa Ihering de esta forma: «desde hace varios años, cada vez que en mi curso exponía la teoría del error esencial, había un punto que me preocupaba y del que no llegaba a dar una explicación satisfactoria: era la cuestión de saber si la parte que ha cometido el error no responde frente a la otra del daño causado por su culpa». Por ejemplo: «una persona quiere encargar 100 libras de una mercancía, pero al realizar el pedido, confunde el signo de las libras con el de los quintales. Los 100 quintales llegan y la persona los rechaza, alegando haber encargado 100 libras. E imaginemos este otro ejemplo: el representante de una casa comercial, encargado por su principal de solicitar cierta mercancía determinada, se equivoca sobre el nombre de esta última». El contrato es nulo, suponiendo que la equivocación pueda ser realmente demostrada: esto es incontestable: pero ¿quién soportará

---

(70) RUDOLF VON IHERING, *op. cit.*

(71) PATRY, *op. cit.*, pág. 124.

(72) RUDOLF VON IHERING, *L'esprit du droit romain*, traducción francesa por O. de Meulenaere, t. II pág. 123 y t. IV, pág. 131.

(73) R. IHERING, *Culpa in contrahendo*, cit., pág. 68.

los gastos de embalaje y de expedición inútilmente hechos, se pregunta Ihering? (74).

Nuestro autor cita también, pues le llamó poderosamente la atención, el caso, célebre en Derecho alemán, del que se ocupó el *Landsgericht* de Colonia en su sentencia de 28 de julio de 1856: «una casa de Colonia había encargado de forma telegráfica, a un banco de Francfort la venta («verkaufen») en su nombre de un número determinado de títulos de un cierto valor de Estado. A consecuencia de un error en la transmisión del encargo, la sílaba «ver» de la palabra «verkaufen» desapareció. Quedó, pues, la palabra «kaufen», que quiere decir comprar, y el encargo así redactado fue enviado al mandatario y ejecutado por éste. Los valores designados habían sufrido inmediatamente después una baja considerable, y la diferencia de valor era muy importante, aproximadamente, cerca de 30.000 florines. ¿Podría el banquero de Francfort reclamar el reembolso de esta cantidad a la casa de Colonia? Esta última sostuvo que no, alegando que el mandato, como cualquier otro contrato, supone el consentimiento, y éste no se había dado en este caso. Sin embargo, la citada casa fue condenada por el Tribunal encargado del asunto (75).

Ante estos ejemplos, Ihering se formulaba la siguiente pregunta: ¿la parte que ha cometido el error no responde frente a la otra de los gastos que le ha causado por su «culpa»? Si hay que concluir que la parte que ha cometido la «faute» queda indemne y la parte inocente se convierte en la víctima de la «faute» de otro, si realmente los principios de Derecho romano conducen a un resultado parecido, se les puede reprochar, concluye Ihering, presentar en esta materia una laguna sensible (76).

Convencido así de la necesidad para el jurista de dar a la víctima de un error esencial el derecho de anular el contrato, pero en contrapartida, de obligarle a responder de daños y perjuicios, Ihering busca entonces la justificación, de hecho y de derecho, de esta acción de daños y perjuicios.

La voluntad se manifiesta en el mundo exterior por una declaración por medio de palabras y de actos. Pero la expresión de la volun-

(74) R. IHERING, *Culpa...*, cit., pág. 3.

(75) R. IHERING, *Culpa...*, cit., págs. 95 y ss.

(76) IHERING opinaba así porque al ser la base de su hipótesis un contrato que no desplegaba sus efectos al devenir nulo (por falta de consentimiento, por ejemplo), no se podía acudir al terreno de la culpa contractual a los efectos de buscar los fundamentos a una posible indemnización. No se podía sino recurrir a la culpa extracontractual, y en este tema, IHERING se encontraba limitado por un ordenamiento basado sustancialmente en el Derecho romano. En efecto, el Derecho romano tan sólo otorgaba para los supuestos de daño extracontractual dos clases de acciones: la «actio doli» y la «actio legis Aquiliae». La aplicación de cualquiera de las dos acciones planteaba serias dificultades: por lo que respecta a la «actio doli», era elemento necesario para que entrara en juego la existencia del dolo, lo que no estaba ni mucho menos claro en los ejemplos de IHERING. Y por lo que toca a la «actio legis Aquiliae», se exigían para el daño los requisitos de visible, material y causado a objetos exteriores (cosas o personas), lo que tampoco ocurría en los supuestos estudiados.

tad y la voluntad pueden ser divergentes. Respecto a esta posibilidad, el derecho puede tomar dos actitudes diferentes. Puede, de hecho, negarle toda influencia jurídica (a la divergencia). Tal es, en esencia, el sistema del antiguo Derecho romano. Tiene a su favor la ventaja de la seguridad absoluta, y en contra la desventaja de un extremo peligro. El nuevo Derecho romano, considerando que el peligro prevalecía, se decidió por el método inverso, y ha reconocido en principio la posibilidad de errores en la expresión de la voluntad. Pero si de esta forma ha cortado una fuente de peligros, parece haber hecho brotar otra, a saber, la *incertidumbre de la posición de la parte adversa*. Esta observación no se aplica a la interpretación lógica, pues supone que la voluntad pueda ser reconocida y haya debido serlo por la parte adversa. La observación se aplica a las excepciones basadas sobre la falta completa de voluntad. Si las circunstancias no son de tal naturaleza que deben quitar al adversario la fe en la certeza de la declaración, éste está completamente en su derecho cuando tiene fe en ella, y no se le puede exigir que, con reiteradas preguntas, se procure la convicción cierta de esta certeza.

Si en esta confianza ha admitido el contrato como concluido y ha tomado sus medidas en consecuencia, si ha ejecutado y dejado pasar otra ocasión de concluirlo favorablemente, su adversario, ¿podrá más tarde sostener que todo ha sido una broma, o que se ha equivocado escribiendo, que se ha equivocado en la persona o en la cosa? ¿Deberá declararse nulo el contrato y deberá la parte inocente soportar los gastos de la imprudencia, de la desatención, de la negligencia del adversario? (77).

Este peligro y esta falta de equidad, que son tan evidentes, dice Ihering, no son tomados en consideración en nuestras fuentes. Poco importa esto, el peligro existe y es necesario por tanto una protección frente a él. Pues bien, dice el autor, el Derecho romano mismo nos ofrece, en el principio de la *diligentia in contrahendo*, el medio de otorgar esta protección.

Y en su labor de investigación, Ihering encuentra en el Derecho romano dos casos en que se concede una acción de daños y perjuicios, lo que le sirve de base a su teoría: se trata de los casos de *venta de una «res extra commercium»* y de *venta de una herencia inexistente*.

Los textos romanos son los siguientes:

L. 62 § 1 de Contr. emt. (18-1) (Modestino): Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit. Licet emptio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit ejus ne deciperetur.

§ 5 Instituta de emt. et venit (3-23): (Loca sacra vel religiosa item publica veluti forum basilicam frustra quis sciens emit) quae tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex emto, quod non habere ei liceat, ut consequatur quod sua

(77) PATRY, *op. cit.*, pág. 126.

*interest deceptum monesse*. Idem iurisset, si hominem liberum pro servo emerit.

En uno de los casos de que se trata, el edicto del Pretor había acordado una acción particular:

L. 8 § 1 de relig. (11-7) (Ulpiano): Si locus religiosus pro puro venisse dicetur. Praetor in factum actionem in cum dat ei, ad quem ea res pertinent, quae actio et in heredem competit, cum *quasi ex empto* actionem contineat.

El segundo caso (venta de una herencia inexistente), está tratado por las L. 8 y 9 de hered. vend (18-4).

L. 8 (Javolenus) ... si nulla est (hereditas), de que actum videatur, pretium dumtaxat et *si quid in eam rem impensum est*, omtor a venditore consequatur L. 9 (Paulus) et si quid emtoris interest.

Del análisis de estos textos Ihering extrae los siguientes elementos.

1.º *Conclusión aparente* del contrato de venta: consentimiento sobre la cosa y el precio.

2.º *Nulidad* de esta venta, a causa de un defecto referente a la cosa vendida. Defecto de *capacidad* en uno de los casos, defecto de *existencia* en el otro.

3.º *Defecto en la persona del vendedor*. Es decir, falta de una condición que el vendedor debía garantizar según el contrato (78).

4.º *Ignorancia del vicio por parte del comprador*. En efecto, la acción por daños y perjuicios otorgada por Ihering en estos casos tiene como presupuesto el hecho de que el comprador ha confiado en la validez del contrato. No se dará tal acción cuando el comprador conoce el vicio y sabe o debe saber que el contrato es nulo.

5.º *Acción derivada del contrato destinada a obtener indemnización de daños y perjuicios*.

Dos de los textos citados dicen expresamente que el comprador puede perseguir sus derechos por medio de la acción del contrato (78 bis).

---

(78) Para IHERING, no es necesario que el vendedor haya incurrido en dolo. Quien ha vendido una herencia inexistente o una «res extra commercium» es responsable de una manera absoluta, sin tener en cuenta el conocimiento que tuviera de ese hecho.

(78 bis) Respecto a esta acción, dice BENATI que la tutela acordada en Derecho romano a la parte que sufre un daño durante el período de formación del contrato a consecuencia de la actitud incorrecta de la otra parte, era limitada y fragmentaria, en cuanto que no se extendía más que a los casos expresamente considerados en las fuentes, es decir, a las hipótesis de imposibilidad originaria de la prestación o a las hipótesis de conducta, dolosa o culposa, dirigida, ya sea a ocultar los vicios de la cosa, ya sea a exagerar cualidades de la cosa vendida o alquilada.

Dicha tutela no experimentó ampliación alguna en el Derecho común porque en aquel tiempo no se sintió la necesidad de una más completa protección de los contratantes. Comenzó, de hecho, a mostrarse inadecuada cuando la intensificación del comercio y del intercambio de bienes exigió a los sujetos del tráfico una mayor lealtad y honestidad en sus relaciones. El mérito de haber reparado en esta exigencia corresponde a IHERING, afirma BENATTI.

Vid. BENATT, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pág. 3.

Interesa en estos momentos subrayar que a nuestro comprador se le concede una acción. ¿Y cuál es el objeto de dicha acción?

Desde luego, es claro que en caso de venta de una herencia existente o de una «res extra commercium», al ser nulo el contrato, el comprador puede reclamar la restitución del precio de venta pagado: esto es algo evidente, de acuerdo con los principios de la «condictio sine causa», pero para eso no era necesaria una «actio empti». No queda, pues, como objeto de la acción sino el «interés» del demandante, y tres de los textos se sirven expresamente de las palabras: «quod eius interest».

Por ello, dice Ihering, en nuestro caso el interés del comprador puede ser considerado bajo un doble aspecto: existe de entrada un *interés al mantenimiento*, y por tanto, a la ejecución del contrato, y en este caso, el comprador obtendría en dinero el equivalente de todo lo que habría obtenido en caso de ejecución del contrato.

Y existe también un *interés a la no conclusión* del contrato. En este caso, obtendría lo que hubiera tenido si el hecho exterior de la conclusión del contrato no hubiera existido.

Para Ihering, el interés al mantenimiento, a la ejecución, es el *interés positivo*. Y el interés en la no conclusión del contrato, el *interés negativo*.

El interés de la primera especie, interés positivo, tiene por base la *validez del contrato*, el de la segunda especie, interés negativo, tiene por base la *nulidad del contrato*. Es claro que el comprador demandante no puede reclamar la ejecución —o lo que es lo mismo, su interés a la ejecución— sino en tanto en cuanto el contrato es válido. El reproche que hará al vendedor demandado, en el segundo caso, no consiste en decir que el contrato es nulo —lo que es imputable a la ley, no al demandante—, sino decir que el vendedor, que ha debido conocer el motivo de nulidad, ha concluido, sin embargo, el contrato y ha causado de esta forma directamente un perjuicio al comprador (79).

Para Ihering, entonces, el objeto de la acción acordada por los textos romanos no podría ser otro que el interés del comprador a la no conclusión del contrato (80), es decir, reclamar la reparación del daño que le ha causado la conclusión del contrato.

Las consecuencias perjudiciales del contrato, continúa este autor, para el comprador, pueden consistir ya sea en el daño inmediatamente causado por la cosa, ya sea en las actuaciones que no habría realizado si no hubiera confiado en la validez del contrato.

El primer caso no presenta para nosotros un interés especial. Son supuestos raros, en los que además de la posibilidad de la retención

(79) Desde el punto de vista del procedimiento, la alegación hecha, en un caso de la validez, en otro de la nulidad del contrato, constituye el fundamento mismo de la acción y debe ser probada por el demandante, a menos que existan presunciones.

(80) Contra esta configuración del objeto de la acción se manifiestan —sin fundamento al decir de IHERING— BURCHARDI y SAVIGNY. Vid. IHERING, *op cit.*, pág. 18.

de la cosa que originó el daño, cabe la aplicación regular de la «*actio legis aquiliae*» (81).

En el segundo caso, las consecuencias perjudiciales de las acciones que el demandante comprador ha realizado con ocasión del contrato pueden consistir en pérdidas positivas o en ganancias perdidas, esto es, acudiendo a la terminología tradicional en tema de daños, en *daño emergente* o en *lucro cesante*.

Dentro del daño emergente se comprenderían los gastos que el comprador ha realizado como consecuencia de la conclusión o de la ejecución del contrato, tales como los gastos de timbre, de notario, de registro, gastos de embalaje, de aduana, de propinas usuales, las mejoras efectuadas por el comprador a la cosa vendida, por el arrendatario a la cosa arrendada, los gastos hechos por el mandatario para la ejecución del mandato...

Desde el punto de vista del lucro cesante, hay que tener en cuenta que la conclusión y posterior nulidad del contrato puede también haber impedido al comprador obtener una ganancia: ya sea que ha rechazado otra ocasión de concluir este contrato, ya sea que no se ha preocupado de buscar una en tiempo útil.

El chófer «retenido» por error un día distinto de aquél que realmente se pensaba, el hotelero al que se le reserva habitaciones equivocadamente, no han sufrido ninguna pérdida positiva como consecuencia de estos errores, pero si ambos, como consecuencia de este hecho, han rechazado otra posibilidad que se les ofrecía de utilizar su coche o sus habitaciones, esto equivale claramente para ellos a una pérdida en dinero.

Así, pues, la indemnización del «interés negativo» tiene la misma finalidad que toda indemnización: restablecer el patrimonio de la persona que ha sufrido el daño al mismo estado en que se encontraría si no se hubiera producido el evento dañoso. En nuestro caso, colocar el patrimonio del comprador en una herencia inexistente o de una «*res extra commercium*» (usando los ejemplos de los textos romanos) en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato que luego sería anulado (82).

---

(81) Un ejemplo de este supuesto podría ser el de la venta de una cabeza de ganado que sufre una enfermedad contagiosa. La res comunica su enfermedad al ganado del comprador.

(82) DOLLE (*Aussergesetzliche Schuldpflichten*, «*Zeitschrift für die gesamte Staats-vissenschaft*», 1942, pág. 86 (citada por M. ALONSO PÉREZ), al hablar de la responsabilidad precontractual, pensaba, en este sentido, que no sólo procedía la indemnización del daño sufrido por la parte que confió en la validez del contrato, sino de todo daño irrogado a consecuencia de la infracción del deber de diligencia, de modo que dicha parte había de ser reintegrada al estado en que se hallaría si el otro contratante hubiese cumplido con su deber de tutela, aclaración y comunicación.

ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 891, considera este criterio indemnizatorio como demasiado amplio, al suponer que se da a la responsabilidad precontractual una amplitud similar o idéntica a la contractual, lo que considera inadmisibile.

## 2. El concepto del interés negativo en la doctrina

Con su artículo sobre la culpa «in contrahendo» y la descripción del interés negativo, Ihering dio un aldabonazo a los tratadistas sobre una serie de problemas que aún no habían sido estudiados. Y si bien no se puede afirmar con rotundidad que la teoría de Ihering tuviera un reflejo en los textos legales de su época, la doctrina sí se ocupó del tema, aunque el concepto del «interés negativo» no sufrió hasta hace poco tiempo modificaciones sustanciales de aquél que formuló Ihering en su día.

Veamos, pues, una serie de opiniones doctrinales sobre el concepto del «interés negativo».

En Derecho alemán, por ejemplo, Fischer, autor de una amplia obra sobre el daño civil y su reparación (83), explica así el «interés negativo»: «cuando la indemnización de daños y perjuicios tiene su causa exteriormente en la celebración de un negocio jurídico, hay que distinguir según que el fundamento esté en la existencia misma del contrato o en su frustración. De ahí la diferencia entre «interés contractual negativo» e «interés contractual positivo». La indemnización del interés positivo no requiere el desistimiento del negocio válido, antes bien, presupone su ejecución, aunque en vez de cumplimiento efectivo —el cual resulta imposible o carece de interés para el declarante— éste exigía otro objeto, subsidiario a la prestación principal: la demanda tiene su base en el contrato o negocio jurídico válido y perfecto. Este sería el supuesto típico de indemnización de daños y perjuicios o consecuencia de un incumplimiento contractual (interés de cumplimiento).

En contraposición a este concepto se conoce el de «interés contractual negativo», es decir, aquél que se irroga a quien confía en la validez de un negocio jurídico que luego resulta nulo, bien por vicio original o por causas posteriores.

Así concebido, el interés contractual negativo presupone por hipótesis un contrato frustrado, un contrato que no produce efectos. Las causas de ella existen con anterioridad a la celebración del contrato».

En opinión de Hedemann, la de interés negativo/interés positivo es una distinción dogmáticamente muy sutil y cuyas normas legales son por su léxico de difícil comprensión. Define el «interés negativo», también llamado «interés de confianza» como el daño que la otra parte sufre porque confía en la validez del negocio; el «interés positivo», también llamado «interés de cumplimiento», está configurado en la ley como el interés que tiene la otra parte en la validez del contrato (se está refiriendo aquí Hedemann a los parágrafos 122 y 307 del Código alemán) (84).

Por su parte, Larenz aborda el tema al estudiar la culpa antes o al

(83) HANS A. FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, 1928. Traducción al español de Wenceslao Roces, págs. 97 y ss.

(84) HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil*, vol. III, pág. 125.

concluir el contrato (85), y dice que según el párrafo 307 del BGB, el que al concluir el contrato conocía o debió conocer la imposibilidad de la prestación, está obligado a indemnizar el daño que por ello haya sufrido la otra parte, en caso de que ésta no hubiera conocido ni podido conocer dicha imposibilidad y confiara en la validez del contrato.

Lo mismo rige, según el párrafo 309, para el caso en que un contrato sea nulo por infracción de una prohibición legal (según el párrafo 134) y una de las partes conociese o debiese conocer la prohibición (86).

Por lo que respecta a la doctrina española, hay que empezar diciendo que el tema ha sido por lo general poco estudiado, y tratadistas clásicos de la talla de García Goyena, Manresa o Mucius Scaevola no se detienen a tratar los puntos que habían suscitado la atención de Ihering. Es la doctrina más moderna la que hace ya referencia al tema, pero aun así sin estudiarlo con profundidad (87).

Así, por ejemplo, Cossío mantiene que el hecho de ponerse en contacto dos personas a fin de negociar la conclusión de un contrato, establece entre ellas una cierta conexión y crea un estado de recíproca confianza que no debe ser defraudado, pues una y otra se deben un mínimo de lealtad en el trato. Y existe —dice— la obligación de indemnizar el interés contractual negativo cuando el contrato no llega a su conclusión debido a causa imputable a una de las partes que intervinieron en el trato (88).

(85) KARL LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, t. I, pág. 106.

(86) ENNECERUS-KIPP WOLFF, en su *Tratado de Derecho Civil* (t. II, 1, «Derecho de Obligaciones», pág. 63), hablando del deber de indemnizar al tratar de las obligaciones afirman que uno de los supuestos en que se pueden plantear este deber es en los supuestos de invalidez de un negocio jurídico. En estos casos, el deber de prestarla se extiende:

1. O bien al llamado interés positivo, o mejor aún, interés de cumplimiento, esto es, a lo que el acreedor tendría si el negocio fuese plenamente válido.

2. O bien sólo al llamado interés negativo, o mejor aún, interés de confianza, o sea, el daño que el acreedor ha experimentado en virtud de haber creído en la validez del negocio, y que, por tanto, no hubiera padecido si hubiese sabido que no era válido.

Para una mayor ampliación del tema en la doctrina alemana. Vid.: BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei beschäftsabschluss durch Stellvertreter*, Arch. Ziv. Pr. 151, 501; ERMANN, *Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen*, Arch. Ziv. Pr., 139, 273; HILDEBRANT, *Erklärungshaftung*, 1931; LEONNARD, *Verschulden beim Vertragsschluss*, 1910; STOLL, *Die Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*, Leipzig 23, 532; el mismo, *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, 1936 (autores citados por LARENZ).

(87) Como trabajos importantes en este tema se podrían citar tan sólo el ya mencionado de M. ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, «Rev. Crít. Der. Inmobiliario», 1970, y respecto a la hipótesis de interés negativo referido al tema de la ruptura de las negociaciones, el de MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, Revista de Derecho Notarial, 1956.

(88) A. COSSÍO, *Instituciones de Derecho Civil*, I, págs. 264 y ss. Vid., del mismo autor, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, págs. 84 y ss. Cossío comienza ya a hablar, quizá por influjo de la doctrina italiana y de la jurisprudencia de ese país, al art. 1.337 de su Código civil, de ciertos deberes que existen entre las partes que entran en contacto para celebrar un negocio jurídico.

Y así, dice, es indudable que quien contrata, pasa de la esfera puramente ne-

Por su parte, Espín parece seguir la línea de Ihering cuando afirma que «también puede ocasionarse una responsabilidad por los tratos precontractuales si una de las partes culposamente oculta a la otra causas que impiden la válida celebración del contrato. Está latente en la responsabilidad precontractual la idea de la buena fe» (89).

Díez-Picazo, al tratar de la responsabilidad precontractual piensa que el daño en este tipo de supuestos es susceptible de ser causado por haber dado lugar un contratante a una causa de nulidad por la que queda posteriormente ineficaz el contrato (p. ej., emplea dolo o violencia) o por ocultar datos o información que evitaría aquél (por ejemplo, se contrata en nombre y representación de otro sin manifestar que no se tiene en representación, por lo que queda sin efectos el contrato (90), o por una ruptura de los tratos preliminares.

El tema del daño resarcible, para este autor, en la responsabilidad precontractual está centrado en el «interés negativo», diferenciado del «interés positivo». El responsable ha de indemnizar no en la medida que le sería debida por el incumplimiento del contrato, sino en la medida correspondiente a la disminución patrimonial que se sufre, y que se hubiera evitado si no se hubiese hecho el contrato o no se hubiesen iniciado los tratos preliminares (interés negativo). Es decir, el otro contratante no tiene derecho a reclamar todas las ventajas que tendría si el contrato hubiera llegado a feliz término. Por eso el perjudicado tiene

---

gativa del tráfico extracontractual a la esfera positiva del tráfico contractual: del campo de la «culpa in faciendo» al de la «culpa in non faciendo», esto es, al de la diligencia positiva, y la primera y más general obligación que con ello asume es emplear en la contratación la necesaria diligencia: no sólo las relaciones contractuales existentes, sino las que están en formación, deben quedar bajo la protección de las reglas sobre la culpa, pues en caso contrario cada contratante correría el peligro de ser sacrificado por la negligencia ajena; se impone, pues, como obligación la «diligencia in contrahendo», y de la misma manera que si el contrato llega a feliz término asegura el interés contractual positivo, debe responder del interés contractual negativo cuando el contrato no llega a la perfección por causa a él no imputable. *El dolo en el Derecho civil*, pág. 275.

(89) DIEGO ESPÍN, *Derecho Civil*, vol. III, «Obligaciones y Contratos», página 373. Este autor parece dejar una puerta abierta a la responsabilidad por ruptura injustificada de los tratos cuando dice: «puede ocurrir que en la fase previa de aproximación de ambas voluntades no se llegue a un acuerdo, porque la primera oferta no sea aceptada, ni tampoco la contrapropuesta que formule la otra parte, y en estos casos en que no se llega al consentimiento contractual, pueden, sin embargo, haberse producido determinados gastos realizados en vista a la posible celebración del contrato y originarse alguna responsabilidad para el que rompe los tratos iniciales sin causa justificada. Vid. op. cit., pág. 372.

(90) Esta es precisamente la hipótesis que recoge el artículo 1.398 del Código civil italiano, que obliga a aquél que ocultó su defecto o falta de poderes a indemnizar a aquél con quien contrató, que había confiado en que el contrato desplegaría sus efectos.

En este sentido, PÉREZ y ALGUER, en los comentarios a la obra de ENNECERUS—KIPP y WOLFF antes citada apuntaban la posibilidad de encontrar un supuesto de culpa «in contrahendo» en el artículo 1.725 de nuestro Código, que establece que «el mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes».

derecho a que se le reembolsen todos los gastos realizados para estar en condiciones de cumplir el contrato o por razón de los tratos iniciados (pago de asesores, desplazamientos, interés del dinero que ha obtenido para el cumplimiento de su prestación contractual, alquiler de almacén para conservar la cosa que hubiera debido entregar, gastos de transporte de la misma, etc.) (91).

Alonso Pérez cuando habla de «interés negativo» se está refiriendo fundamentalmente a las hipótesis de un contrato devenido inválido, por causas imputables a una parte, es decir, los casos estudiados por Ihering, aunque admite como supuesto de culpa «in contrahendo» el de la ruptura injustificada de las conversaciones preliminares.

Y afirma que el «interés negativo» se traduciría en la necesidad de indemnizar los llamados «daños de la confianza», por haber suscitado en la otra parte legítimas expectativas de que el contrato se concluiría, de que las negociaciones se llevaban con seriedad y conducirían al resultado apetecido: en definitiva, por haber fiado en la existencia y validez del contrato, si se llegó a celebrar (92).

En una posición aislada merece destacarse la opinión de Puig Brutau, que parece rechazar categóricamente la idea de la «culpa in contrahendo», en efecto, con referencia al Derecho alemán —dice el autor—, Enneccerus y Lehman afirman que el Código civil alemán no reconoce expresamente una responsabilidad por culpa en la conclusión del contrato, esto es, por la llamada «culpa in contrahendo», pero existen una serie de disposiciones aisladas que resuelven casos de responsabilidad por semejante culpa, y que con ellas la doctrina y la jurisprudencia han tratado de construir un principio general.

Y en este sentido se habla de que «del comienzo de unos actos preparatorios de un contrato deriva una relación de confianza análoga a la contractual y que obliga a los interesados a conservar la diligencia exigible en el tráfico».

Pues bien, frente a esto Puig Brutau piensa que todas esas tesis consisten en racionalizaciones «a posteriori» de unos resultados que se alcanzan con independencia de las construcciones teóricas, que son a su juicio por completo estériles y constitutivas de una ficción innecesaria. ¿Qué añadirá a la eficacia y conveniencia de la solución el hecho de que pueda afirmarse que brota de unos preceptos legislativos cuyo autor jamás pensó en los problemas ahora resueltos? (93).

(91) L. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, II, pág. 88, ed. 2.<sup>a</sup>.

Es esta la primera vez que este autor habla de una responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones y de «interés negativo» aplicado a esta hipótesis, pues en sus obras anteriores no lo había hecho así.

(92) ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 905.

(93) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. I, «Doctrina general del contrato», págs. 254 y ss.

En realidad, la opinión de PUIG BRUTAU se muestra aislada en el ámbito de la doctrina española, en la que parece se empieza a despertar un cierto interés por el tema de la culpa «in contrahendo». En este sentido, es normal ya que en los tratados o manuales al uso se incluye el tema de la culpa «in contrahendo». Así, por ejemplo, CASTÁN (*Derecho Civil español, común y foral*., t. III, «Derecho de Obligaciones», pág. 175) bajo la rúbrica «Responsabilidad por los gastos o perjui-

### 3. La crítica al concepto de «interés negativo» de Ihering

Hemos visto hasta aquí cuál es el desarrollo que Ihering hace de su teoría sobre la «culpa in contrahendo», y por tanto, también sobre el concepto de interés negativo. Asimismo ha quedado claro que la doctrina continental coincide esencialmente con el concepto de interés negativo elaborado por Ihering.

Sin embargo, la obra de Ihering ha sido objeto de crítica desde distintos ángulos. En lo que a nosotros respecta, pasaremos a estudiar las críticas realizadas que han significado un cambio cualitativo en el concepto del «interés negativo».

A estos efectos, recordemos esquemáticamente los puntos bases de la obra del autor alemán:

1.º La hipótesis central de la culpa «in contrahendo» es la de un contrato válidamente celebrado y que posteriormente deviene nulo por causas imputables a una de las partes.

2.º Como resultas de la nulidad, la parte contraria sufre un daño a consecuencia de haber confiado sin su culpa en la validez del contrato.

3.º Ese daño está representado en la idea del interés negativo, en contraposición al interés positivo o interés de cumplimiento. El interés negativo tendría así como base un contrato frustrado, mientras que el interés positivo representaría el cumplimiento del contrato.

4.º El interés negativo engloba tanto el daño emergente (gastos realizados en la preparación del contrato) como el lucro cesante (beneficios dejados de obtener por haber confiado en que el contrato anulado desplegaría sus efectos).

Frente a esto, y en relación con el interés negativo se han planteado las siguientes objeciones:

1. En primer lugar, se ha mantenido por Benatti (94) que no es cierto que la distinción «interés negativo - interés positivo» esté basada en la validez o invalidez del contrato, porque la figura del «inte-

---

cios que puedan producirse en la preparación del contrato», trata el tema de la culpa «in contrahendo», ampliando las hipótesis de IHERING y afirmando: «si las conversaciones preliminares fracasan y el contrato no llega a concluirse, es preciso determinar a quién incumbirá pagar los gastos que en el curso de aquéllas se han efectuado o los perjuicios que se hayan producido». Como se puede apreciar, está latente en este autor la idea de la responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones preliminares.

ALBALADEJO (*Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones, Parte general*, páginas 271 y ss.) se plantea también el mismo supuesto cuando se pregunta: «¿Obliga a indemnizar la ruptura de los tratos?», y contesta: «en conclusión, los tratos, si bien nunca constriñen a celebrar el contrato, debe entenderse que obligan a indemnizar —como todo acto ilícito: art. 1.902— a la otra parte los daños que le hayan ocasionado (gastos de viaje, peritos, planos), si no habiendo una causa que justifique su ruptura (por ejemplo: ruina del que las rompe, que le sea pedido un precio que razonablemente puede no aceptar, etc.), la entrada en ellos y tal ruptura posterior constituyen en conjunto un acto ilícito».

(94) Vid. BENATTI, *op. cit.*, págs. 13 y ss. y 146 y ss.

rés negativo» puede aparecer también en caso de contratos válidos (94 bis).

Benatti basa su afirmación en el artículo 1.337 del Código civil italiano, artículo que con su amplia fórmula permite no limitar el concepto de responsabilidad precontractual a las únicas hipótesis en que se haya estipulado un contrato inválido, sino ampliarlo hasta comprender los casos en que se haya concluido un contrato válido o incluso aunque no se haya llevado a acuerdo alguno por haberse roto las negociaciones.

Para llegar a esta conclusión Benatti, hace dos consideraciones:

A) La doctrina alemana ha puesto de relieve ya cómo diversas normas del BGB prevén una responsabilidad por culpa «in contrahendo» estando en presencia de un contrato válido:

— los parágrafos 523 y 524 del BGB disponen que si el donante calla dolosamente los vicios de la cosa donada, está obligada a resarcir el daño que ha causado al otro contratante;

— el parágrafo 600 del BGB establece que si el comodante no comunica dolosamente los vicios de la cosa, está obligado a resarcir el daño ocasionado a la otra parte;

— según el parágrafo 694 BGB, el depositante está obligado a resarcir el daño provocado por los vicios de la cosa a no ser que no hubiera dado aviso a la otra parte por falta de conocimiento.

En este sentido, la doctrina alemana, intentando sentar sobre nuevas bases la distinción entre los dos tipos de interés, ha definido el interés negativo como «*Vertravensschaden*», esto es, como daño causado por la violación de la confianza de una persona en la seriedad, lealtad y honestidad en el trato de la otra.

En la misma línea que Benatti y la doctrina alemana se muestra también Alonso Pérez en nuestro derecho (95), para quien el problema de la responsabilidad precontractual puede plantearse también en casos de donación. Piensa este autor que junto a la responsabilidad precontractual que nace cuando las negociaciones preliminares no llegan a feliz término porque una parte las interrumpe sin justificación o porque los prolonga innecesariamente, o de cualquier modo defrauda la confianza de la contraria, siempre con el propósito de no celebrar el contrato proyectado, hay otro tipo de responsabilidad precontractual que tiene lugar sin negociaciones previas, y que puede existir tanto en figuras contractuales onerosas como en las de mera liberalidad.

Y así, el problema de la responsabilidad por violación de la buena fe en la formación inmediata del contrato, puede presentarse sin duda en la donación. Dadas las características especiales del acto de la donación, no puede pensarse que sea un negocio jurídico susceptible de negociaciones preliminares, por lo que no es susceptible de ruptura

---

(94 bis) MARIO BESSONE coincide con BENATTI al opinar que la teoría de IHERING aparece como demasiado circunscrita, en la medida en que denuncia una obligación de comportamiento correcto sólo para las hipótesis de conclusión de un contrato inválido. *Op. cit.*, pág. 1012.

(95) ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, págs. 880 y ss.

injustificada de las negociaciones, pero sí en cambio de otras posibles formas de responsabilidad «in contrahendo» por comportamiento doloso del donante o lesivo para los intereses del donatario. Y cita Alonso expresamente los preceptos del BGB antes mencionados.

Por su parte, Piotet piensa también que existe un supuesto de culpa «in contrahendo» por violación de la obligación de buena fe en el período precontractual en la hipótesis del artículo 248 del Código suizo de las Obligaciones, que dispone :«Le donateur ne répond, envers le donataire, du dommage dérivant de la donation qu' en cas de dol ou de négligence grave. Il n'est tenu que de la garantie promise pour la chose donnée ou de la créance cédée» (96).

B) Por otra parte, piensa Benatti, si se ha observado y parece en efecto cierto que ya en la fase de las «trattative» surgen deberes de denuncia, comunicación, custodia, es evidente que la violación de tales obligaciones es fuente de responsabilidad, independientemente del hecho de que posteriormente se llegue a un acuerdo. No se alcanzaría a comprender por qué motivo, una vez establecido que las partes en negociaciones deben comportarse de acuerdo con la buena fe, se debería después llegar a sostener que el comportamiento incorrecto consiste solamente en la formación de un negocio nulo o anulable.

A nuestro juicio es acertada la observación de Benatti. Los autores que con mayor profundidad han estudiado el tema de la responsabilidad precontractual coinciden en señalar la existencia de una serie de obligaciones y deberes para las partes desde el momento en que entran en contacto a los efectos de intentar concluir un negocio jurídico, y, en este sentido, se han esbozado clasificaciones de dichos deberes en la etapa precontractual. Así, por ejemplo, Piotet ha resaltado que la obligación de «declaración» es el deber precontractual esencial. Esta obligación de declaración comprendería a su vez:

- la obligación de verdad;
- la obligación de información.

Y estas dos obligaciones tendrían por corolario tres deberes secundarios:

a) el de buscar entre los hechos conocidos los que puedan ser esenciales para la parte adversa («Prüfungspflicht»);

b) el de constatar si existen hechos todavía desconocidos del deudor precontractual que puedan ser esenciales para la otra parte («Untersuchungspflicht»);

c) el de abstenerse de todo comportamiento que pueda contribuir a crear un error en la otra parte («verbereitende Jorgfatspflicht») (97).

Tales deberes no los concibe Piotet referidos únicamente a la conclusión de un contrato inválido, pues entre sus hipótesis de culpa «in contrahendo» se incluyen las de «inexistencia del acto jurídico» (pensando en el caso de ruptura de las negociaciones) y la de «otorgamiento

---

(96) Para un comentario amplio de este artículo, vid. P. PIOTET, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en Droit privé suisse*, Berne 1963, págs. 115 y ss.

(97) PIOTET, *op. cit.*, pág. 121.

de un acto jurídico eficaz pero que puede ser invalidado, resuelto o rescindido».

Lo mismo se puede decir de Alonso Pérez, quien tras establecer ese deber de comportamiento honesto y leal entre las partes en negociaciones habla para esa etapa de «deber de comunicación», «deber de secreto», «deber de custodia y conservación», deberes que refiere a casos que no son sólo el de la conclusión de un contrato inválido (98).

La opinión de Benatti se ve reforzada además por las normas que tratan de responsabilidad precontractual en el Derecho italiano. En efecto, parece claro que el artículo 1.337 es la disposición base en tema de culpa «in contrahendo», mientras que el artículo 1.338 —que sanciona precisamente el que conociendo o debiendo conocer una de las partes la existencia de una causa de invalidez del contrato no lo comuniqua a la otra parte, supuesto asimilable a los estudiados por Ihering, no es sino una aplicación del principio sancionado en la norma precedente. Y en el artículo 1.337 no se encuentra ninguna mención de la pretendida limitación del concepto de responsabilidad precontractual a los únicos casos de invalidez del contrato (99).

Resumiendo, se podría afirmar que hay una coincidencia generalizada a la hora de afirmar la existencia de una serie de deberes precontractuales que se pueden reflejar en casos de responsabilidad precontractual no estudiados por Ihering (como, por ejemplo, el de culpa «in contrahendo» en caso de conclusión de un contrato válido, v. gr., el supuesto de la donación en Derecho alemán y suizo antes expuesto, o el caso de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares (100).

---

(98) ALONSO, *op. cit.*, pág. 909. Otro autor que se ha preocupado de hacer un elenco de los deberes que incumben a las partes en la etapa precontractual ha sido CARRESI vid. *In tema de responsabilità precontrattuale*, Temi 1974, págs. 440-469; *Introduzione ad uno studio sistematico degli sueri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico*, págs. 822 y ss.

CARRESI enumera los siguientes deberes en la etapa de formación del contrato; deber de no romper injustificadamente las negociaciones; deber de informar a la otra parte de la existencia de causas de invalidez e ineficacia del negocio jurídico (entre las que habría que incluir el deber de comunicar las causas que excluyen o limitan la propia capacidad jurídica o la capacidad de obrar; el deber de comunicar los defectos en la legitimación para contratar); deber de informar a la contraparte de la existencia de circunstancias que excluyen la formación del contrato.

(99) En este sentido, MENGONI apunta que hace ya muchos años, un escritor alemán (HELDRIICH), afirmaba que «la literatura italiana es manifiestamente extraña a la idea de que la circunstancia de la conclusión o no de un contrato válido, no tiene importancia alguna para la construcción de la responsabilidad precontractual». Y dice MENGONI que se puede entender que tal idea no hubiera tomado cuerpo bajo la vigencia del Código italiano de 1865, porque la letra de la ley podía hacer creer, al menos a primera vista, que en las hipótesis de conclusión frustrada de un contrato válido, la única fuente para configurar una eventual responsabilidad de las partes fuese el artículo 1.151. Pero hoy tenemos ya la disposición general del artículo 1.337, donde no hay rastro de la pretendida limitación del concepto de responsabilidad precontractual a las citadas hipótesis. Ver MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, «Riv. Dir. Comm.», 1956, II, págs. 356 y ss.

(100) No obstante, en nuestra opinión, habría que tener en cuenta que IHERING no intentó hacer un estudio de todos los problemas que planteaba la culpa «in contrahendo», sino que buscaba una solución a un caso muy concreto: el de

2. Otro de los comentarios que se pueden hacer a la obra de Ihering, que no crítica, a nuestro juicio, es el de que el autor alemán pasa por alto el tema de la ruptura injustificada de las conversaciones preliminares, que hoy en día se considera como un supuesto más de «culpa in contrahendo», sobre todo por la mayoritaria doctrina italiana.

Y decimos que no se puede lanzar como crítica a Ihering el que no estudiara el supuesto de la ruptura de las negociaciones, porque a nuestro modo de ver ello tiene una explicación muy clara: y es la concepción individualista-liberal en la que en los momentos en que Ihering escribe su obra estaba inspirada la reglamentación de las relaciones económico-sociales (101). La construcción de Ihering debía encuadrarse en el plano de un ordenamiento sustancialmente fundado en el Derecho romano, y sirviéndose de las indicaciones ofrecidas por las fuentes. Junto a esto, debía tener cuidado de evitar que la búsqueda tutela del contratante defraudado en sus expectativas por no haber alcanzado un acuerdo válido contractual debido al comportamiento de la otra parte, no se tradujera en una excesiva invasión de la esfera de «libertad» reconocida al individuo, de modo que sofocase también su natural sentido de la responsabilidad.

Esto explica que, al mismo tiempo, Ihering excluyese toda responsabilidad de la fase antecedente a la conclusión del contrato, en la que ambas partes habrían debido saber que no existía ningún vínculo y prepararse en consecuencia para no sufrir un perjuicio inútil confiando sin razón en la futura conclusión del contrato.

Hecha esta observación, hay que decir que incluso en Italia y durante la vigencia del Código civil de 1865, fueron pocas las veces que reclamaron un control de la actividad de las partes en el período anterior a la formación del contrato (102), porque la mayoría de los autores era de hecho decididamente contraria a considerar la ruptura

---

la anulación de un negocio jurídico por error esencial de una parte, y la posibilidad de reparar el daño que dicha anulación causaba a la otra parte inocente. Por ello es lógico que no tratara otros posibles casos de culpa «in contrahendo».

Por otra parte, es un dato a considerar el de la época en que IHERING escribe su artículo (fuertemente influenciado por el Derecho romano), en la que hablar, por ejemplo, de trabas a la libertad de romper las negociaciones preliminares era algo bastante ilusorio.

(101) Vid. LOI y TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, cit., págs. 2 y ss.

(102) En este sentido, ya CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Culpae contrattuale*, Torino 1897, págs. 1 y ss., había hablado de la obligación de las partes de proceder en las «trattative» seriamente y de buena fe. En la misma línea, GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolari riguardo ai contratti*, Padova 1938, pág. 198; PERETTI GRIVA, *Buona fede rei contratti e responsabilità costituente il consenso contrattuale*, en «Dir. e pract. commerciale», 1938, II, pág. 235.

Y BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano 1921, pág. 142, afirmaba ya que quien se decide a establecer relaciones de «negocio», tiene unos deberes de «correttezza» a los que está obligado por la misma convivencia social, y cuya violación, durante las negociaciones puede conducirle a responder de los daños derivados de su culpa y consistentes en el perjuicio sufrido por la otra parte a consecuencia de la no conclusión del contrato.

injustificada fuente de responsabilidad, en virtud (como ya se ha dicho), de la concepción individualista - liberal que, aplicada al campo económico, se traducía esencialmente en la absoluta salvaguardia de la libertad de contratación (103).

Fue realmente Faggella, en 1900, con su artículo ya citado anteriormente sobre la responsabilidad precontractual, el primer autor que defendió abiertamente la existencia de una responsabilidad en caso de ruptura injustificada de las negociaciones, siendo secundado poco después, en 1907, por Saleilles (104).

Y el punto de inflexión para la admisión de una responsabilidad precontractual a consecuencia de la ruptura injustificada de las negociaciones se produce al introducir el Código italiano de 1942 los artículos 1.337 y 1.338. En efecto, el artículo 1.337 ofrece una sólida base para cimentar tal responsabilidad, puesto que, si la norma obliga a las partes a comportarse de buena fe, puede concluirse que, cuando los tratos preliminares llegan a un punto tal que una de las partes confía razonablemente en la conclusión del contrato, la ruptura repentina, sin motivo justificado, no sería leal y honesta, y en consecuencia debería considerarse prohibida (105).

A nivel legislativo, una formulación tan clara como la del artículo 1.337 del Código italiano tan sólo se ha obtenido en el Código portugués de 1966, en su artículo 227: «quien negocia con otro para la conclusión de un contrato, debe, tanto en las conversaciones preliminares como en la formación del mismo, proceder según las reglas de la buena fe, so pena de responder por los daños que culposamente cause a la otra parte» (106).

No vamos a repetir aquí los argumentos y razones que se pueden esgrimir para basar una responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones, puesto que ya han sido expuestas con anterioridad. Señalar tan sólo cómo si a nivel de códigos ya ha plasmado en los ejemplos citados la posibilidad de una responsabilidad por ruptura in-

(103) En este sentido, ver POLACCO, *Le obbligazioni*, pág. 303; COVIELLO, *Della cosiddeta culpa in contrahendo en Il Filangieri*, pág. 721; CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano 1915, págs. 14 y ss.; PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, II, Padova 1939, pág. 116.

(104) Vid. FAGGELLA, *op. cit.*, págs. 25 y ss.; y SALEILLES, *op. cit.*

(105) Refrendan esta opinión FRAGALI, *Dei contratti in generale*, Firenze 1948, pág. 368; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, pág. 82; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., pág. 119; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, pág. 174. En contra, minoritariamente, JANUZZI, *Buona fede e recesso dalle trattative contrattuali*, in «FORO it.», 1948, I, págs. 667 y ss.; DE CUPIS, *Il danno*, cit., págs. 53 y 54; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., págs. 53 y ss.

(106) En este sentido, ha puesto de manifiesto BESSONE, la doctrina y la jurisprudencia italiana gozan de una condición de indiscutible privilegio; una norma como el artículo 1.337 que hace de la «correttezza» el modelo de comportamiento a observar en cualquier momento de la relación precontractual, sugiere sin duda índices de valoración en virtud de los cuales apreciar cada una de las circunstancias que han precedido a la ruptura. Vid. BESSONE, *Rapporti precontrattuali e doveri di correttezza*, cit., pág. 987.

Para un estudio del Derecho comparado en este sentido, vid. BESSONE, *op. cit.*, págs. 984 y ss.

justificada a nivel doctrinal cada vez se siente más la necesidad de ejercer un control sobre la actividad de las partes en el período de formación del contrato y en definitiva de exigir a las partes un comportamiento conforme a la corrección y a la buena fe.

Nuestro derecho no ha sido tampoco ajeno a esta tendencia y se podría decir que la doctrina más moderna ha ido tomando posiciones frente a esta hipótesis de responsabilidad contractual (107).

Así, por ejemplo, Moreno Quesada ha sido de los primeros autores que han adoptado una postura clara frente a la responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones (108). Este autor, después de un estudio detenido de este supuesto, considera esta responsabilidad plenamente admisible en nuestro derecho, otorgándola naturaleza extracontractual. Y afirma que para fijar la cuantía de la indemnización a que da lugar el reconocimiento de la responsabilidad preliminar, será preciso establecer unos principios de los que se hagan aplicación en los casos concretos en que se vayan presentando. Estos principios se concretan para Moreno Quesada en la exigencia del llamado «interés negativo del contrato, entendido como los gastos y trabajos efectuados por la parte que sufre la ruptura —esto es, pérdidas materiales— al haber confiado en la conclusión del contrato».

En esta misma línea Alonso Pérez afirma que es opinión difundida que del deber precontractual de lealtad deriva la obligación de no apartarse de los tratos sin justa causa. Y piensa que hay un comportamiento desleal «in contrahendo» cuando los tratos se rompen injustificada o arbitrariamente. La ruptura infundada de las negociaciones preliminares presupone una defraudación de la confianza (109).

Hemos visto antes cómo autores como Albaladejo, Cossio y Espín se mostraban partidarios de esta responsabilidad, e incluso autores como Castán y Díez-Picazo, que en un primer momento admitían como caso genuino de culpa «in contrahendo» la hipótesis estudiada por Ihering de conclusión de un contrato inválido, admiten actualmente como supuesto de responsabilidad precontractual el de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares.

---

(107) Como un precedente aislado hay que tomar a F. MENÉNDEZ PIDAL, en su Apéndice sobre el Derecho español a la obra de HILSENRAD, *Las obligaciones precontractuales*, 1932, págs. 165 y ss. MENÉNDEZ PIDAL, tras estudiar la doctrina y jurisprudencia de su época, llega a la conclusión de que ambas son inútiles para intentar abordar el tema de la responsabilidad precontractual, pues prácticamente no le prestan ninguna atención. El autor se muestra, sin embargo, favorable a la existencia de esta responsabilidad, y configura la responsabilidad «in contrahendo» como un supuesto de responsabilidad objetiva basada en la idea de riesgo creada en la etapa formativa del contrato que debe reparar quien lo originó.

Nosotros no creemos, sin embargo, que se pueda considerar la responsabilidad precontractual como una responsabilidad por riesgo, como si las conversaciones preliminares fueran algo potencialmente peligrosas y susceptibles de producir un daño, de la misma forma que lo pueden ser los vehículos de motor para la Ley del Automóvil. Para una crítica a MENÉNDEZ PIDAL, vid. ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad...*, cit., pág. 903, y MORENO QUESADA, *La oferta de contrato...*, cit., págs. 43 y ss.

(108) MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, cit., págs. 33-58.

(109) ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 912.

También Piotet, autor que en el ámbito del Derecho suizo ha estudiado a fondo el tema de la culpa «in contrahendo», se muestra favorable a la admisión de una responsabilidad por interrupción de las negociaciones preliminares. Se refiere así este autor a la existencia de un deber en las «trattative» de expresarse claramente para evitar una falsa interpretación de su comportamiento por la parte adversa, citando una sentencia del Tribunal federal suizo que admite que una parte no puede, por una actitud contraria a sus verdaderas intenciones, despertar en la otra parte la esperanza ilusoria de que el negocio será concluido, llevándola así a realizar una serie de gastos (o al contrario, a abstenerse de realizar otros actos). Asimismo, piensa Piotet que cuando una parte debe saber que un hecho, ignorado por la otra parte y que debe comunicarle según las reglas de la buena fe, puede hacer fracasar las negociaciones, tiene la obligación de informar de él a la otra parte. Si no lo hace y se produce un daño, dicha parte responde contractualmente (110).

En el plano jurisprudencial y aún dentro del Derecho suizo, hay que resaltar la sentencia del Tribunal Federal de 6 de junio de 1951, que afirmaba: «como consecuencia de la doctrina alemana y de la jurisprudencia del Tribunal del Imperio alemán, que han adoptado y desarrollado las ideas expresadas por Ihering, la práctica de los tribunales suizos ha reconocido también la existencia de responsabilidad derivada de la culpa «in contrahendo». Según los principios comunmente admitidos en Alemania y en Suiza, las negociaciones preliminares crean entre las partes, desde antes de la conclusión del contrato, una relación jurídica que da nacimiento a ciertas obligaciones de diligencia. La responsabilidad por la actitud adoptada en las negociaciones se aplica no solamente cuando éstas han desembocado en la conclusión de un contrato, aunque sea un contrato nulo, sino también en el caso en que las partes no han concluido ningún contrato» (111).

En el ámbito del Derecho francés hay que recordar que Saleilles aceptó con entusiasmo la tesis de Faggella sobre la responsabilidad por ruptura injustificada de los tratos (112). Demogue se mostraba también a favor de esta idea cuando admitía la posibilidad del reembolso de los gastos realizados en los tratos, siempre que existiera una ruptura arbitraria, para no crear una responsabilidad demasiado extensa, siendo preciso, a fin de no menoscabar la libertad que han de disfrutar los contratantes de realizar o no el contrato según les convenga, recurrir a la idea de contrato tácito al construir técnicamente esta responsabi-

(110) PIOTET, *Culpa in contrahendo*, cit., págs. 320 y ss. Junto a ello afirma este autor el deber de no impedir o de no hacer fracasar las negociaciones que deberían fructificar, y en este sentido señala que el Bundesgerichtshof ha admitido la responsabilidad precontractual de quien permite a la contraparte en las negociaciones creer en la conclusión cierta del contrato proyectado y hacer gastos por razón de tal contrato.

(111) PATRY, *La formation du contrat et la protection de la confiance en droit privé suisse*, pág. 128.

(112) SALEILLES, *Sur la responsabilité precontractuelle*, cit., «Rev. Trim. Droit Civil», 1907, págs. 697 y ss.

lidad (113). Y Joanna Smichdt, al estudiar la culpa precontractual afirmaba que la obligación general de buena fe en la formación de los contratos adquiere, en el caso de las negociaciones preliminares, un aspecto específico: no impone la obligación de no romper las negociaciones, pero obliga a no cortarlas cuando se ha suscitado en la contraparte la confianza en la conclusión del acuerdo (114).

#### 4. La determinación del «quantum» en el interés negativo

Afirma Benatti que es opinión pacífica en la doctrina que la violación de un deber precontractual dé lugar tan sólo al resarcimiento del citado «interés negativo» (115). Y en el mismo sentido, Loi y Tessitore piensan que la responsabilidad precontractual en el sentido de los artículos 1.337-1.338 del Código civil italiano comporta a cargo del sujeto culpable el resarcimiento del daño, cuya entidad se suele circunscribir en los límites característicos del «interés negativo» (116).

Aceptando, pues, que la responsabilidad precontractual trae consigo el resarcimiento del daño, esto es, del interés negativo, habrá que intentar llegar a una determinación cuantitativa del citado interés negativo: esto es, determinar qué es lo que debe incluirse en el resarcimiento del daño.

Antes de seguir adelante hay que hacer una advertencia: nosotros distinguimos a efectos de nuestro estudio la hipótesis de culpa «in contrahendo» consistente en la conclusión de un contrato que es posteriormente invalidado por vicios o defectos existentes en el período de la formación del contrato (básicamente, la hipótesis de Ihering) del supuesto de culpa «in contrahendo» consistente en una ruptura injustificada de las negociaciones preliminares. En ambas hipótesis se puede producir un daño. Nosotros estudiaremos a continuación fundamentalmente el resarcimiento del «interés negativo» en el caso de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares, tema del que nos venimos ocupando, aunque son inevitables comparaciones y referencias al interés negativo en caso de conclusión de un contrato inválido.

(113) DEMOGUE, *Traité des obligations*, II, núm. 554, págs. 116 y ss.

(114) J. SMICHDT, *La sanction de la faute precontractuelle*, «Rev. Trim. Droit Civil», 1974, págs. 48 y ss.

A favor de esta responsabilidad, ver para doctrina francesa ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, Lyon 1911, págs. 57-58; BRUN, *Rapports et domaine de responsabilités contractuelle et delictuelle*, Lyon 1931, págs. 161-162; GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, París 1928, pág. 63; PERRIN, *Le dol dans la formation des actes juridiques*, París 1931, págs. 50 y ss.; H. MAZEAUD, *Responsabilité contractuelle et responsabilité delictuelle*, en «Rev. Trim. Droit Civil», 1929, pág. 584.

(115) BENATTI, *op. cit.*, pág. 145. En este sentido, vid. en la literatura bajo el viejo Código italiano, VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, cit., págs. 287 y ss., y bajo el nuevo código, DE CUPIS, *Il danno*, cit., págs. 173 y ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit. págs. 87 y 88.

(116) LOI y TESSITORE, *op. cit.*, pág. 91.

Y a este respecto hay que señalar ya que en cuanto se intenta profundizar en la determinación del «interés negativo» nos encontramos con un obstáculo importante: y es que, contrariamente a lo que podría creerse, en base a las apariencias, la teoría del interés negativo no ha hecho ningún progreso desde que fue formulada por primera vez y los problemas aún hoy debatidos en la doctrina son los mismos que fueron apuntados por Ihering (117).

Por ello, consideramos necesario conocer en primer lugar la opinión de este autor.

Y respecto a la extensión del interés negativo, Ihering se manifestaba así: «Las consecuencias perjudiciales del contrato (invalidado) para el comprador (defraudado) pueden consistir ya sea en los gastos que el comprador ha llevado a cabo como consecuencia de la conclusión y ejecución del contrato, ya sea en las ocasiones perdidas de concluir un contrato tan ventajoso como el invalidado. Pues bien, en la indemnización de estos daños, el interés negativo puede en algunas circunstancias alcanzar tanto como el interés positivo (esto es, lo que se habría obtenido en caso de haberse ejecutado el contrato) (118).

Y en la misma línea que parecía apuntar Ihering, los párrafos 122 y 179 apartado 2.º del BGB afirman que el resarcimiento del daño causado por la invalidez o ineficacia del contrato no debe ser mayor de cuanto se habría obtenido a través de la ejecución del contrato. Partiendo de estas normas se ha sostenido por parte de la doctrina alemana que dichas normas contemplarían una regla general en materia de responsabilidad precontractual (119).

El problema que se plantea entonces es si el interés negativo en casos de responsabilidad precontractual puede exceder la medida del interés positivo.

La respuesta de la doctrina que se ha ocupado de este punto parece ser, en general, afirmativa. Así, Benatti piensa con un argumento «a contrario» que si el legislador alemán ha sentido la necesidad de establecer en dos normas la limitación del interés negativo respecto al positivo, «a contrario» se debería concluir la inadmisibilidad de tal limitación en todos los casos distintos de aquéllos expresamente previstos.

Los autores alemanes, conscientes de la insuficiencia del argumento literal de los párrafos 122 y 179-2.º del BGB intentan justificar la limitación del interés negativo al interés positivo con argumentos de carácter equitativo: en efecto, se sostiene, sería injusto que un sujeto consiga por la invalidez del contrato ventajas mayores de las que obtendría si el contrato hubiese sido válido. A esto contesta Benatti afir-

(117) Ni siquiera en el Derecho italiano la determinación específica del daño resarcible en caso de culpa «in contrahendo» ha sido objeto de un estudio sistemático.

(118) IHERING, *op. cit.*, pág. 21.

(119) HUHLENBECK, *Zur lehre vom sogennantem negativen Vestraginteresse*, en «Deutsche Juristen-Zeitung», 1965, pág. 1146; RABEL, *Der sogennante Verbannschaden im schweizerischen Recht*, en «Zeitschrift für schweizerisches Recht 27» (1908), pág. 306. Bibliografía tomada de BENATTI *op. cit.*

mando que puesto que el problema en relación a la valoración del contenido de la obligación de resarcimiento es una cuestión de derecho positivo, su solución no depende de reflexiones de carácter equitativo, sino de un atento análisis de las disposiciones legales. Y en el Derecho italiano, viene a concluir este autor, no existe ninguna norma que justifique la mencionada limitación del interés negativo (120).

Constituye también un apoyo para la tesis afirmativa la experiencia del Derecho suizo. En efecto, los artículos 26-2.º y 39-2.º del Código de las Obligaciones establecen que quien anula un contrato invocando un error culposo, o quien concluye a sabiendas y sin poderes un contrato no ratificado debe reparar el perjuicio que resulta de la invalidez del contrato, pero quizá, si la equidad lo exige, ser condenado a daños y perjuicios más elevados.

La solución que propugnan estas normas es la opuesta a la del BGB. Y Piotet, comentando los citados artículos, ha manifestado que las consecuencias de la limitación son ilógicas e injustas. No se puede objetar a quien ha sufrido un daño que es injusto concederle más de lo que esperaba, puesto que lo que él esperaba era un contrato válido y unas negociaciones correctas. La única regla lógica y equitativa, dice Piotet, es la de que el máximo de la reparación corresponde al total del daño causado por el hecho del que responde su causante. Para derogar esta regla fijando un máximo inferior, son necesarias razones especiales que hagan insuficientes las reglas ordinarias sobre la fijación por el juez de la extensión de la reparación (121).

Así, pues, parece que la regla que se puede deducir de los párrafos 122 y 139-2.º del BGB no ha encontrado reflejo en la doctrina que se ha ocupado de este tema, que piensa que la indemnización del daño producido por culpa «in contrahendo», esto es, interés negativo, puede superar la medida del interés positivo, es decir, lo que la parte que sufre el daño habría obtenido si el contrato hubiera surtido sus efectos.

Ahora bien, las opiniones y normas que acabamos de reflejar se planteaban el tema de la limitación del interés negativo al interés positivo en relación con la hipótesis del daño producido por la conclusión de un contrato que posteriormente resulta invalidado (hipótesis de Ihering). Pero ¿qué ocurre con esta limitación en los casos de daño por una ruptura injustificada de las negociaciones preliminares?

Lo primero que hay que señalar es que en aquellos ordenamientos como el italiano que han recogido la responsabilidad precontractual no existe norma alguna que se refiera, ni siquiera indirectamente, a la medida del daño en dicha responsabilidad. Sin embargo, en la jurisprudencia italiana, late la idea de que hay que atribuir al interés negativo una extensión limitada. Así, se ha dicho que «la responsabilidad precontractual no comporta el resarcimiento de todos los daños sufridos, sino sólo

(120) Vid. BENATTI, *op. cit.*, pág. 151. En sentido conforme, DE CUPIS, *El daño, traducción española*, cit., pág. 356; G. STOLFI, *Negoziio giuridico*, cit., página 91.

(121) Vid. PIOTET, *Culpa in contrahendo*, cit., págs. 88 y ss., con un estudio en profundidad sobre este tema en el ámbito del Derecho suizo.

aquel resarcimiento que encaje en el interés negativo» (122). O bien, que «la obligación de resarcimiento que deriva de la injustificada ruptura de las negociaciones está contenida en el límite del interés negativo» (123). Y en este mismo sentido se ha sostenido que «el resarcimiento del daño en los casos del artículo 1.337 del Código civil está limitado al interés negativo, porque si se concediese el interés contractual positivo no habría diferencia entre la culpa contractual y la extracontractual» (124).

Las sentencias citadas se referían a casos de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares, y a nuestro juicio deben ser interpretadas en el sentido de que en dichas hipótesis el «quantum» del interés negativo no puede superar la medida del interés positivo, esto es, lo que se habría obtenido en caso de que el contrato hubiera sido concluido y ejecutado (125).

No debe ocultarse, a nuestro juicio, que esta solución encuentra la dificultad de determinar con exactitud no tanto el interés negativo sino el límite que éste no puede superar, esto es, la cuantía del interés positivo, pues no habiéndose llegado a concluir el contrato, será difícil saber en ocasiones qué habría obtenido la parte en el caso de que las «trattative» hubieran seguido su curso normal y se hubiera concluido el contrato.

Por lo demás, la solución parece justa, pues si no se admitiera este límite se llegaría a la conclusión ilógica de que, en ocasiones, la parte que sufre la ruptura obtendría un beneficio mayor a consecuencia de ésta que el que habría conseguido de haberse desarrollado normalmente las negociaciones y haber concluido el contrato.

---

(122) App. Napoli 21 de mayo de 1957, en Foro nap. 1957, I, pág. 319.

(123) Cass. 28 de marzo de 1955, núm. 923, Rep. foro it. 1955. Voz «Obb. e contr.», núm. 101.

(124) App. Venezia 6 de febrero de 1957. Mass. app. Giust. civ. 1957, página 1716.

(125) Esta idea de la jurisprudencia italiana ha suscitado perplejidad en algunos autores de dichos países. En efecto, hay que aclarar que la mayoría de la jurisprudencia italiana admite la indemnización tanto del daño emergente como del lucro cesante en la responsabilidad precontractual (en los supuestos de conclusión de un contrato que después deviene inválido por vicios existentes anteriormente y ocultados por una de las partes —caso del artículo 1.338—, y también en los supuestos de ruptura injustificada de las negociaciones —encontrable en el 1.337—). Si esto es así, se preguntan autores como PIETROBON, LOI y TESSITORE o VISINTINI, ¿qué sentido tiene hablar de una limitación en la indemnización del interés negativo?

A nuestro juicio sería que dicha limitación jugaría tan sólo en los casos de ruptura injustificada de las negociaciones por los argumentos antes expuestos) pero no así en los otros supuestos de culpa «in contrahendo» que entrarían en el artículo 1.338, y en los que la medida del interés negativo sí podría superar la del interés positivo.

5. *Los elementos que deben integrar el resarcimiento del «interés negativo».*

Cuando a consecuencia de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares la parte que confiaba legítimamente en la conclusión del contrato sufre un daño, la reparación de este daño puede comprender en línea de principios, el daño emergente y el lucro cesante.

Pasemos a continuación al estudio de ambos elementos:

A) *El daño emergente*

Al decir de Loi y Tessitore, la concreta cuantificación de este último no presenta particular dificultad. Así, la parte que no ha abandonado las negociaciones ha realizado durante ellas unas actividades que le han ocasionado gastos, que ha efectuado con la esperanza de poder resarcirse al concluir el contrato, pero que, debido a la brusca interrupción de los tratos quedan exclusivamente a su cargo, sin que por otra parte tengan compensación, ya que se frustra el negocio en el que esperaba hallarla (126). Siendo de hecho susceptibles estos gastos de individualización y valoración inmediata, resultan directamente computables, por lo que —siempre que sean certificados por el juez como necesarios para seguir adelante con las negociaciones iniciadas—, constituirán de lleno el objeto de la suma resarcible (127).

Sin embargo, no todos los gastos o daños que se produzcan en el período de formación del contrato por las negociaciones preliminares son indemnizables. Veamos en primer lugar aquéllos casos en que no habrá lugar a indemnización:

1. En el curso de la preparación de un contrato, los interesados están obligados a efectuar unos gastos o a asumir unos riesgos considerables, pues la actividad económica comporta siempre riesgos. En este sentido, aparecen en la formación del contrato una serie de gastos que podríamos llamar con Hilsenrad «riesgo especulativo», y que aún en el caso de no celebración del contrato, no serían indemnizables. Así, por ejemplo, los gastos de publicidad: las casas de comercio invierten frecuentemente importantes sumas en publicidad esperando fundamentalmente que esos gastos sean productivos. Esta publicidad exige a su vez trabajos importantes, un equipo entero de técnicos. Los gastos de publicidad entran en el concepto de gastos generales, efectuados únicamente en interés de la persona que por este medio propone los contratos, quien, por tanto, nada podrá reclamar por este concepto, aun en caso de que no llegue a realizarse el negocio, o de que, habiéndose realizado, resulta luego anulado.

Compartimos, por tanto, la opinión de Hilsenrad, para quien los

---

(126) MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, pág. 54.

(127) LOI y TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, cit., página 104.

gastos que persiguen un fin de publicidad quedan siempre a cargo de la persona que de ellos se puede beneficiar (128).

La misma convicción parece tener Moreno Quesada cuando califica como «gastos espontáneos» y por tanto no indemnizables todos aquéllos que una persona realiza en vista de la conclusión de un contrato sin contar con el asentimiento de la persona con la que va a contratar; suelen estar encaminados a atraer la atención de los posibles contratantes, a presentarlos del modo más sugerente posible, a hacerles demostraciones de su conveniencia y, en general, a inclinar su ánimo a contratar en las condiciones que se pretenden: son los gastos de propaganda que se efectúan en provecho exclusivo de quien los hace (129).

2. Aparte de la publicidad, existen otros gastos ocasionados con motivo de la preparación de los contratos. Las empresas de cualquier orden desean dar a su posible clientela todas las indicaciones útiles que juzguen necesarias para impulsar las operaciones del tráfico a que se dedican. Por esto, someten a la consideración de distintas personas, que creen interesadas en sus negocios, los planos y proyectos preliminares, con el fin de llegar cuanto antes a la conclusión del mayor número y volumen de contratos.

Las sociedades financieras, que se ocupan de poner en circulación las acciones de las nuevas sociedades, o que se ocupan también de su creación, en muchas ocasiones se ven obligados a enviar especialistas a países lejanos, para estudiar el objeto de la explotación propuesta. Los contratistas de los trabajos de construcción, deben a su vez efectuar estudios detallados sobre el terreno donde creen poder construir, con el fin de ofrecer sus servicios en las condiciones más económicas y rápidas, para lo cual tendrán que aprovisionarse por adelantado de un considerable «stock» de materiales.

Pues bien, parece que ninguno de estos gastos tienen el carácter de indemnizable, en el sentido aquí empleado, porque constituyen una actividad comercial que como tal, lleva implícita su dosis de riesgo. En efecto, nadie obliga a quien hizo los desembolsos a que realice los estudios y proyectos preliminares. Si empleó en ellos un tiempo y un dinero, fue tan sólo con un fin lucrativo, en espera de obtener los pedidos de la presunta clientela y de ofrecer condiciones más beneficiosas que las de la concurrencia (130).

3. Un nuevo ejemplo de gastos producidos en el período de formación del contrato y que no serían indemnizables estaría constituido por los producidos por un fracaso normal de las conversaciones preliminares. En efecto, las negociaciones pueden terminar de mutuo acuerdo porque los interesados no se pongan de acuerdo sobre los elementos

---

(128) HILSENRAD, *Las obligaciones precontractuales*, cit., pág. 16. No obstante, afirma este autor, puede ocurrir que la parte que rompió las conversaciones preliminares se aproveche directamente de la publicidad efectuada por la otra, en cuyo caso, la jurisprudencia francesa reconoce el derecho a percibir una indemnización, lo que no es sino una excepción a la regla general.

(129) MORENO QUESADA, *op. cit.*, pág. 55.

(130) HILSENRAD, *op. cit.*, pág. 17.

esenciales del negocio; también pueden acabar porque una de las partes desista unilateralmente de los tratos cuando de su desarrollo puede colegirse la infructuosidad de los mismos. Las partes son conscientes del carácter interlocutorio de las conversaciones preliminares, y saben que dichas conversaciones no son vinculantes (131), y que siendo un paso más en el iter contractual, lo mismo pueden acabar con la celebración del contrato como por un fracaso.

Consideremos, por ejemplo, el siguiente caso, expuesto por Hilsenrad: una empresa industrial hace proposiciones a determinado banco para emitir un fuerte empréstito en dinero. El banquero, que espera obtener un gran beneficio con ese negocio, a su vez pide un préstamo a otro banco para tener luego el dinero a disposición de la empresa industrial en cuanto se cierre el trato. Sin embargo, fracasan las negociaciones, el empréstito no se lleva a cabo y el banquero debe pagar los intereses de la cantidad que pidió prestada (132). Nuevamente nos encontramos en presencia de unos gastos que no son indemnizables, pues se deben a un final normal de las negociaciones preliminares, como es la ruptura de éstas por no existir los elementos necesarios para un acuerdo.

4. Hasta aquí hemos venido viendo una serie de gastos, que aunque hemos afirmado que no los consideramos indemnizables, estaban unidos por un «hilo conductor»: se producían en el período de formación del contrato y en alguna manera se derivaban de la actividad realizada por las partes que celebran el contrato. Pero en ese tiempo en que las partes están en relación para contratar, pueden también producirse unos daños que esta vez no se derivan de la actividad para contratar. El único nexo de causalidad que les une con dicha actividad es un nexo de causalidad puramente física: el que el daño se produce cuando las partes van a contratar. Un ejemplo clásico es el de los accidentes ocurridos durante los trabajos preparatorios del contrato. Y este daño sí es indemnizable, pero es un daño típicamente extracontractual, aquiliano, y su indemnización responde a otros criterios distintos de los aquí manejados.

Haciendo referencia a este tema, Hilsenrad pone estos ejemplos:

a) una habitación se anuncia para alquilar, y se presenta una persona interesada en arrendarla. El propietario le muestra la habitación y al salir de ella, el cliente cae por la escalera, mal alumbrada, produciéndose lesiones de consideración;

b) un maestro tapicero, antes de poner la tapicería en la habitación de una persona, ordena el montaje de escaleras especiales, con objeto de que el carpintero pueda comenzar su trabajo. Durante la instalación de dichas escaleras, se rompe un espejo de gran valor.

En los dos supuestos se ha producido un daño. Sin embargo, este daño, para nosotros, es un supuesto típico de responsabilidad extra-

---

(131) En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia española del Tribunal Supremo en las Sentencias de 9 de marzo de 1929 y 18 de enero de 1964, por ejemplo.

(132) HILSENRAD, cit., pág. 28.

contractual que encajaría sin discusión en el artículo 1.902 de nuestro Código. Los supuestos mencionados no tendrían más relación con el tema que venimos tratando que el de haberse producido cronológicamente en el período de formación del contrato. Pero el daño que nos interesa es aquél que se produce en el curso de las conversaciones preliminares, y que consiste precisamente en que no se celebra o se frustra el contrato celebrado. Se produce de esta forma una lesión de la confianza, que queda defraudada. Esta es la razón última a la que responde la indemnización en estos casos. Mientras que en los ejemplos citados anteriormente, y que Hilsenrad toma del alemán Fisbach, el daño producido no tiene ninguna relación con el interés de las partes en la celebración del contrato.

¿Por qué entonces le hemos dedicado estas líneas a este tema de los accidentes ocurridos en el período preparatorio del contrato? La respuesta es sencilla: porque algunos autores como Fisbach, Hilsenrad y más modernamente Piotet, y alguna importante sentencia, como la del Tribunal del Imperio Alemán en el famoso caso del «Linoleum», han venido a considerar estos accidentes como supuestos de responsabilidad precontractual (133).

El caso del «Linoleum» era el siguiente: una mujer entra en una tienda de tejidos pidiendo linoleum. El vendedor le muestra varias piezas de este género y se retira para buscar otras nuevas, apartando a un lado las piezas ya vistas y examinadas por el cliente. Entonces, una de esas piezas pierde el equilibrio y cae, con tan mala fortuna que viene a tropezar con la compradora, produciéndola algunas lesiones.

Comentando el caso del «Linoleum» escribe Hilsenrad que «es indudable que en este caso la persona herida podrá ejercitar la acción de culpa extracontractual contra el propietario del establecimiento; pero este camino obliga a probar la falta delictual cometida por el demandado, según dispone el parágrafo 164 del BGB. Para evitar los inconvenientes y dificultades de la prueba, pretendió la lesionada que se declarase que el accidente se había producido con ocasión de realizar un acto preparatorio del contrato y que en consecuencia, era responsable el dueño en virtud de culpa contractual y no extracontractual. Esta tesis es aceptada por el Tribunal del Imperio Alemán, declarando la existencia de un negocio jurídico preparatorio por los motivos siguientes: el dependiente de comercio representante del vendedor demandado, con objeto de facilitar la conclusión de la compraventa entra en conversaciones preliminares con la demandante; la cliente manifestó su deseo de ver piezas de linoleum para comprar. El vendedor respondió a este deseo mostrando la mercancía. Aquí no puede verse un acto puramente gracioso, pues existe, desde luego, un serio acuerdo de voluntades para alcanzar un contrato de compraventa. De este acuerdo nace un negocio preparatorio que obliga a las partes, igual que el contrato mismo, a observar las mayores precauciones y, singularmente, a

---

(133) FISBACH, *Vorbereitende Rechtsverhältnisse*, en Arch. fuer buergertliches Recht, tomo XLI, Berlín 1915, pág. 160; HILSENRAD, *op. cit.*, págs. 21 y ss.; PIOTET, *Culpa in contrahendo*, cit.

velar porque la presentación de la mercancía no cause perjuicio alguno al comprador eventual» (134).

Por su parte, Fisbach considera estos hechos y accidentes como negocios preparatorios: los accidentes son el resultado de la preparación del contrato y, por tanto, engendran una responsabilidad que debe asentarse sobre la base de dicho contrato, aunque efectivamente aún no se haya concluido. Lo que importa para este autor es que el acto ocurra cuando se pretendía llegar a la conclusión del contrato. La presentación de la mercancía para realizar la venta es un acto de este género, porque las partes están ya puestas en relación para contratar (135).

Nosotros disentimos de estas opiniones y de la sentencia del tribunal alemán en el caso del «Linoleum». Es cierto que tanto en el caso citado del «Linoleum» como en los ejemplos hasta aquí aducidos de culpa «in contrahendo» o responsabilidad precontractual, el daño se produce en el período de formación del contrato. Pero se podría decir que aunque la letra es la misma la música es distinta, como distinta es la posición de las partes en cada caso ante la indemnización: en los supuestos de culpa «in contrahendo», la parte que sufre el daño ha visto lesionada y defraudada su confianza en la celebración del contrato. Y eso es lo que la indemnización tiende a reparar.

Mas en el caso del «Linoleum» no haya nada de eso. Diríamos más bien que se trata de un caso de responsabilidad aquiliana en el que se sanciona la falta de diligencia del dependiente por no ocuparse debidamente de la colocación de los rollos, o un caso de culpa «in vigilando» o «in eligendo» del dueño de los almacenes.

Por otra parte, afirmar, como hace el tribunal alemán, que el hecho de que el cliente solicite la exhibición de las mercancías implica un acuerdo entre las partes para velar porque la presentación de la demanda no cause daño al eventual comprador, no deja de ser una mera ficción, en nuestra opinión, al margen de la realidad.

Hasta aquí hemos estudiado aquellos gastos que no serían indemnizables, o por lo menos, que no lo serían de acuerdo con los criterios e intereses en juego en la responsabilidad precontractual.

Por el contrario, serán gastos indemnizables, y por tanto constitutivos del daño emergente, aquellos que Moreno Quesada califica como «gastos provocados»: es decir, aquéllos cuya realización encuentra su razón de ser en el consentimiento del contratante que posteriormente romperá las negociaciones, que ha autorizado con su incorporación a los tratos los gastos que pueden producir. Estarán en este grupo, a juicio de este autor, los que tengan lugar durante el desarrollo de las negociaciones y sean necesarios en la preparación del proyecto contractual, como son los viajes, ensayos, planos, honorarios de peritos, etc., siempre que estén justificados con la aquiescencia del otro y dentro de los límites de la misma: es decir, es preciso que los gastos a cubrir

---

(134) HILSENRAD, *op. cit.*, pág. 19.

(135) FISBACH, *Verbereitende Rechtsverhaltrisse*, cit. (citado por HILSENRAD)

no hayan sido realizados más que en razón de la aquiescencia dada por la otra parte (136).

Por su parte, Alonso Pérez enmarca estos gastos bajo la denominación de «gastos de la confianza», y pone como ejemplo el de quien confiando en que se va a construir una sociedad, uno de los posibles socios, fundamentalmente fiado en la honestidad de los demás, alquila un local, organiza una campaña de publicidad, adquiere maquinaria, etcétera, y después no se lleva a efecto el contrato.

O, por ejemplo, quien desea construir un hotel en terreno de su propiedad y convoca a diversos contratistas para encomendar la obra a quien le ofrezca mejores condiciones, responde si prolongó las conversaciones preliminares con el seleccionado y más tarde desiste del proyecto de edificar (137).

### B) *El lucro cesante*

Así como respecto al daño emergente hay acuerdo en cuanto a su carácter de indemnizable, no ocurre lo mismo respecto al lucro cesante. La jurisprudencia italiana que se ha ocupado del tema no sigue una línea uniforme. Así, argumentando a favor de la indemnización del lucro cesante se ha afirmado que «el daño resarcible por la ruptura injustificada de las negociaciones se reduce al solo interés a que no se hubieran iniciado las «trattative», y se traduce, bajo el perfil del daño emergente, en los gastos realizados en vista del contrato no concluido, y en cuanto al lucro cesante, en las ventajas que se habrían podido conseguir si, en la razonable previsión de que el contrato sería concluido, no se hubieran rechazado otras ocasiones presentadas en el curso de las negociaciones de concluir con otro un contrato idéntico o similar al no concluido» (138).

En este mismo sentido, afirma la jurisprudencia que «la obligación del resarcimiento que deriva de la injustificada ruptura de las «trattative» está contenida en los límites del interés negativo, y está por tanto limitada a los gastos que la contraparte ha sostenido en previsión a la conclusión del contrato y a las pérdidas sufridas por otras ocasiones de contratos que han sido rechazadas, siempre que, naturalmente, una y otra sean dependientes de las negociaciones que no han tenido éxito» (139).

Y «la responsabilidad precontractual presupone el verificarse un «eventus damni» consistente en el llamado interés negativo, que comprende ya sea el daño emergente para la disminución patrimonial sufrida, ya sea el lucro cesante para las ventajas fallidas» (140).

(136) MORENO QUESADA, *op. cit.*, pág. 55.

(137) ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 914.

(138) Cass. 13 de abril de 1973, núm. 1057 Mass Girt. civ. 1973, pág. 562.

(139) Cass. 28 de marzo de 1955, núm. 923 Rep. Foro it. 1955. Voce Obbl. e contr. núm. 101.

(140) App. Cagliari 21 de marzo de 1959, en Mass. app. Giust. civ. 1959, pág. 107; en sentido conforme, Cass. 5 de mayo de 1955, núm. 1259, en «Riv. dir. comm.», 1956, II, pág. 360.

Siempre en esa línea, se mantiene que «la responsabilidad precontractual no comporta el resarcimiento de todos los daños sufridos, sino sólo aquel resarcimiento que encaje en el «interés negativo», esto es, en el interés en no haber iniciado las negociaciones; tal resarcimiento comprende los gastos sostenidos por la contraparte en vista de la conclusión del contrato, así como las pérdidas sufridas por no haber aprovechado las otras ocasiones que se han presentado en el curso de las «trattative» y por tanto no haber concluido con otro un contrato idéntico o similar a aquél para el que fueron iniciadas las negociaciones posteriormente interrumpidas sin justa causa» (141).

Y también se ha manifestado que «la parte obligada al resarcimiento del daño por responsabilidad precontractual, debe a la otra, que había confiado sería y razonablemente en la conclusión del contrato, no la utilidad expresada del mismo, sino el perjuicio derivado de las eventuales ocasiones perdidas y el reembolso de los gastos realizados» (142).

De esta forma, parece deducirse que hay una tendencia en la jurisprudencia italiana a conceder indemnización por el lucro cesante en los supuestos de responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones.

Sin embargo, este criterio tampoco es unánime, pues hay sentencias que mantienen la opinión contraria. Por ejemplo, se ha sostenido que «el resarcimiento del daño en el sentido del artículo 1.337 (del Código italiano), está limitado al interés negativo, porque si se concediese el interés contractual positivo no habría diferencia entre culpa contractual y extracontractual. Son por tanto resarcibles solamente los gastos que dependen directamente de las «trattative», y no los daños derivados de las ocasiones perdidas de ganancia» (143).

Y también se excluye el resarcimiento del lucro cesante por violación de lo dispuesto en el artículo 1.337 cuando se afirma que «mientras en el caso de culpa contractual el resarcimiento comprende también el daño causado por las ocasiones perdidas, en la hipótesis de responsabilidad precontractual el resarcimiento de los daños está limitado a las pérdidas estrictamente inherentes a las negociaciones» (144).

Nosotros nos encontramos más en línea con estas últimas sentencias, y por tanto pensamos que en los supuestos de responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones no cabe indemnización del lucro cesante. Y ello por las siguientes razones:

1.º) Si estando las partes en negociaciones, una de ellas recibe

---

(141) App. Napoli 21 de mayo de 1957, en Foro Nap., 1957, I, pág. 319.

(142) App. Catania 25 de enero de 1956, en Mass. app. Giust. civ. 1956, pág. 333.

(143) App. Venezia 6 de febrero de 1957, en Mass. app. Giust. civ. 1957, pág. 1716.

(144) Cass. 15 de febrero de 1971, núm. 372 en Mass. Giust. civ. 1971, página 211.

En sentido conforme, v. App. Triento 21 de septiembre de 1955 en Mass. app. Giust. civ., 1955, pág. 1374; Cass. 9 de abril de 1954, núm. 1118, en Giur. compl. Cass. civ., 1954, II, pág. 640.

una proposición más ventajosa de un tercero, y no la acepta, en caso de que la otra parte desista injustificadamente de los tratos, no se le podrá exigir responsabilidad por las ocasiones perdidas por la parte que sufre la ruptura, pues ésta pudo haber aceptado la nueva proposición, rompiendo justificadamente las negociaciones ya iniciadas, dado que es un interés protegible el de concluir los negocios en las condiciones más ventajosas posibles.

2.º) Para llegar a determinar de hecho cuáles habrían sido las «otras» posibles ofertas, que la parte habría tomado o podido tomar en consideración, si no hubiese estado inmersa en las «trattative» después interrumpidas, y qué otras «ventajas» mayores o menores (que las del contrato no concluido) habría obtenido, sería necesario tener en cuenta numerosos factores de carácter general (condiciones de mercado, variaciones de precio, devaluación monetaria), que no siempre se presentan como fácilmente controlables o determinables.

3.º) Habría que considerar y valorar concretamente las efectivas posibilidades que la parte tenía de concluir con un tercero un contrato idéntico o similar a aquél no concluido, desde el momento en que no podría lamentar un eventual y genérico daño, determinado vagamente por una pérdida ocasión de obtener un beneficio (145).

Del mismo criterio parece ser Moreno Quesada, que afirma que no se puede propugnar en estos casos la indemnización de las posibles ventajas desaprovechadas, porque no se justifica plenamente en el desarrollo de los tratos el que renunciara al intento de conseguir aquellas ventajas, y es que si las posibilidades de la ocasión presentada, estando en negociaciones, eran notablemente más ventajosas de las que en éstas se le ofrecían y el contratante no accedía a ofrecerle ventajas semejantes, tuvo un motivo justificado de desistimiento que le permitía retirarse sin incurrir en responsabilidad para iniciarlas con el que mejores perspectivas le ofrecía, y si no lo hizo, no puede más tarde, al romperse los tratos por la otra parte, invocar esa oportunidad perdida para incluir el daño negativo entre las partidas a indemnizar por atribuirse el daño en la retirada arbitraria (146).

---

(145) LOI y TESSITORE, *Buona fede*, cit., pág. 104.

(146) MORENO QUESADA, *op. cit.*, pág. 57.

# La menor edad en el matrimonio (\*)

EDUARDO PEREZ PASCUAL

Profesor Adjunto de Derecho Civil

SUMARIO: 1.º Consideraciones Generales: A) El estado civil. B) La edad. C) El matrimonio. D) La menor edad y el matrimonio.—2.º La nulidad del matrimonio: A) Consideraciones Generales. B) El Derecho español. C) La aplicación del Derecho canónico.—3.º Nulidad del matrimonio celebrado por menores, mayores de dieciséis años no emancipados, que no hayan obtenido dispensa judicial.—4.º El expediente de dispensa matrimonial del menor de edad.—5.º La nulidad del matrimonio celebrado por menores de catorce años.

## LA MENOR EDAD EN EL MATRIMONIO

### 1. *Consideraciones generales*

El artículo 46 del C. c. (Código civil) establece que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados. Luego sí que pueden contraerlo los menores emancipados y los mayores de edad (arts. 322 y 315 C. c.).

La emancipación se obtiene (art. 314 C. c.) por la mayoría de edad (1), por el matrimonio del menor, por concesión de los que ejerzan la patria potestad y por concesión judicial. En las causas

---

\* Una vez redactado el presente trabajo se han producido diversas modificaciones legislativas que no alteran su contenido. Por citar las del Código Civil, deben mencionarse la Ley 13/1983, de 24 octubre en materia de tutela, la Ley 6/1984, de 31 de marzo, sobre supresión de la interdicción civil y la Ley 4/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero. Ello no es óbice para que deban tenerse en cuenta tales modificaciones, especialmente la nueva redacción de los Títulos IX y X del Libro I del citado Código.

(1) No parece exacta esta afirmación del CC., por cuanto el mayor de edad no es un emancipado, sino precisamente mayor de edad y las diferencias entre ambas situaciones son, en general, claras si se comparan los artículos 322 y 323 CC., como, por ejemplo, no ser necesaria la inscripción de la mayoría de edad en el Registro Civil y si la emancipación para que produzca efectos contra terceros (art. 318). La actual redacción del artículo 314 CC. no difiere de la originaria en este apartado, salvo que se consigna ahora como la primera causa de la emancipación y anteriormente lo era en segundo lugar. Don FEDERICO DE CASTRO («Derecho Civil de España», Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pág. 209), explica cómo las confusiones del CC. sobre emancipación se deben a la diversidad de sentidos con que se ha usado y se sigue usando dicho término.

de emancipación que contempla el artículo 314 C. c. se requiere que el menor tenga dieciséis años (arts. 317, 319, 320 C. c.) excepto en la mayor edad, lo que resulta evidente, y la emancipación que se obtiene por matrimonio del menor en que no se establece el requisito de la edad mínima de los dieciséis años, basta la capacidad matrimonial.

El matrimonio produce de derecho la emancipación (art. 316 C. c.) y no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados (art. 46 C. c.) lo que, en principio, permitiría hacer la afirmación de que el matrimonio no es una causa de emancipación ya que si no se está emancipado no se puede contraer, y que Lacruz Berdejo (2) califica de amago de tautología si no fuera porque el matrimonio puede contraerse a partir de los catorce años con dispensa del Juez de Primera Instancia (art. 48 C. c.), o contra las prohibiciones establecidas por razón de edad, con las consecuencias jurídicas que ello supone y se analizarán a continuación.

Ante la afirmación del artículo 46 C. c. de que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados y la del artículo 48 C. c. de que el Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa, el impedimento de edad a partir de los catorce años, cabe plantearse la pregunta de qué sucede si efectivamente lo contraen. La contestación a dicha pregunta es sencilla, al menos en apariencia, al establecer el artículo 73 C. c. la nulidad del matrimonio celebrado entre las personas a que se refiere el artículo 46 C. c., salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48 C. c. Pero ello no quiere decir que no produzca efectos civiles, pues si el matrimonio es nulo, pero contraído de buena fe por el menor, el artículo 79 C. c. establece que no se invalidarán los efectos ya producidos respecto del contrayente de buena fe, que se concretarían, en el aspecto que ahora interesa, en el mantenimiento de la emancipación obtenida por el menor.

La menor edad constituye uno de los estados civiles que, posiblemente, ha recibido más influencias extrañas a su propia razón de ser. Si a ello agregamos la consideración del matrimonio como estado civil, que en el caso de la menor edad tiene una doble proyección, la propia matrimonial y la emancipación del menor, parece son necesarias ciertas consideraciones sobre ambos estados civiles, que sirvan de razón y base para el estudio de las consecuencias derivadas de la conjunción de los mismos.

Y el tema se justifica porque la actual redacción del C. c. supone una modificación «ex novo» de lo que tradicionalmente había establecido en su artículo 83-1.º desde la redacción ordinaria. Nos encontramos ante una modificación, una vez más cogida de derechos foráneos, que se separa de la tradición española e incluso de la línea del Derecho internacional en esta materia, como tendremos ocasión de comprobar más adelante.

(2) LACRUZ BERDEJO, «Derecho de Familia», Fascículo Primero, Librería Bosch, Barcelona, 1982, pág. 145.

## A) EL ESTADO CIVIL

El estado civil constituye un concepto de no fácil precisión. Cicu (3) dice: «la expresión de "status" desde el Derecho romano en adelante, aparece continuamente en la terminología jurídica». Pero el concepto permanece siempre entre los más vagos, sin que nadie sin embargo, se haya atrevido a negarlo o eliminarlo. Se diría que se siente la necesidad de conservarlo aún sin entenderlo. De Castro (4) lo define como la cualidad jurídica de la persona por su especial situación (y consiguiente condición de miembro) en la organización jurídica y que, como tal, caracteriza su capacidad de obrar y el ámbito propio de su poder y responsabilidad, lo que las Partidas (4,23,1) llamaban «condición o manera en que los homes viven o estan». Como señala Lacruz (5) la locución «estado civil» se emplea en la legislación vigente, al parecer, en un sentido más amplio, para clasificar una pluralidad de relaciones jurídicas a la que cabe aplicar un tratamiento homogéneo. Repercuta en todas las instituciones jurídicas, siendo aludido en los más importantes cuerpos legales, como señala Sancho Rebullida (6), Sin embargo, a efectos de nuestro estudio, la cuestión que debe plantearse es la que enunciaba el profesor Cossío (7), al decir que en el fondo el problema, aunque ello haya sido por lo regular olvidado, consiste en decidir la solución que se dé a la posición del hombre en la comunidad, si esa posición puede ser libremente determinada por el ordenamiento jurídico o si por el contrario ésta le es dada como un «prius» que le es forzoso reconocer. Volvemos, así pues, al viejo problema resuelto por Hermogeniano cuando afirmaba «Hominum causa omnes ius constitutum sit». Dirección realista que se ha seguido por la doctrina española (8) y que podría concluirse con las afirmaciones de Sancho Rebullida al decir que el concepto de estado civil «arranca de una realidad extra o metajurídica: la realidad natural y la realidad social, realidades lógicamente previas que imprimen cualidades distintas a los diferentes sujetos, por encima y al margen del ordenamiento jurídico». Conclusión de la mayor importancia que, si no debe olvidarse en todos los campos jurídicos, mucho menos puede serlo al tratarse de la consideración jurídica de estados naturales —la edad— y sociales —el matrimonio— de la persona humana.

(3) CICU, «Il concetto di status», Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli, Nápoles, 1917.

(4) DE CASTRO, «Derecho Civil de España», Tomo II, citado, págs. 70 y ss.

(5) LACRUZ, «Elementos de Derecho Civil», I, Parte General, Editorial Bosch, Barcelona, 1974, pág. 108.

(6) SANCHO REBULLIDA, «El concepto de estado civil», Estudios de Derecho Público y Privado en Homenaje al profesor. Dr. D. Ignacio Serrano Serrano, Valladolid, Volumen I, 1966, págs. 793 y ss.

(7) COSSÍO, «El moderno concepto de la personalidad y la teoría de los estados en el Derecho Civil actual», R. D. P., 1943, pág. 14.

(8) DE CASTRO, citado, pág. 64, y los autores allí citados en nota 2.

## B) LA EDAD

Como indica Bercovitz y Rodríguez-Cano (9) dos son las tesis doctrinales que se contraponen a la hora de configurar la situación jurídica del menor. Para unos se trata de una persona fundamentalmente incapaz, como consecuencia de su falta de conocimiento y voluntad adecuados, a la que el ordenamiento reconoce capacidad para algunos actos concretos. La incapacidad es la regla y la capacidad es la excepción. Para otros se trata de una persona potencialmente capaz, pero a la que el ordenamiento limita su capacidad para algunos actos en los que estima conveniente protegerle frente a su inexperiencia. Aquí la regla será, pues, la capacidad, mientras que la excepción será la incapacidad.

Planteadas así la cuestión de la menor edad, resulta necesario retrotraer, aunque sea brevemente, el estudio de la menor edad al Derecho romano por el pragmatismo y realismo de que gozaba el mismo, reconocido por la doctrina. En este plano histórico, es conveniente recordar una afirmación del romanista Schulz (10): Impúberes en Derecho clásico son las personas jóvenes que no han alcanzado la edad de la pubertad. Las mujeres son púberes al cumplir los doce años de edad. En el caso de los varones, la pubertad fue, conforme a la costumbre romana, objeto de reconocimiento por la familia. Al final de la República se manifestó la tendencia a fijar la pubertad de los varones al cumplir los catorce años de edad, criterio adoptado por la escuela de los proculeyanos, en tanto los sabinianos eran partidarios de mantener la vieja costumbre. A partir del siglo segundo antes de .C. existió otra doctrina, según la cual, un muchacho era legalmente «puber» cuando tenía catorce años y lo era en realidad. Todas estas opiniones tan diversas, tuvieron sus partidarios en las distintas escuelas de Derecho que hubo hasta Justiniano, pero parece que la práctica siguió la tercera doctrina e incluso el sabiniano Gayo (1, 196) se contentó con los catorce años. La doctrina proculeyana fue confirmada por Justiniano. En general los impúberes se clasifican en infantes o menores de siete años, carentes de capacidad de raciocinio; los «infanti proximus», situación que se calculaba hasta los nueve años y medio y diez años y medio (11) a los que se les consideraba faltos de raciocinio, pero con un desarrollo mayor; los «pubertati proximus», cuando ya puede actuar con la autoridad del curado, responde de los delitos que puede cometer, capacidad de entender y querer y, por tanto, susceptibles de «malicia»,

---

(9) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, «Derecho de la persona», Editorial Montecorvo, Madrid, 1976, pág. 24.

(10) SCCHULZ, «Derecho romano clásico», Editorial Bosch, Barcelona, 1960, pág. 156.

(11) DE CASTRO, «Derecho Civil de España», citado, pág. 170, menciona a ACCURSIO (glosa «pupillum», D. 50, 17, 111, pr.) que había señalado, para los varones, los diez años y medio.

edad que comprendía hasta los catorce años para los varones por cuanto las mujeres estaban sometidas a tutela, en general, por razones del sexo con independencia de la edad; los púberes, mayores de catorce años para los varones y doce años para las mujeres a efectos matrimoniales, como ya se ha indicado, que se dividían en mayores y menores de veinticinco años, lo que suponía una diferente capacidad de obrar. Así, los menores de siete años, como señala Valiño (12), están sujetos a tutor que tiene la potestad, por los mayores de siete años puede seguir actuando directamente el tutor, pero puede hacerlo el pupilo —pubertati proximus—, aunque es indispensable la autorización del tutor —«auctoritatis interpositio» distinta de la «potestas»— y, alcanzada la pubertad, se convierte en «adulescens» no sometido a tutela sino a curatela, los cuales, con arreglo a la «Lex Laetoria» de principios del siglo II antes de J. C., podrán celebrar negocios perfectamente válidos, pero si resultaban perjudicados procedía la «restitutio in integrum» concedida por el Pretor que la evolución posterior convirtió en la anulabilidad del negocio.

Estos rasgos del Derecho romano influyen decisivamente en la doctrina moderna. De Castro (13) demuestra cómo en el Derecho español la dependencia del menor tiene una sola justificación: el amparo del menor, que supone un cambio frente al Derecho romano por influencia del Cristianismo, pero que dejó intacto el sentido realista de éste en cuanto a capacidad por razón de edad, lo que supone el reconocimiento de la capacidad negocial del menor en cuanto lo consienta el desarrollo de su inteligencia, el ser «capaz de obrar jurídicamente desde que tiene conocimiento de lo que hace y sabe hablar, pues es libre y capaz de consejo» afirmación que se sustenta en sentencias del Tribunal Supremo, como la de 14 de junio de 1861 por la que la menor edad no exime de la obligación cuando se prueba que el préstamo se convirtió en utilidad del menor, o la de 26 de enero de 1868, que no admite la doctrina según la cual el hijo de familia, como no es persona «sui iuris», no tiene capacidad legal para otorgar contratos, porque el hijo sólo está incapacitado para contratar en los casos expresamente determinados por el Derecho. Línea doctrinal y jurisprudencial que se plasma en la Codificación. El Proyecto de Código civil de 1851 (también el de 1821, arts. 62 y 382) (14) establece la mayoría de edad a los veinte años cumplidos (art. 276), la emancipación a los dieciocho años (art. 273) por el padre o la madre y la emancipación por matrimonio (art. 272) sin precisar edad. Pero el menor de edad puede contratar, aunque la obligación será nula (anulable) respecto de todos los incapaces, con la ventaja

---

(12) VALIÑO, «Instituciones de Derecho Privado Romano», Artes Gráficas Soler, Valencia, 1978, págs. 306 y 307.

(13) DE CASTRO, «Derecho Civil de España», citado, págs. 171 y ss.

(14) GARCÍA GOYENA, «Concordancias: Motivos y Comentarios del Código Civil Español», reimpresión de la edición de Madrid, 1952, Zaragoza, 1974, página 523.

consignada en el artículo 1.186, de modo que, sin quedar obligados, lo quedará para con ellos el otro contratante, quizá podría decirse que son contratos claudicantes si se admite esta categoría conceptual, los incapaces pueden hacer mejor su condición no empeorarla. Y así se plasma en el actual CC. La redacción originaria del artículo 320 establecía la mayor edad en veintitrés años —solución intermedia entre los veinticinco años del Derecho romano recogido en las Partidas (13,16,6) y los veinte años del Fuero Juzgo (4,3,3), al establecer la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, Base 1.<sup>a</sup>, «el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio» hasta que la Ley de 13 de diciembre de 1943, unificando criterios con el C. de C. (Código de Comercio) y el Derecho comparado, la fijó en veintiún años. El Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, la establece en dieciocho años, que constitucionaliza el artículo 12 de la Constitución vigente, y cristaliza la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modifica el CC. y mantiene la edad citada en el artículo 315. Igualmente, la edad para emancipar ha pasado de los dieciocho años a los dieciséis años, según modificación de artículo 318 CC. por el Decreto-Ley citado de 1978 y los artículos 317, 320 y 321 CC., según la ley última mencionada (15).

(15) En la esfera personal, el artículo 32 CC. establece que la menor edad no es más que una restricción de la personalidad. Propiamente no se trata de restricción de la personalidad, que no es admisible, sino de restricción de la capacidad de obrar. El artículo 154 CC. establece que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, los cuales siempre deben ser oídos antes de adoptar decisiones que les afecten; éstos pueden recurrir al Juez en solicitud de medidas protectoras (art. 158 CC.); no necesitan representantes para actos relativos a derechos de la personalidad (art. 162-1.º CC.); pueden solicitar defensor judicial (art. 163 CC.); tienen derecho a ser oídos en la adopción (art. 173 CC.); reconocimiento legal de que el menor puede ejecutar actos por sí solo (art. 262 CC.); derecho a asistir y ser oído en el consejo de familia (art. 308 CC.); pedir la emancipación (arts. 320, 321 CC.); pedir la nulidad matrimonial (art. 75-2.º CC.); ser oídos en los procedimientos de separación, nulidad o divorcio (art. 92 CC.); reconocimiento de hijos (art. 121 CC.); otorgar testamento (art. 663 CC.); ser testigos (art. 1.246, 701, CC.), etc.

En la esfera patrimonial la prestación del consentimiento por el menor de edad no emancipado (art. 1.263 CC.) o por el emancipado (en contravención del artículo 323 CC.) no produce la nulidad del negocio, sino la anulabilidad (art. 1.301 CC.), son contratos válidos y eficaces, aunque claudicantes, que permiten la confirmación (art. 1.309 CC.) y la utilidad para el menor (art. 1.163 CC.). Como dice DE CASTRO («Derecho Civil de España», citado página 182 a 184), puede adquirir la posesión (art. 443 CC.), los frutos (art. 451 CC.), la propiedad por ocupación (arts. 610 y ss. CC.) el hallazgo (art. 651 y ss. SS.), el tesoro (arts. 351 y 614 CC.) por accesión (arts. 334, 360, 375 CC.), por tradición (art. 609 CC.), por usucapión (arts. 1.940 y ss. CC.), propiedad intelectual (arts. 2, 3, 5 y 6 LPI) y propiedad industrial (art. 2 E.P.I.), donaciones simples (a «contrario sensu» del art. 626 CC.), aceptar una estipulación a su favor como tercero (art. 1.257 CC.), promesa de fianza gratuita (arts. 1.823, 1.824 CC.), de prenda o hipoteca (art. 1.862), interrumpir la prescripción (art. 1.973), denunciar vicios de la cosa comprada (arts. 1.490, 1.496, 1.499), ejercitar revocación de donaciones (arts. 644, 647, 648), poner en mora (art. 1.100), adquirir bienes con su trabajo (art. 1644 CC.), contratar su trabajo (art. séptimo Estatuto del Trabajador).

También en el Derecho español tenemos la Compilación de Derecho Civil de Aragón, en la que el menor de edad, cumplidos los catorce años, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, aunque no esté emancipado y, en su caso, esto es, en supuestos que rompen la generalidad, con asistencia de su padre, madre, tutor o Junta de Parientes, y, cuando viva independiente, tiene la libre administración de sus bienes (art. 5 Compilación). La Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra permite la aceptación por los púberes no emancipados de toda clase de liberalidades por las que no contraigan obligaciones, aunque existan limitaciones o prohibiciones sobre los bienes objeto de liberalidad (ley 50).

En la Compilación de Derecho Civil de Aragón por el matrimonio adquieren los menores mayoría de edad (art. 4 Compilación) y la representación legal cesa al cumplirse 14 años (art. 14 Comp.). La Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra reconoce capacidad para ciertos actos a los menores de edad que fueran púberes, siendo éstos los varones mayores de catorce años y las mujeres mayores de doce (ley 50)). El artículo 63-3.º de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña permite otorgar heredamientos a los que tengan capacidad para contraer matrimonio.

Es acertada, pues, aquella afirmación del artículo 32 CC. al decir que la menor edad no es más que una restricción de la personalidad jurídica (capacidad de obrar). Como también existen restricciones para los mayores de edad, como tener más de treinta años para adoptar (art. 172 CC.), al hacer donaciones contra prohibiciones legales (arts. 635, 636 CC.), testar mancomunadamente (art. 669 CC.), o mediante comisario (art. 670 CC.), la sucesión contractual, en general, en el CC. (art. 1.271 CC.), determinadas prohibiciones de adquirir (art. 1.459 CC.), etc. Incluso establecidas por la jurisprudencia, como ser testigo a edad muy avanzada (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1975).

Podría admitirse la conclusión de que por tradición histórica y por Derecho positivo, el menor de edad goza de capacidad salvo en los casos taxativamente expresos de la ley y que, aun en estos supuestos, las restricciones que se le imponen lo son para su defensa y protección, como lo acredita el que la infracción de las prohibiciones por el menor conducen a situaciones de anulabilidad, no de nulidad absoluta.

### C) EL MATRIMONIO

El matrimonio es un estado civil, como expresamente establece el CC. en su artículo 326 y refleja, lógicamente, la manera de estar en la comunidad; forma principal de nacimiento de la familia y derecho irrenunciable del hombre y de la mujer (art. 44 CC.) a contraerlo en un plano de igualdad (art. 66 CC.) con efectos sobre los cónyuges de carácter personal (arts. 67, 68, 70 y 110 CC.) y patrimonial, bien conjuntamente para ambos (en general el llama-

do régimen económico matrimonial primario de los artículos 1.318, 1.319, 1.320 y 1.322 CC. principalmente), o bien aisladamente para uno de ellos (arts. 221, 222, 224 CC.), y sobre los hijos matrimoniales, también de carácter personal (art. 109 CC y 53 y ss. LRC (Ley del Registro Civil), 115 y ss. CC., 154 CC., etc.) como de carácter patrimonial (arts. 154 y ss., derechos sucesorios en general, etc.).

Schulz (16) afirma que el Derecho (romano) clásico del matrimonio es una impresionante creación de la «humanitas» romana y, añade, por serlo, nos parece de una modernidad sorprendente». «La humanitas» romana, proyectada en el matrimonio, subraya que es solamente la libre voluntad del hombre y de la mujer lo que constituye el elemento esencial del matrimonio, de manera que «Nuptias non concubitus sed consensus facit», pero no es un contrato consensual, ya que no crea obligaciones, sino más bien un «status». Lo que la última reforma de CC. ha adoptado de alguna manera (art. 45, 86-1.º, 3.º y sus conexiones con el 82, del CC.).

#### D) LA MENOR EDAD Y EL MATRIMONIO

La interrelación entre la menor edad y el matrimonio produce efectos jurídicos diferentes a la de cada uno de dichos estados civiles por separado.

1.º El matrimonio del menor de edad produce la emancipación de derecho (art. 316 CC.), lo que habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, excepto tomar dinero a préstamo y gravar o enajenar bienes inmuebles o establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor (art. 323 CC. de gran paralelismo con la redacción del artículo 13.2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón), siendo válidos los actos dispositivos enunciados, sin embargo de lo anterior, cuando concorra el consentimiento del menor con el de su cónyuge, si se trata de bienes comunes y éste es mayor de edad (art. 324 CC.).

Lo que ya establecía el artículo 272 del Proyecto de 1851, con los antecedentes que menciona García Goyena (17) del Fuero Juzgo (Ley 13, título 2, libro 4) y la Ley 47 de Toro, que dispuso que el hijo casado y velado (para dar publicidad al matrimonio) fuese habido por emancipado en todas las cosas para siempre. También el texto originario del artículo 315 CC.

La emancipación exige el hecho del matrimonio válido (que produce de derecho la emancipación) y el requisito de la edad no invalida el matrimonio, como después se dirá; emancipación que difícilmente será anulable, aunque se anule el matrimonio por razón de edad, por la figura del matrimonio putativo, la presunción de buena fe (art. 79 CC.) y tratarse de un menor, si se piensa en la existencia de un juez, funcionario o eclesiástico que tiene

(16) SCHULZ, citado, pág. 106, 135.

(17) GARCÍA GOYENA, «Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español», citado, pág. 152.

que autorizar el matrimonio, sin perjuicio de las responsabilidades de estos últimos, y situaciones que pueden producirse como, por ejemplo, las previstas en el artículo 52 CC. Si la nulidad del matrimonio se debe a otras causas, habrá de procederse con gran cautela, siendo posible desde luego la nulidad de la emancipación.

2.º El matrimonio del menor es válido, aunque claudicante, en los supuestos en que no esté emancipado (art. 46-1.º CC.) y no haya obtenido la dispensa judicial del artículo 48 CC. Y ello porque, mientras no sea impugnado de nulidad, tiene vocación a la consolidación como lo acredita el artículo 75 CC. La afirmación del artículo 46 de que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados debe situarse en contexto jurídico paralelo a afirmaciones como las del artículo 1.261-1.º en conexión con el artículo 1.263-1.º, ambos del CC. El análisis de la prestación del consentimiento por el menor, cuando la ley no se lo permite, tiene consecuencias específicas y distintas de otras situaciones jurídicas, básicamente la posibilidad de impugnación del negocio jurídico. Una vez más el artículo 79 CC ha de ser alegado como afirmación de lo anterior.

El artículo 51 del Proyecto de 1851 exigía al hijo de familia que no ha cumplido veintitrés años y a la hija que no ha cumplido veinte, el consentimiento paterno para casarse (propriadamente era un supuesto de licencia paterna). Por otro lado, el artículo 272 del Proyecto no impone a la emancipación por matrimonio otra limitación que la del artículo 60 (necesitar la autorización del padre, la madre o la autoridad judicial para determinados actos que deben constar en escritura pública y comparecer en juicio).

Explica García Goyena (18) cómo el Fuero Juzgo establece el consentimiento del padre, madre, hermanos o tíos (8,1,3) y como la pena que se impone (8,2,3) consiste en la pérdida de la legítima y nada dice de la nulidad. Parece que García Goyena es partidario de la nulidad del matrimonio, pues afirma que nunca debe prescribirse un requisito cuya omisión no surta algún efecto. Sin embargo, por influencia de la Iglesia los matrimonios eran válidos, aunque los hijos faltaban gravemente al casarse sin el consentimiento paterno (habrá de suponerse en el orden moral).

La Base 4.ª de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 establece que las relaciones jurídicas que constituyen el derecho de familia se regirán por «los principios esenciales en que se funda el estado legal presente» y la Base 3.ª hace referencia a las disposiciones de la Iglesia católica admitidas en el Reino por la Ley 13, título 1.º, libro 1.º de la Novísima Recopilación. Sabida es la publicación de los cánones del Concilio de Trento (1545-63) como ley de España en virtud de la Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564. Lo cierto es que el texto originario del CC. (art. 45) establecía la prohibición del matrimonio «al menor de edad que no haya obtenido la licencia...» y el artículo 50 de aquel texto declaraba la validez

---

(18) GARCÍA GOYENA, citado, pág. 51.

del matrimonio e imponía la sanción, en su apartado primero, de separación de bienes; en el segundo, como ninguno de los cónyuges podía recibir del otro cosa alguna por donación o testamento y, en el tercero, como el cónyuge menor no emancipado no recibirá la administración de sus bienes hasta que no llegue a la mayor edad, artículos que, reformados por la Ley de 24 de abril de 1958, seguían manteniendo la prohibición al «menor de edad no emancipado por anteriores nupcias que no haya obtenido la licencia...», sufriendo algunas modificaciones el artículo 50 que no afectaban a la validez matrimonial (la reforma más importante de aquella podía ser la del artículo 49 CC, sustitución de licencia por autorización de la Audiencia Territorial). Existían, además, otras consecuencias sancionadoras (arts. 1.340, 1.333 CC., hoy reformados por Ley 11/1981 de 13 de mayo), pero la validez del matrimonio se mantenía. De Castro (19) analiza el significado del Protocolo final que formaba parte del Concordato con la Santa Sede de 1953, al decir, «las normas civiles referentes al matrimonio de los hijos, tanto menores como mayores serán puestas en armonía con los cánones 1.034 y 1.035 del Código canónico y se propone una redacción de los artículos 45 al 50 CC., recogidas en gran medida por la Ley de 24 de abril de 1958 (20).

3.º De otro lado, el artículo 157 CC. actual, que regula la patria potestad sobre sus hijos del menor no emancipado, con la asistencia de sus padres, tutor y en su caso de la autoridad judicial no tiene, en principio, aplicación al supuesto del menor casado.

Por el matrimonio y la emancipación consiguiente, parece que los términos de la asistencia no son ya necesarios. Cabría

(19) DE CASTRO, «El matrimonio de los hijos». Con motivo del Concordato con la Santa Sede, ADC, enero-marzo, 1954, pág. 35.

(20) Ha de destacarse la importancia del análisis histórico que realiza el profesor DE CASTRO en este trabajo, cuya conclusión es la de que la falta de licencia no invalidaba el matrimonio. Como contrapunto histórico, la ley de 20 de junio de 1862 (pág. 50), que establece la obligatoriedad del consentimiento paterno en su artículo 1.º, copia del 51 del Proyecto, y no admite recurso alguno contra el disenso en su artículo 14, copia del 53 del Proyecto, reconociendo la autoridad absoluta del padre o del tutor, recibe duras críticas de la doctrina de la época (García Goyena, Cárdenas, Gutiérrez) y aunque se produce su inclusión en el texto originario del artículo 49 CC., está en abierta contradicción con los principios básicos del sistema del Código, que concibe la potestad del padre como un poder tuitivo, no arbitrario, otorgado para el más fácil cumplimiento de «los altos deberes que la naturaleza y la ley imponen respecto a sus hijos», según propias palabras de la Exposición de Motivos a la segunda edición del CC. de 31 de julio de 1889; la validez del matrimonio se mantiene en el texto originario del artículo 50 CC., siguiendo la tradición española y separándose del Proyecto de 1851, que como la ley de 1862, habían seguido a la doctrina francesa disonante con la legislación de la época, códigos napolitano, sardo, holandés y prusiano (GARCÍA GOYENA, citado, pág. 34, comentarios al artículo 53 del Proyecto). La evolución legislativa francesa, posterior al silencio del CC. francés en este aspecto, que García Goyena considera concordante con el artículo 53 del Proyecto, favorecen el matrimonio en caso de disentimiento (leyes de 17 de julio de 1927 y 4 de febrero de 1935).

decir que, en el desarrollo de la patria potestad, cuando el menor hubiera contraído matrimonio no necesita la asistencia de las personas mencionadas, por estar emancipado, ya que la afirmación de que el menor emancipado ostenta libremente la patria potestad sobre sus hijos no se produce de forma expresa en el CC., y sólo en sentido contrario del artículo 157 del mismo. La redacción del artículo 166 CC., sobre todo en su conexión con el 323 CC., fuerza siempre a la autorización del Juez del domicilio con audiencia del Ministerio Fiscal para los supuestos en el mismo contemplados. Surge la duda sobre si el padre menor emancipado, que tiene prohibido tomar dinero a préstamo para la administración de sus propios bienes (art. 323 CC.) puede tomarlo para la administración de los bienes de su hijo, lo que no le prohíbe el artículo 166 CC. y entra dentro de las facultades del artículo 164, primer párrafo, CC. Parece que si el 323 CC. requiere el consentimiento de sus padres o tutor, será necesaria también la asistencia de sus padres o tutor del artículo 157 CC., para el caso que contemplamos. En general, después de las consideraciones expuestas sobre el menor, parece puede afirmarse que el padre menor emancipado por matrimonio solamente tendrá las limitaciones impuestas por el artículo 323 CC., quedando liberado de las asistencias del artículo 157 CC. en el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, salvo la excepción mencionada.

4.º Los que no pueden contraer matrimonio por razón de edad necesitan la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal para la validez del reconocimiento de la filiación (art. 121 CC.). Como no tiene sentido, en este punto, hablar de dispensas judiciales del artículo 48 CC., parece que la conclusión ha de ser la de que sólo pueden reconocer libremente hijos no matrimoniales los menores de edad emancipados y los mayores de edad. Aquí el CC. es acertado porque, en todo caso, remite al Juez la decisión última en supuestos de persona que no sea plenamente capaz por razón de edad, la que (la redacción del artículo 121 CC. así lo permite) tiene capacidad, para tramitar el expediente con independencia de la edad. Otra consideración podría hacerse: la naturaleza del acto de reconocimiento, aun cuando no sea plenamente negocial (y ello puede resultar polémico), en todo caso presupone conciencia y voluntariedad.

## 2. *La nulidad del matrimonio*

### A) CONSIDERACIONES GENERALES

Al decir el artículo 73 CC. que el matrimonio es nulo habrá de plantearse qué se ha de entender por tal afirmación. La doctrina (21) ha puesto de relieve las dificultades de la terminología

---

(21) Prácticamente pueden citarse todos los tratados generales de Derecho Civil. Destacar la obra de don FEDERICO DE CASTRO («El negocio jurídico»,

de este punto, en general en el negocio jurídico y en particular en el Derecho de familia, donde se produce —en el ámbito matrimonial— no sólo la modificación del estado civil, sino la permanencia en el mismo cuyos efectos, sobre todo cuando concurre la

Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, págs. 461 a 531) que explica como la falta de acuerdo de la doctrina resulta, en buena parte, de la carencia de una exacta terminología legal y de la polivalencia semántica de las voces empleadas, con críticas a la distinción usual entre invalidez e ineficacia, censuras a la contraposición de la inexistencia a la nulidad y rechazo de la tradicional clasificación de los contratos en nulos y anulables, existiendo, por el contrario, quienes piensan que debe atenderse la variedad de figuras de ineficacia con nuevos términos, como los de anulabilidad absoluta, nulidad relativa e inoponibilidad, y también autores que proponen la sustitución de los antiguos términos por otros nuevos, como los de anomalías, irregularidades, ineficacia, deformidad, inutilidad e irrelevancia. Magistralmente explica, con referencias al término de inexistencia, como las figuras de los negocios no son abstracciones lógicas o matemáticas, sino que han sido tomadas de la experiencia social; las leyes, al regularlas, destacan los requisitos necesarios para su existencia; no siempre todos, y entre los no citados pueden estar aquellos más evidente para la conciencia social o según la tradición jurídica. Cuando ante una conducta anómala, una corruptela o a consecuencia de una parcial debilidad de la conciencia social, surge la cuestión sobre la eficacia de un pretendido negocio, carente de un requisito por su misma evidencia), se acudirá instintivamente, por su fuerza expresivo no mencionado expresamente por la Ley (aunque implícito, y no nombrado va, a la calificación de inexistencia. Considera posiblemente insuperable la dificultad de ordenar unitariamente los tipos todos de ineficacia, porque se utilizan, para distinguirlos, criterios de diferente naturaleza como la especial condición del supuesto de hecho, tanto en sentido positivo como negativo; el modo o procedimiento de hacer valer la ineficacia: el resultado, bien definitivo o bien salvable; el ámbito de su alcance; la situación existente hasta que se hace la declaración judicial o la convalidación; si es originaria o sobrevinida. ALBALADEJO («Instituciones de Derecho Civil», Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1972, págs. 359 y ss.) entiende, dentro de la inseguridad terminológica que reina en esta materia, aceptables los términos, de inexistencia, nulidad y anulabilidad, bajo el término general de ineficacia, distinguiendo la nulidad y anulabilidad como especies de ineficacia motivada por la invalidez al afirmar «sólo un negocio que existe puede valer o no valer; luego sólo un negocio que existe puede ser nulo, ya que la nulidad es una clase de invalidez». la anulabilidad (impugnabilidad) supone un negocio plenamente eficaz, pero amenazado de destrucción por haberse celebrado con determinados defectos. Díez PICAZO («Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Editorial Tecnos, Madrid, 1970, págs. 283 y ss.), señala que la idea de ineficacia alude a una determinada formulación de un deber ser jurídico y se comporta como una sanción, distinguiendo la inexistencia como modalidad de la ineficacia y la nulidad, anulabilidad y rescisión como regímenes típicos de la ineficacia.

En el Derecho de familia CASTÁN («Derecho Civil Español, Común y Foral», Tomo Quinto, Derecho de Familia, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1976, páginas 852 y ss.), con anterioridad a las reformas de las leyes 11/1981, de 13 de mayo y 30/1981, de 7 de julio, al tratar de la nulidad del matrimonio emplea el término de invalidez como sinónimo de nulidad como género y distingue la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa o anulabilidad. La bibliografía que cita es muy extensa. Anteriormente, PÉREZ GONZÁLEZ, ALGUER y CASTÁN («Derecho de Familia», traducción a la obra de Ripp y Wolff, Editorial Bosch, Barcelona, 1941, págs. 161 y ss.), establecen la clasificación de matrimonios inexistentes y de matrimonios anulables, distinguiendo entre anulabilidad subsanable y anulabilidad insubsanable. LACRUZ BERDEJO («Dere-

buena fe, no pueden ser borrados íntegramente por la declaración de nulidad. Los términos de inexistencia, nulidad y anulabilidad parece son admitidos, entendiendo por inexistencia la ausencia de forma matrimonial o las situaciones que se rechazan por la conciencia social, como la identidad del sexo (22), con una significación técnica bien definida, como expresa Lalaguna (23), al decir que la diferencia entre matrimonio inexistente y matrimonio nulo no es entitativa o estructural, sino funcional. Se fragua en torno a la función propia del matrimonio putativo, en cuanto tal función se convierte en regla general del matrimonio nulo, justificándose entonces la noción de inexistencia como calificación adecuada para los supuestos excepcionales de invalidez. La diferencia no se podrá apreciar en el ámbito de la estructura del acto jurídico, sino en el ámbito de eficacia de la relación creada o afectada por el acto. Precisamente a una mera carencia de eficacia (la eficacia propia del matrimonio putativo) se refiere la calificación de existencia. Puig Brutau (24) establece la diferencia entre inexistencia y nulidad en que la primera no necesita declaración judicial, no puede ser convalidada, no puede servir de base a la acusación de bigamia y los hijos no gozarán de los beneficios del matrimonio putativo. Analiza una serie de situaciones que son propias de nulidad y no de inexistencia (ausencia total de consentimiento, matrimonios civiles entre bautizados, matrimonios en caso de bigamia, etc.) bajo un prisma crítico de este prestigioso autor que remite a criterios de Lacruz y Puig Peña. Curiosamente fue citado en la discusión parlamentaria sobre los artículos 73, 74 y 75 CC. (25), en la que se dice: «Ahí está claramente especificada la diferencia entre nulidad e inexistencia», cuando el planteamiento crítico, como decimos, de Puig Brutau, no parece admitir la inexistencia, al menos, con rotundidad. En la inexistencia, al no existir ninguna posibilidad de apariencia como verdadero matrimonio, nadie puede creer en su real existencia, cuya consecuencia más relevante podría ser la de no

---

cho de Familia», Fascículo primero, Editorial Bosch, Barcelona, 1982, páginas 197 y ss.) afirma que la doctrina de la invalidez del matrimonio ha sido de las más oscuras y difíciles del Derecho de familia, considerando supuestos de inexistencia de matrimonio, matrimonio nulo convalidable y matrimonio nulo no convalidable.

(22) JORDANO BAREA, «El matrimonio putativo como apariencia matrimonial», A.D.C., Tomo XIV, 1961, págs. 343-382, abril-junio.

(23) LALAGUNA, «Estudios de Derecho matrimonial», Ediciones Rialp, Madrid, 1962, pág. 279 y también «La nulidad del matrimonio después de la constitución», R.G.L.J., julio-agosto 1979, pág. 26. La dificultad viene del Derecho francés: «pas de nullité sans texte». Pero no había un texto que decretase la nulidad del «matrimonio» entre personas del mismo sexo. La jurisprudencia dijo que tal «matrimonio» no tenía siquiera la apariencia, era inexistente más que nulo...

(24) PUIG BRUTAU, «Fundamentos de Derecho Civil», Tomo IV, volumen I, Editorial Bosch, Barcelona, 1959, pág. 166.

(25) Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, año 1982, núm. 153, celebrado el 25 de marzo de 1981, pág. 9573.

producir efecto alguno; la nulidad supondría aquellos casos en que existe forma matrimonial, la apariencia de matrimonio es real, se derivan efectos jurídicos para las personas en que concurra la buena fe (art. 79 CC.), pero el matrimonio adolece de uno de sus requisitos esenciales que no permite su convalidación como los supuestos de falta de consentimiento matrimonial (art. 45 CC.) (26), el estar ligados con vínculo matrimonial (art. 46-2.<sup>a</sup> CC.), los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción (art. 47-1.<sup>o</sup> CC.), los colaterales por consanguinidad hasta el segundo grado (art. 47-2.<sup>o</sup>, en relación con el art. 48 CC.), supuestos comprendidos dentro del artículo 73, apartados 1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup>, CC. y posiblemente, el matrimonio que se contraiga sin la intervención del Juez o funcionario ante quien debe celebrarse (art. 73-3.<sup>o</sup>), cuando ambos cónyuges actuaran de mala fe (a sensu contrario art. 53 CC.); finalmente, la anulabilidad supondría la existencia de un matrimonio no válido por falta de algún requisito legal, pero dispensable ulteriormente, convalidándose desde su celebración (art. 48) o porque legalmente se legitima a determinadas personas para poder ejercitar la acción durante un plazo determinado y se deja caducar la acción, como los supuestos de error, coacción o miedo grave (art. 73-4.<sup>a</sup> y 5.<sup>o</sup> en relación con el art. 76 CC.) o, como en el caso que nos ocupa, del matrimonio del menor no emancipado (art. 46-1.<sup>o</sup> en relación con el 75, CC.), convalidándose el matrimonio también con efectos retroactivos, *ex tunc*.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1981 advierte que es «de tener en cuenta, de una parte, que en el ámbito matrimonial rige la autonomía de las reglas sobre nulidad en la materia, con diferencias muy marcadas con las nulidades ordinarias, pues la nulidad aplicada al matrimonio sin ninguna atenuación constituiría la sanción más grave que comportan las reglas instituidas por la ley, originando que desaparecido el vínculo matrimonial no sólo para el futuro, sino también para el pasado, encontrándose los esposos transformados «retroactivamente» en concubinos, los hijos nacidos de la acción nula no tendrían la consideración matrimonial, produciéndose en definitiva turbación en el seno de la familia, resultando castigados inocentes y dando base al quebranto de la institución del matrimonio si el fenómeno se produjese con frecuencia; y de otra parte, que la invalidez tiene lugar cuando no reúne un acto las condiciones requeridas por la ley, con la distinción de los actos inválidos en inexistentes, en nulos de pleno derecho y anulables, con la característica de inexistencia a los que están faltos de un órgano cons-

---

(26) Ha sido frecuente, antes de la modificación del CC. por la Ley de 7 de julio de 1981, el que los futuros contrayentes depositaran sobre cerrado bajo fe notarial en el que se contenía declaración de que el matrimonio que iban a contraer era contra su voluntad y sin su consentimiento, forzados por circunstancias familiares, sociales, etc. Con ello se pretendía poder declarar la nulidad matrimonial por falta de consentimiento.

titutivo y no responden a su propia definición, de nulidad de pleno derecho a los que dotados de sus elementos constitutivos, chocan con una regla de orden público, y simple anulabilidad los que han sido concluidos bajo el imperio de uno de los vicios del consentimiento, tomados en consideración por la ley».

El estudio histórico del Derecho matrimonial en nuestro país demuestra la importancia que sobre el mismo ha tenido la regulación del Derecho canónico en esta materia, a través de los diversos momentos legislativos y que actualmente sigue manteniendo, sin perjuicio de las posibles incidencias que en el futuro tengan otras confesiones religiosas, al amparo de la actualmente vigente Ley orgánica de libertad religiosa de 5 de julio de 1980. La terminología civil sobre los supuestos de ineficacia matrimonial ha sido influenciada por la canónica, a la cual resultan extrañas distinciones como inexistencia o anulabilidad. Como señalan Pérez González, Alguer y Castán (26 bis) «en la concepción canónica el matrimonio es válido o es inválido, sin ninguna categoría intermedia. La invalidez se aproxima más a la anulabilidad que a la inexistencia, pero tiene características propias. La declaración de nulidad se considera por los canonistas como un remedio extremo para cuando no sea posible la convalidación o la sanación del matrimonio». «Cabe, pues, únicamente separar el matrimonio nulo que puede convertirse en matrimonio válido, a virtud de convalidación o sanación y aquel otro que no puede ser convalidado o sanado..., así como también hay implícita una distinción por razón de las personas que pueden ejercitar la acción de nulidad». En efecto, las acciones en Derecho canónico pueden ejercitarse solamente por ambos cónyuges cuando se trata de impedimentos que no son por su naturaleza públicos (impotencia oculta, raptó, crimen y los defectos de consentimiento por error, fuerza o miedo, condición, etcétera) o pueden ejercitarse por ambos cónyuges y también por el promotor de justicia cuando se trata de impedimentos públicos por su naturaleza (falta de edad, vínculo matrimonial preexistente, disparidad de cultos, orden, voto, consanguinidad, afinidad, etc.), como se desprende, principalmente, del canon 1971 del Codex iuris canonici.

## B) EL DERECHO ESPAÑOL

Hechas las anteriores consideraciones parece fundamentada la afirmación de encontrarnos ante un supuesto de anulabilidad matrimonial, al releer el artículo 73 C. c. y decirnos que es nulo el matrimonio cualquiera que sea la forma de su celebración, de los menores de edad no emancipados, salvo que el Juez de Primera Instancia lo haya autorizado siempre que el menor sea mayor de catorce años, y ser ese matrimonio convalidable si no se ejercita

---

(26 bis) PÉREZ GONZÁLEZ, ALGUER y CASTÁN, citado, pág. 159.

la acción de nulidad por los padres del menor, en su defecto sus tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal; o bien, por el propio menor una vez alcanzada la mayoría de edad, haber vivido juntos los cónyuges y transcurrido un año desde aquélla (art. 75 C. c.).

Los requisitos para tal convalidación podrían ser establecidos de la siguiente forma: 1.º Que ambos cónyuges alcancen la mayoría de edad, cómputo que deberá hacerse con arreglo a los artículos 315 y 5 C. c. Cabría preguntarse si los mismos efectos se producirían si en lugar de alcanzar la mayoría de edad lo que se obtuviera fuera la emancipación. Afirma Lacruz Berdejo (27) que el precepto podrá aplicarse también por analogía. Ello no obstante, el matrimonio produce de derecho la emancipación (art. 316) por lo que la acreditación de la existencia del matrimonio supone la emancipación de los cónyuges, y en la figura de la emancipación por matrimonio no se exige ningún requisito de edad; cierto que se trata de un matrimonio anulable pero, cierto también, que se trata de un matrimonio que si no se impugna, el tiempo, «*ipso facto*», con la convivencia de los cónyuges, va a convalidarlo y con efectos «*ex tunc*». Eso ocurre, en general, en tema de contratos, pero si convenimos que el matrimonio es algo más que un contrato y que afecta al llamado «orden público», no parece puede admitirse la emancipación por matrimonio, sino que la mayoría de edad se presenta como requisito insalvable y encontramos realmente ante un puro sofisma. Posiblemente la extensión analógica a la emancipación de la mayoría de edad podría referirse a la emancipación de los artículos 317, 320 y 321 C. c., lo que les permitiría contraer matrimonio sin necesidad de licencia de clase alguna (art. 46 C. c.) no teniendo aplicación el artículo 75 C. c., y acortándose en dos años el plazo durante el cual es posible el ejercicio de la acción de nulidad, siendo éste quizá el único efecto positivo de tales clases de emancipación a efectos matrimoniales. 2.º Haber vivido juntos un año después de alcanzada la mayoría de edad por uno de ellos. Parece aplicable a la convivencia la presunción del artículo 69 C. c., así como los supuestos del segundo párrafo del artículo 87 C. c. y ello por aplicación del principio «favor matrimoni» que aunque el C. c. no establece expresamente, como lo hace el *Codex iuris canonici* en su canon 1014, está presente en artículos como los 48, 50, 53, 59, 63, 75, 76, 78 y otros de dicho cuerpo legal. 3.º Que no se ejercite la acción de nulidad, mientras el contrayente es menor, por cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal (artículo 75, párrafo primero C. c.) o por el propio contrayente menor durante el año siguiente a la mayoría.

En el caso de los padres el C. c. no exige que detenten la patria potestad, lo cual parece lógico si se considera la filosofía que informa el estado civil de la menor edad, esto es, la protec-

---

(27) LACRUZ BERDEJO, citado, pág. 207.

ción y defensa del menor y tratarse del ejercicio de una acción judicial que remite al Juez la decisión.

Respecto de los tutores no parece necesaria la previa autorización del Consejo de Familia, por no estar incluido el ejercicio de la acción de nulidad en el contexto del artículo 269 C. c., pero sí, posiblemente, para mantener recursos de apelación en el caso de no decretarse la nulidad instada por ellos, o por el contrario, que el menor hubiera sido condenado, esto es, declarada la nulidad del matrimonio, supuesto posible ante una acción interpuesta por el Ministerio Fiscal.

La expresión «guardadores» en el primer párrafo del artículo 75 C. c. parece se utilice como equiparable a la de padres o tutores cuando los padres o tutores son los guardadores de los hijos. Las instituciones «patria potestad» y «tutela» tienen la finalidad de la guarda de los menores. En un sentido restringido quizás podría entenderse como guardadores a los jefes de las casas de expósitos, pero el artículo 212 C. c. afirma que son los tutores de los recogidos, educados en ellas, y en el mismo sentido el artículo 303 C. c. Quizás la expresión del artículo 90, apartado A), «determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos», o el proveedor «de otro modo» que señala el artículo 159 C. c., o «las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad» del artículo 128 C. c. supongan la figura del guardador no regulada jurídicamente en el C. c. por lo que, incluso admitiendo estos casos, parece exagerada la legitimación que les concede el artículo 75 C. c. teniendo en cuenta, además, la posibilidad de que actúe el Ministerio Fiscal.

Al llegar el que era menor a la mayoría de edad, sólo puede ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla (art. 75, párrafo segundo, C. c.). La interpretación del C. c. en este supuesto (que se desprende de la literalidad del texto legal, aun cuando no parece ser la más acertada ni congruente con el sistema) supone a ambos cónyuges menores de edad, alcanzando uno de ellos la mayoría y no pudiendo éste reclamar la nulidad sino solamente el que sigue siendo menor, y ello antes de transcurrir un año de alcanzada aquella mayoría, si durante este tiempo hubieren vivido juntos. Lo que supone que si ambos cónyuges alcanzan la mayoría de edad con una diferencia de tiempo inferior a un año, este plazo legal queda reducido a sólo la diferencia de edades, con la conclusión de que alcanzada la mayoría de edad por los dos cónyuges no se puede ejercitar acción de nulidad.

Otra interpretación podría ser la de que el menor que alcanza la mayoría de edad puede, durante el plazo de un año, ejercitar la acción de nulidad. Lo que se encuentra en el Derecho comparado, como el artículo 183 del Code civil francés y artículo 117 del Codice civile italiano. Pero la redacción del C. c. no parece permitir esta interpretación cuando dice: «Al llegar a la mayoría de edad sólo

podrá ejercitar la acción el contrayente menor...» (podría haber dicho para esta interpretación «el propio contrayente»). Sin embargo resulta, al menos en apariencia, excesivamente tajante el C. c., cuando al menor que alcanza la mayoría se le deja en otros supuestos (art. 1.301 C. c.) un plazo determinado para impugnar decisiones adoptadas durante su minoría de edad. Ello no obstante se podría mantener el que parece criterio del C. c. en base a las siguientes consideraciones: a) el consentimiento matrimonial lo presta el menor personalmente y no otra persona en su representación legal; b) ese consentimiento se presta con un grado de discernimiento que es apreciado por una autoridad civil o religiosa (forma de celebración del matrimonio); c) no se trata de derechos patrimoniales, sino de situaciones personales en lo que esté involucrado normalmente otro menor de edad (28); d) está prevista legalmente la intervención del Ministerio Fiscal por lo que si el ahora mayor de edad, cuando era menor entendió existir graves perjuicios para su persona pudo impetrar el auxilio de aquel órgano judicial o actuar éste de «motu proprio»; e) de los dieciséis a los dieciocho años, probablemente los más frecuentes en estas situaciones, el grado de discernimiento a estos efectos debe reputarse suficiente como lo demuestra el propio C. c. que permite contraer matrimonio cuando se está emancipado; f) el C. c. concede capacidad al contrayente menor para ejercitar la acción de nulidad (art. 75, segundo párrafo, C. c.), puesto que si tuviera que actuar «cualquiera de sus padres, tutores o guardadores» estaríamos en el supuesto del primer párrafo del artículo 75 C. c. (29). Téngase presente que el matrimonio produce de derecho la emancipación y, por tanto, el artículo 75, párrafo primero C. c. es una limitación del artículo 323, segundo párrafo C. c., limitación que desaparece en el caso del párrafo segundo del artículo 75 C. c. Podría suceder que el otro contrayente ya fuera mayor de edad o emancipado al celebrar el matrimonio, en cuyo caso la emancipación del menor se regularía por las normas generales, especialmente por el artículo 324 C. c. De alguna manera, debe pensarse que el C. c. confiere la tutela de los mayores que no pueden gobernarse por sí mismos al cónyuge (art. 220 C. c.) y, aunque el su-

---

(28) «Los padres carecen de poder sobre el matrimonio de sus hijos, porque así lo dispone el Derecho natural, El menor, aun el que está bajo patria potestad, es «sui iuris» en lo que respecta a la elección de su estado (SÁNCHEZ, «Disputationem de Sancto matrimonii Sacramento, 3, ed. 1602, número 6, pág. 797, citado por DE CASTRO, «El matrimonio de los hijos», citado, pág. 43).

(29) Confirma lo dicho como en la enmienda a la totalidad del Proyecto de Ley presentada por el Senador D. Carlos Pinilla Turiño (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, I Legislatura, Serie II, núm. 161 CC.), de 14 de mayo de 1981, Enmienda núm. 1) se dijera en el último inciso del propuesto artículo 73 del CC. «Al llegar a la mayoría de edad solamente podrá ejercitar la acción el propio contrayente, salvo que los cónyuges hubieran vivido juntos durante seis meses después de alcanzada aquélla». Se rechaza en el Informe de la Ponencia («Boletín» 161 (d), de 8 de junio de 1981, pág. 102).

puesto legal no es identificable, sí que puede deducirse el principio de los preceptos enunciados de que la protección del cónyuge menor de edad corresponde al otro cónyuge cuando éste sea mayor y no esté separado legalmente o de hecho. Si el artículo 227 C. c. se separa de esta línea se debe a que en la prodigalidad existe una contradicción entre los intereses de los cónyuges (art. 222 C. c.). En el supuesto que contemplamos la acción no puede ser ejercitada por los padres, tutores o guardadores, y el Ministerio Fiscal. La protección del menor se desplaza al otro cónyuge y se le mantiene al menor en el ejercicio de la acción en los propios términos del artículo 75, párrafo segundo, C. c. Todo ello pudiera parecer desproporcionado, pero no se evita al menor la posibilidad de defensa, incluso al llegar a la mayoría de edad, dentro de la filosofía del sistema actual, por la amplitud de causas de separación y divorcio existentes (arts. 81, 82, 86 C. c.). Queda por considerar el caso de que no habiéndose impugnado el matrimonio por nulidad, no dándose ninguna de las causas de separación y de divorcio (supuesto de comportamiento ideal del otro cónyuge), el menor quisiera impugnar su matrimonio por arrepentirse del mismo debido a su edad y a su falta de conocimiento cabal de lo que supone la situación matrimonial. Posiblemente el tema habría de reconducirse por la falta de consentimiento matrimonial, lo que supondría nulidad absoluta del matrimonio (30). Sin embargo, el caso es más teórico que práctico, pues no debe olvidarse la intervención de juez, funcionario o eclesiástico que dan fe de su consentimiento y de la existencia de un año para poder impugnarlo, plazo durante el cual puede percatarse de lo que supone aquella situación matrimonial. Si a pesar de ello mantiene su arrepentimiento, el caso es similar al de tantas otras personas mayores de edad.

Cabría plantearse la posibilidad del ejercicio de la acción de nulidad por el cónyuge mayor de edad por ser el otro cónyuge menor de edad. En principio esta acción no es posible por no estar prevista legalmente. Sin embargo Cossío (31) analiza el llamado por la doctrina «dolo de los incapaces» cuando el menor, en nuestro caso con maniobras dolosas, ha determinado a la otra parte a celebrar el matrimonio a sabiendas de la nulidad del contrato que celebraba y con el decidido propósito de beneficiarse de esa nulidad con quebranto de la otra parte contratante, llegando a la conclusión de «que ninguna razón impide que se reconozca en tales supuestos una acción de impugnación a la parte capacitada, por razón del dolo que ha viciado su voluntad».

---

(30) Cossío, «El dolo en el Derecho Civil», Editorial Rev. Privado, Madrid, 1955, pág. 378, afirma que en un contrato otorgado por un infante no puede hablarse de una voluntad viciada, por la sencilla razón de que falta toda voluntad, no existe el consentimiento, y por lo tanto, el contrato al que le falta este especial requisito, es una mera apariencia de contrato, careciendo de existencia.

(31) Cossío, «El dolo en el Derecho civil», citado, págs. 373 y ss.

El ejercicio de la acción de nulidad en el caso de mayores de catorce años queda marcado por la dispensa ulterior del Juez de Primera Instancia (art. 48, último párrafo, C. c.). El procedimiento de nulidad deberá tramitarse de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1981 de 7 de junio que expresamente contempla la nulidad de matrimonio por causa de edad. La demanda debe interponerse entre las partes interesadas, esto es, los cónyuges, actuando las personas a que nos hemos referido anteriormente. Sin embargo puede plantearse el supuesto de que cualquiera de los padres, el tutor o guardador, actúen solicitando nulidad contra la voluntad del propio hijo o pupilo lo que, podría parecer, no reviste mayor importancia dado que, concedida la nulidad, al alcanzar la mayoría de edad puede contraer nuevamente matrimonio. Ello no obstante la limitación que supone a los artículos 316 y 323, segundo párrafo, C. c., obliga a plantearse, en tal caso, si el menor puede actuar de alguna manera, lo que no parece posible cuando la legitimación procesal corresponde a padres, tutores o guardadores. Siempre cabe el recurso al Ministerio Fiscal, y si éste el que actúa, no habiendo padres, tutores o guardadores, había que montar la tutela (art. 231 y concordantes C. c.) o nombrarle judicialmente un defensor al menor por analogía en lo dispuesto en el último párrafo del artículo 215 C. c., solución esta última que parece más ágil. En todo caso parece aceptable la afirmación de que el menor deberá ser oído, ya que aun cuando el C. c. no lo diga expresamente ello, se deduce de la aplicación analógica del artículo 48, segundo párrafo, C. c., que lo exige para un expediente de dispensa de edad, tanto más en el contencioso sobre nulidad matrimonial, en el que siempre podrá ser parte el Ministerio Fiscal (Disposición Adicional Octava ley 30/1981 de 7 de julio) (32).

---

(32) En la redacción del artículo 48 del Proyecto de Ley, en el informe de la ponencia y en las enmiendas («Boletín Oficial de las Cortes Españolas», I Legislatura, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 123-I, de 6 de diciembre de 1980 y núm. 123-II, de 15 de enero de 1981, respectivamente) el último inciso del párrafo segundo estaba redactado de la siguiente forma: «En los expedientes de dispensa de edad *podrán* ser oídos el menor y sus padres o guardadores». Sin embargo, fue modificado y en la aprobación definitiva por el Congreso («Boletín» citado, núm. 123-IV, de 6 de julio de 1981) se le da la redacción definitiva cambiando la palabra *podrán* por la palabra *deberán*. Viene de las enmiendas presentadas en el Senado («Boletín O. C. G.», Senado, I Legislatura, serie II, de 14 de mayo de 1981, número 161 (c). Enmienda número 1 de D. Carlos Pinilla Turiño al artículo 48; Enmienda número 67 de D. José María Pardo Montero, donde se dice «la audiencia de las partes se revela como básica y de absoluta necesidad y coherencia»; Enmienda número 73 de D. Fernando Arenas del Buey, donde se dice: «Consideramos esencial en este caso el que sean oídos los menores y sus padres o guardadores para la concesión de la dispensa de edad y no dejar al arbitrio judicial, por lo que debe cambiarse el término facultativo «*podrá*» por el imperativo «*deberá*». En el informe de la ponencia se aceptan las enmiendas núms. 67 y 73 («Boletín» 161 (d), de 8 de junio de 1981, página 104) y aprobada por el Pleno del Senado («B.O.C.G.», núm. 161 (f), de 22 de junio de 1981, pág. 155).

### C) LA APLICACIÓN DEL DERECHO CANÓNICO

El matrimonio de los menores de edad plantea problemas derivados de la actual regulación de las relaciones entre el Estado Español y la Iglesia Católica. Los artículos 46, 48 y 73 C. c. declaran la nulidad del matrimonio de los menores no emancipados, salvo dispensa judicial a partir de los catorce años para ambos sexos. Por su parte, el Codex iuris canonici establece (canon 1067) la edad mínima de catorce años para la mujer y dieciséis años para el hombre. Al establecer el artículo 60 C. c. que el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico produce efectos civiles cabe preguntarse qué sucederá si se contrae matrimonio canónico por una mujer menor de edad, pero mayor de catorce años, con un hombre menor de edad, pero mayor de dieciséis años, sin estar civilmente emancipados. Indudablemente el matrimonio es válido con arreglo a la normativa sustantiva canónica y es nulo con arreglo a la normativa sustantiva civil, por lo que el juez denegará la inscripción en el Registro Civil ante la certificación canónica de celebración del matrimonio (art. 63 C. c.). No obstante como el matrimonio canónico produce efectos civiles (art. 60 C. c.) y la inscripción registral se requiere para el pleno reconocimiento de los mismos (art. 61 C. c.) se puede seguir manteniendo la pregunta de si existe matrimonio civil entre los contrayentes en forma canónica.

Un segundo caso que puede plantearse sería el matrimonio canónico contraído por varón que tuviera catorce años, decretándose después la nulidad canónica del mismo por no haber alcanzado aún el esposo los dieciséis años, preguntándose si la resolución dictada por el Tribunal eclesiástico tendrá eficacia en el orden civil (art. 80 C. c.) o por el contrario se mantendría civilmente la validez del matrimonio por ajustarse a la normativa sustantiva civil aun cuando no lo fuera a la normativa sustantiva canónica (supuesto de haber obtenido dispensa de edad de Juez de Primera Instancia).

Es evidente que estas cuestiones, y otras más que podrían plantearse, constituyen casos particulares de un problema más amplio como es el de los efectos civiles del matrimonio canónico o los efectos civiles de las nulidades canónicas. Quizás el tema puede establecerse en términos de determinar si el ordenamiento jurídico español incorpora normas sustantivas de Derecho canónico matrimonial aun cuando éstas estuvieran en contradicción con aquéllas. En otras palabras: Se trata de saber si existe una sola clase de matrimonio, una sola regulación jurídica del mismo que será lógicamente la civil, aun cuando sea posible su celebración en forma religiosa, o por el contrario existen varias clases de matrimonio cuya regulación jurídica puede variar según la confesión religiosa y los acuerdos alcanzados por el Estado español con la misma (art. 59 C. c.). La contestación en el segundo caso podría

encontrarse en la redacción del artículo 80 C. c. al afirmar que las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos han de ser declaradas ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el juez civilmente competente en las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil), y a la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/1981 de 7 de julio, según la cual, si no hay oposición, el juez debe apreciar si la resolución canónica es ajustada al derecho del Estado y, si hay oposición se iniciará el procedimiento correspondiente. Pero estas normas civiles se refieren a la validez de resoluciones de Tribunales eclesiásticos, no existiendo norma paralela para el primer supuesto planteado relativo a los efectos civiles del matrimonio canónico (obviamente aquí no hay resolución del Tribunal eclesiástico).

La interpretación de esta materia requiere un análisis más detenido de los acuerdos actualmente existentes con la Iglesia Católica, única confesión religiosa que hasta el momento ha pactado con el Estado español una regulación jurídica del matrimonio (33). Sin embargo ello desbordaría el contenido del presente estudio, para el cual parecen suficientes las precisiones que a continuación se formulan.

Con carácter previo es necesaria una referencia al artículo 14 CE (Constitución Española) en su conexión con el artículo 53 CE y la reserva que en el mismo se contiene. No podrá existir discriminación alguna entre los españoles por razón de religión y por ley se regulará el ejercicio de tal derecho que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial. Montes (34) considera que el contenido esencial no puede entenderse como un límite genérico o categorial, sino como un límite específico, que comprende cada uno de los casos o manifestaciones concretas. La S.T.C. (Sentencia del Tribunal Constitucional) de 8 de abril de 1981 (35), establece en su Fundamento jurídico núm. 8, que «constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibili-

---

(33) Sin duda, por la tradición española y por la gran preocupación de la misma por esta materia. Pero el intérprete, aparte sus convicciones y creencias, y le guste o no los resultados que obtenga, debe proceder con la máxima objetividad de acuerdo con los textos positivos objeto de interpretación. Podrían repetirse las consideraciones de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1928, al decir que el poder judicial, cualesquiera que sean sus opiniones, tiene que ajustarse en sus fallos a las disposiciones legislativas no interpretándolas más que en caso de duda o de oscuridad y dejando la responsabilidad del acierto al citado Poder, que da la pauta que forzosamente han de acatar los Tribunales de Justicia en el ejercicio de sus funciones, insistiendo al final del 4.º considerando en el sentido de que los Tribunales no tienen facultad de interpretación en este sentido, sino de aplicación debida, dejando a las clases sociales que aplaudan o impugnen lo legislado.

(34) MONTES, «La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo», Editorial Civitas, Madrid, 1980, pág. 169.

(35) Recurso de inconstitucionalidad núm. 192/1980 (suplemento al «BOE» número 99, de 25 de abril de 1981), en la que es ponente Díaz Picazo.

dades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales» y también «se puede hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos», conceptos que «no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios..., pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse».

La pregunta a contestar, sentadas las anteriores premisas, es si un tratado internacional puede modificar el contenido constitucional y conceder derecho y deberes distintos a los españoles según sea su confesión religiosa. La Constitución española se declara aconfesional al afirmar su artículo 16-3 que ninguna confesión tendrá carácter estatal.

Como es sabido, el Concordato con la Santa Sede de 27 de agosto de 1953 ha sido prácticamente sustituido por una serie de acuerdos, cuatro, de fecha 3 de enero de 1979, uno de los cuales, denominado Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, se ocupa de la regulación del matrimonio. Fue autorizada la ratificación de dichos acuerdos por el Congreso de Diputados en 13 de septiembre y por el Senado el 30 de octubre, ambos del mismo año 1979, produciéndose el canje de instrumentos de ratificación el siguiente 4 de diciembre, publicándose en el «Boletín Oficial del Estado» del día 15 de diciembre de 1979 los citados acuerdos. Siguiendo la tesis jurídica del profesor Gitrama (36) se acepta la doctrina de la recepción de los tratados mediante la publicación en el periódico oficial del Estado signatario. Dichos acuerdos se han convertido, así pues, en norma interna con rango de ley, pero en ningún caso pueden modificar la Constitución. Pueden interpretarse pero nunca integrar la Constitución. Es la tesis del TC.

El artículo 96 CE establece que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Según el artículo 1.5 C. c. las normas jurídicas contenidas en el acuerdo sobre Asuntos Jurídicos (tratados internacionales) (37), son de aplica-

---

(36) GITRAMA, «El Concordato como fuente en el Derecho civil», Separata de la R. Gral. de Derecho, núms. 400, 401 y 402, Valencia, 1978, pág. 20. El trabajo estudia en profundidad el tema del Tratado internacional como fuente del Derecho en general y del Concordato de 1953 con la Santa Sede en particular.

(37) En la Convención de Viena de 1969 sobre Tratados Internacionales se define el tratado como un acuerdo internacional celebrado por escrito

ción directa en España, formando parte del ordenamiento interno, mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado» (38).

entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, cualquiera que sea su denominación particular, OSCAR ALZAGA («Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978», Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pág. 593) dice que por lo general, el término «tratado» se reserva para los compromisos más solemnes que contraen los Estados; sin embargo, no existe una terminología unívoca a nivel internacional y, en ocasiones, se emplean términos sinónimos tales como acuerdo, declaración y convenio, al que también se refiere la Constitución. Puede verse también el Decreto de 24 de mayo de 1972 de Ordenación Administrativa en materia de Tratados, aunque, como señala el profesor Gitrama (citado, pág. 11), nada dice sobre su eficacia en el Derecho interno.

(38) En general, GITRAMA (citado, págs. 7 a 20, al que seguimos en este punto), SERRANO ALBERCA («Comentarios a la Constitución», Fernando Garrido Falla y otros, Editorial Civitas, Madrid, 1980, págs. 966 y ss.), comentando el artículo 96 CE, afirma que su primer apartado constituye el núcleo central de las relaciones entre el derecho internacional convencional y el derecho interno, planteándose dos cuestiones: 1.º Cómo se interna el tratado en el ordenamiento jurídico interno, y 2.º Qué valor tiene el tratado, una vez integrado como fuente del derecho. Ambas cuestiones han sido objeto de estudio por los partidarios de las teorías monistas y dualistas. DÍEZ DE VELASCO («Instituciones de Derecho Internacional»), explica la polémica entre monismo y dualismo, que comienza con la publicación de la obra de TRIEPEL en 1899, titulada «Vokesrecht und Landesrecht». Para los primeros (KELSEN) existe unidad entre el derecho internacional y el derecho interno, por tanto, el primero forma parte integrante del segundo de manera automática y el tratado tiene valor superior a las leyes; mientras para los dualistas las normas de derecho internacional han de ser previamente transformadas al derecho interno con un rango jerárquico igual al de la norma que las transforma. FEDERICO DE CASTRO («Fuentes del Derecho e interpretación jurídica». Observaciones alrededor de un libro, A.D.C., 1956) considera al tratado fuente indirecta del derecho interno porque precisa una norma de transformación del derecho internacional en el interno.

GONZÁLEZ CAMPOS («Comentarios a las reformas del CC., Madrid, 1977), entiende la publicación como condición esencial para la integración en el orden interno. RODRÍGUEZ ZAPATA («La Constitución», «Tratados internacionales y sistemas de fuentes del Derecho», Publicaciones del Real Colegio de España, 1976), entiende, por el contrario, que los tratados son normas del ordenamiento interno sometidas a condición suspensiva hasta el momento de su publicación en el «B.O.E.» GARRIDO FALLA (Tratado de Derecho Administrativo», Tomo I, Madrid, 1970, pág. 315), considera que el tratado es fuente indirecta mientras no ha sido publicado, y la publicación es la forma que adopta la recepción especial para su transformación en derecho interno.

Sin embargo, la integración del tratado es problema distinto de la aplicación directa o no del mismo. La aplicación directa se concreta en saber si éste puede crear directamente derechos y obligaciones y si el Juez puede decidir en orden a tales derechos y obligaciones sin necesidad de medida legislativa o administrativa para la ejecución de las normas en el orden interno. El procedimiento de integración de los tratados en el orden interno es una técnica de ejecución, mientras que el problema de su aplicabilidad directa a los individuos afecta a la naturaleza misma del tratado. Sin embargo, si se adopta el sistema de recepción especial de un tratado mediante la transformación de éste por un acto de derecho interno, la aplicación directa o no del tratado no se plantea y concuerda con los postulados de la teoría dualista que considera que el Derecho internacional no es nunca directamente aplica-

Peña y Bernardo de Quirós (39) afirma que las exigencias constitucionales no sólo no determinan que haya de admitirse el sistema de matrimonio civil facultativo de tipo latino, sino que lo

ble. Afirma SERRANO ALBERCA que el artículo 96 es técnicamente más perfecto y más ajustado a la realidad que el artículo 1.5 CC. No lo entendemos así. El artículo 96 CE habla de «publicados oficialmente en España», «mientras el artículo 1.5 CC. establece la publicación en el «BOE», donde puede verse, precisamente, una mucho mayor precisión, y no es válido el razonamiento de que el artículo 96 CE está pensando en el Boletín de la Comunidad Económica Europea, porque es absurdo legislar como texto positivo sobre algo que no tiene actualidad, olvidándose de la actualidad. El mismo artículo constitucional nada precisa de la aplicación directa de los tratados, lo que contrariamente precisa el artículo 1.5 CC. y su conexión con el artículo 2.1 CC., que señala GITRAMA (citado, pág. 20) al emplear el primer precepto la expresión «publicación íntegra» con el adjetivo «completo» del segundo. No hay por qué contraponer el artículo 96 CE al 1.5 CC. La norma constitucional formula una declaración que es desarrollada en el cuerpo legal correspondiente, en este caso, el CC. La aplicación directa de la Constitución tiene su ámbito primordial en el campo de los derechos fundamentales, lo que no resta valor al sentido del CC. como constitución material que precisa la aplicación de la norma programática. Como dice OSCAR ALZAGA («Comentario sistemático a la Constitución española de 1978», citado, pág. 600), sería excesiva una interpretación literalista del artículo 96.1 CE que condujese a sostener que los tratados internacionales forman parte de nuestro ordenamiento jurídico desde la misma fecha de su publicación, pues, por los mismos términos complejos del tratado internacional, cabe que se prevea una entrada en vigor diferida. Y finalmente, la pretendida supremacía del tratado sobre la ley ordinaria no es admisible en absoluto (en este sentido el Anteproyecto constitucional) y la diferencia entre la derogación de una ley ordinaria y la de un tratado obedece a su distinta competencia, no a su jerarquía como acertadamente afirma RODRÍGUEZ ZAPATA Y PÉREZ («Derecho internacional y sistema de fuentes del Derecho: La Constitución española», Editorial Civitas, Madrid, 1980, obra dirigida por Eduardo García de Enterría y Predierei, pág. 606). Si las normas contenidas en los tratados no pueden ser derogados por las leyes como afirma Serrano Alberca, tampoco los tratados pueden derogar las leyes (art. 2.2 CC.).

Lo anterior conduce a la siguiente conclusión. Las leyes han de ser interpretadas dentro del marco de la Constitución, la que expresa no habrá discriminación entre los españoles por razón de religión. Consiguientemente el Acuerdo con la Santa Sede convertido en norma jurídica interna habrá de ser interpretado dentro del marco constitucional, sin que su aplicación suponga discriminación entre los españoles por razón de religión. Con todo, podría existir la posibilidad de la modificación de la Constitución por el Acuerdo con la Santa Sede, posibilidad prevista en la propia Constitución, que llevaría como consecuencia el cambio en el criterio a seguir en la interpretación del mismo. Estamos, así, ante un supuesto concreto del problema relativo a si un tratado internacional puede modificar la Constitución.

Los artículos 93 a 96 CE regulan los tratados internacionales. De su lectura podrían deducirse tres distintas clases de tratados.

1.º Tratados por los que se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la constitución (art. 93, CE). Se ha dicho que este precepto está redactado con la mirada puesta en la integración de España en las Comunidades europeas (SERRANO ALBERCA, citado, pág. 947; OSCAR ALZAGA, citado pág. 589). Exige una ley orgánica que autorice la celebración del tratado.

2.º Tratados que requieren previa autorización de las Cortes Generales. Son las relativas a materias de carácter político; de carácter militar; que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes funda-

impiden, y no cabe constitucionalmente un sistema en que el matrimonio pueda, cuando se opta por la forma religiosa, estar sometido a efectos civiles a la legislación y jurisdicción eclesiásticas. Distingue entre obstáculos constitucionales a la eficacia civil de la competencia legislativa de la Iglesia en materia de matrimonio, pues se violarían preceptos como el 32.2 y 14 de la Constitución, y obstáculos constitucionales a la eficacia de la jurisdicción de la Iglesia en materia de matrimonio por la posible violación de los artículos 117.3 y 5; 24, 1 de la Constitución.

La redacción del acuerdo, especialmente los artículos VI y VII (40), se explican por Fosar Benlloch (41) con la redacción ac-

---

mentales establecidos en el Título I; que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública y aquellos que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución (art. 94, apartado 2, CE).

Parece que el Acuerdo con la Santa Sede deba encontrarse en el segundo de los grupos mencionados. No es el primero, pues no existe ley orgánica al respecto, y tampoco en el tercero, por cuanto, como se ha dicho anteriormente, precedió la autorización del Congreso y del Senado para su ratificación.

La razón de la inclusión en el segundo grupo viene, básicamente, de la necesidad de la modificación del CC. en materia matrimonial y de la exigencia de medidas legislativas para su ejecución. Las leyes 76/1980, de 26 de diciembre (procedimiento a seguir en las causas de separación matrimonial, ya derogada) y la Ley 30/1981, de 7 de julio, que ha dado nueva redacción al Título IV, Libro I, del CC. son prueba de ello.

Podría pensarse que la inclusión en este segundo grupo viene dada por un tratado que afecta a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I de la Constitución, concretamente al artículo 14, en el punto de discriminación por razón de religión. Ello supondría que los españoles católicos podrían tener un régimen jurídico matrimonial diferente al aplicarse el derecho canónico. El tema plantea muchas dificultades, pues aunque parece que no deba ser así, existe, a nuestro entender, un extremo irreductible cual es el de las decisiones pontificias sobre el matrimonio rato y no consumado.

Decimos que parece no deba ser así por cuanto, como explica SERRANO ALBERCA (citado, pág. 958), la declaración sobre la forma en que un tratado pueda afectar a los derechos y deberes reconocidos en el Título I de la Constitución, debe ser puntualizada en el sentido de que tal afectación sólo puede implicar regulación o desarrollo del contenido esencial de los derechos reconocidos en la Constitución, pero, en ningún caso, modificación de aquél, pues, entonces, se exigiría el procedimiento establecido en el artículo 95 de la misma —la previa revisión constitucional— que, evidentemente,, no se ha producido en el Acuerdo con la Santa Sede.

(39) PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, «El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede, Anuario de Derecho Civil, Tomo XXXIII, fascículo III, julio-septiembre 1980, págs. 576 a 579.

(40) )Art. VI. El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico.

Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos, será necesariamente la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio.

2) Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho Canónico, podrán acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán

tual del C. c. y con los textos derogados tanto del Concordato con la Santa Sede de 1953 como del C. c. (arts. 76 y 80 C. c. principalmente).

Resumiendo: Del texto del artículo VI.1 del Acuerdo con la Santa Sede y del artículo 60 del C. c. resulta que el matrimonio canónico produce efectos civiles cuando de la legislación derogada, artículo XXIII del Concordato de 1953 y artículo 76 C. c. derogado, el matrimonio producía plenos efectos civiles. Por su parte, el artículo VI.2 del Acuerdo y el artículo 80 C. c. establecen que las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustados al Derecho del Estado, en resolución dictada por el juez civil competente, mientras que el artículo XXIV del Concordato de 1953 y los artículos 80 y 82 C. c. derogados declaraban la exclusiva competencia eclesiástica sobre las causas de nulidad, separación de matrimonios canónicos, dispensa del matrimonio rato y no consumado y sobre uso y aplicación del Privilegio Paulino. La interpretación actual de cualquier norma jurídica —y en particular la del C. c. cuya modificación en esta materia ha sido motivada por la Constitución de 1978 y al Acuerdo con la Santa Sede de 1979— ha de realizarse bajo la óptica constitucional, como afirma García de Enterría (42) y Fosar Benlloch (43) entre otros, y se establece en la doctrina de la sentencia del T.C. de 2 de febrero de 1981, al advertir la necesidad de apurar la posibilidad de interpretación de los preceptos impugnados conforme a la Constitución y declarar sólo la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente derogación, de aquellas cuya incompatibilidad con la misma resulte indudable, por ser imposible el llevar a cabo tal interpretación (fundamento jurídico 1, letra A).

Por todo ello los efectos civiles del matrimonio canónico serán los efectos civiles del matrimonio civil, pero no podrán entenderse más efectos civiles que —si se permite la licencia— los civilmente previstos en la legislación sustantiva civil, aun cuando en la legislación sustantiva canónica pudieran existir otros. De igual manera,

---

eficacia en el orden civil y se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente.

3) La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asume de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales.

Art. VII. La Santa Sede y el Gobierno Español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informan.

(41) FOSAR BENLLOCH, «Estudios de Derecho de Familia», Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, págs. 387 a 405. Sin embargo, este autor no parece se plantea el tema de los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.

(42) GARCÍA DE ENTERRÍA, citado, págs. 143 y 143.

(43) FOSAR BENLLOCH, citado, pág. 389.

la eficacia civil de la nulidad de matrimonio canónico dictada por resolución del Tribunal eclesiástico, no podrá producirse sino cuando la misma coincida con el Derecho del Estado, que el juez civil habrá de determinar conforme a las condiciones del artículo 954 LEC —lo que supone una acomodación del procedimiento a esta fórmula, pero no un exequatur, como lo demuestra claramente la redacción del artículo 80 C. c. en comparación con el segundo párrafo del art. 107 C. c.— de manera que cuando el Tribunal eclesiástico acoga una causa de nulidad no prevista en el ordenamiento civil la resolución del juez civil no deberá concederle eficacia. Lo que la ley civil permite en su ordenamiento a la Iglesia Católica, como podrá permitírsele a otra confesión religiosa, en su caso, es la regulación de las solemnidades de prestación de los consentimientos matrimoniales, como afirmaba el profesor Díez Picazo (44) y ello aun cuando tal regulación jurídica no guste a muchos. al menos hasta que el paso del tiempo no acredite su bondad, ya que antecedentes históricos, por todos conocidos, demostraron su no aceptación de la forma civil exclusiva y excluyente.

Autores del máximo prestigio, como los profesores Albaladejo (45) y Lacruz (46) son contrarios a esta interpretación. Aducen razones que comprendemos perfectamente, porque la laicidad de la Constitución no parece acomodarse a la base sociológica española, y ello dentro del mayor respeto a las restantes confesiones religiosas no católicas. Pero, a nuestro entender, el texto positivo, tanto de la Constitución como del C. c. no permiten otra interpretación. El desprenderse de la carga tradicional que comporta la religiosidad del pueblo sentida visceralmente, es tarea nada fácil. En un esfuerzo de objetividad, para tratar del tema con toda frialdad con arreglo a los textos vigentes, se podría pensar que no se está tratando de la religión católica, sino, pongamos por ejemplo, de la más extraña secta budista del más lejano Oriente. Aunque la duda moral de si ello es lícito no queda enteramente despejada, la labor de interpretación civil no permite consideraciones metajurídicas.

Sin embargo, como anteriormente apuntábamos, entendemos existe un punto irreducible cual es el de la eficacia civil de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado por cuanto, por definición, las mismas no pueden estar acogidas en un ordenamiento civil —como lo están, por ejemplo, sistematizadas las nulidades matrimoniales— y, por consecuencia, no pueden ser o no ser ajustadas al Derecho del Estado, sino, simplemente, averadas por el juez civil una vez comprobada su autenticidad. Ello supone admitir una nueva fuente de causas de disolución del ma-

---

(44) DÍEZ PICAZO, «El sistema matrimonial y los acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español», Curso de Derecho Matrimonial y procesal canónico para profesionales del Foro, Salamanca, 1980, pág. 27.

(45) ALBALADEJO, Curso de Derecho Civil, citado, págs. 106 y ss.

(46) LACRUZ, Derecho de Familia, citado, págs. 202 y ss.

trimonio, todo lo reducido a matrimonios ratos y no consumados (que no es una causa prevista, precisamente, en los arts. 85 y 86 C. c.) que se quiera, pero cuya constatación no la hace el juez. Sencillamente no parece constitucional, por cuanto el Derecho del Estado gira en torno a la validez del consentimiento matrimonial, mientras que las decisiones referidas se basan en la no consumación matrimonial.

En todo caso, la problemática entre la Iglesia Católica y el Estado Español ha sido traída aquí en función de la nulidad de matrimonios de los menores de edad. Entendemos que estamos en condiciones de contestar a las dos preguntas que nos formulábamos al principio de este apartado. Aun cuando el matrimonio canónico entre una mujer menor, pero mayor de catorce años, con un hombre menor, pero mayor de dieciséis años, sea válido, ese matrimonio no producirá efectos civiles cuando los mismos no estén emancipados o no hayan obtenido la dispensa judicial del artículo 48 C. c., y no deberá ser inscrito en el Registro Civil. En igual forma no tendrá eficacia civil la sentencia eclesiástica de nulidad canónica de un matrimonio cuando ambos contrayentes menores, pero mayores de catorce años, hayan obtenido la dispensa judicial del citado artículo 48 C. c. Todo ello, se entiende, referido exclusivamente al problema de la edad de los contrayentes.

3.º *Nulidad del matrimonio celebrado por menores, mayores de dieciséis años no emancipados, que no hayan obtenido dispensa judicial.*

Podríamos afirmar que el matrimonio, por razón de edad, lo pueden contraer el mayor de edad, el menor emancipado y el menor mayor de catorce años con dispensa del Juez de Primera Instancia, que producirá la emancipación. Albaladejo (47) observa que no se dispensa de edad inferior a la que permite casarse, por la sencilla razón de que lo que permite casarse no es la edad que sea, sino la independencia que se adquiere al emanciparse, cosa que se puede conseguir a partir de los dieciséis años (salvo si la emancipación se produjo por matrimonio), de modo que los menores de esa edad no pueden casarse, no por razón de tener menos años, sino por razón de que no cabe que estén emancipados.

La posibilidad a considerar en este apartado sería la del menor de edad, no emancipado, mayor de dieciséis años. El artículo 48 C. c. dice que el Juez de Primera Instancia puede dispensar la edad a partir de los catorce años, pero siendo mayor de dieciséis no emancipado cabría preguntarse si habría que recurrir necesariamente a esa dispensa judicial o, por el contrario, si los supuestos de emancipación por concesión de los que ejercen la

---

(47) ALBALADEJO, «Curso de Derecho Civil», Tomo IV, Derecho de Familia, Editorial Bosch, Barcelona, 1982, pág. 49.

patria potestad (art. 317), la aplicación de la emancipación al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viva independientemente de éstos (art. 319) y la emancipación judicial (arts. 320 y 321), que habilitan al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, con ciertas excepciones (artículo 323), permiten que el menor de edad no emancipado mayor de dieciséis años puede contraer matrimonio con la licencia de esas personas por aplicación del principio jurídico de que el que puede lo más puede lo menos o con autorización judicial distinta de la dispensa judicial del artículo 48 C. c. Evidentemente esa posibilidad de licencia no es otra cosa que la emancipación por cuanto si se da para el matrimonio y éste produce la emancipación (art. 316 C. c.), la conclusión es evidente.

Sin embargo, el anterior razonamiento podría no ser inútil. Partiendo de la base de que el matrimonio es un derecho de la persona, el menor mayor de dieciséis años no emancipado necesita de la dispensa judicial del artículo 48 C. c. para contraerlo mientras que el emancipado no la necesita. La pubertad se ha alcanzado a los dieciséis años de ambos sexos, por lo que la distinción legal puede ser discriminatoria si se tiene en cuenta que la obtención de la emancipación no depende del menor (art. 317) o, en el caso más favorable, la puede solicitar (arts. 320, 321 C. c.), no dependiendo la concesión de su voluntad, sino de unos requisitos legales y de la aprobación del juez. Parece una solución más equitativa al no emancipado mayor de dieciséis años la posibilidad de recurrir en todos los supuestos al juez para obtener la licencia para contraer matrimonio, que la puede conceder sin sujeción a ningunos requisitos previos, solamente dependiendo de su criterio judicial, lo que es una situación ya existente en nuestro Derecho, sobre todo después de las reformas del C. c. del año 1981, como ha señalado Sancho Rebullida (48). Pueden pensarse situaciones en que el otro futuro cónyuge fuera mayor, lo que supondría una circunstancia favorable al matrimonio. En toda la regulación legal se deja de considerar las circunstancias personales del otro cónyuge, lo que parece, tratándose del matrimonio, no considerar uno de los componentes esenciales al mismo. Una excepción podría ser el artículo 324 C. c.

No se escapa la crítica de que ello supone una nueva restricción en las facultades de la patria potestad o de la tutela —cuya reforma está pendiente— pero no deja de suponer una congruencia con la nueva regulación del Derecho de Familia donde es posible la separación y el divorcio por mutuo consentimiento (artículo 81-1.º y 86-1.º C. c.), la adopción plena por el divorciado (artículo 178) o la muy justa no discriminación por razón de filiación (art. 108 C. c. con la excepción del 837 C. c.). Por razones de la misma política legislativa no debe existir discriminación entre

---

(48) SANCHO REBULLIDA, «La patria potestad. El nuevo régimen de la familia», Editorial Civitas, Madrid, 1981, págs. 98 y 99.

personas sea cual fuere su edad. Si a los dieciséis años se puede emancipar sin control judicial (art. 317 C. c. en su último inciso), cuando no se quiera emancipar el mayor de dieciséis años deba poder recurrir, en todo caso, a la autoridad judicial para que resuelva según su criterio ante la situación planteada. Lo que propugnamos es la igualdad de los mayores de dieciséis años una vez establecida legalmente la posibilidad de contraer matrimonio para los emancipados, constituyendo la licencia judicial una nueva causa de emancipación no prevista en el artículo 320 C. c.

La dispensa judicial de edad del artículo 48 C. c. debería quedar para los supuestos de mayores de catorce y menores de dieciséis años. Porque el citado artículo impone al juez la justa causa, es decir la existencia de unas circunstancias no tipificadas legalmente pero que, indudablemente, han de tener la suficiente entidad y gravedad para determinar la decisión judicial. Además se ha de proceder a instancia de parte, lo que no permite la iniciación del expediente por el menor, aunque deba ser oído en el mismo, salvo supuestos de actuación del Ministerio Fiscal.

No parece ser esta la misma situación (la del art. 48, párrafo segundo, C. c.) para el menor mayor de dieciséis años no emancipado, donde razones de conveniencia social, afecto, y un criterio humano más formado —que el C. c. reconoce pleno a estos efectos para los emancipados— deberá conducir al juez a conceder la licencia sin tener que considerar la existencia de una justa causa ni la instancia de parte en el sentido antes expuesto.

Quizás no sea aventurado afirmar que los Jueces de Primera Instancia, ante el contenido del artículo 48 del C. c., sean menos severos en la concesión de las dispensas judiciales para los menores mayores de dieciséis años que en los demás supuestos posibles antes mencionados, dado que la concesión de la licencia se ha de otorgar en un expediente, con justa causa y instancia de parte, requisitos que sugieren los siguientes comentarios:

Las que puedan ser justas causas quedan al arbitrio judicial, criterio legal ampliamente difundido en la ley 11/1981 de 13 de mayo, al decir el artículo 158-3.º como el juez debe ordenar las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar el menor de un peligro o de evitarle perjuicios, criterio digno de alabanza al permitir esa amplitud a la actuación judicial. Pero, por lo mismo, no es posible la delimitación de esas justas causas y una enumeración ha de tener, forzosamente, carácter meramente enunciativo. Podrían señalarse el embarazo de la mujer; la pubertad y la cohabitación; los malos tratamientos de palabra o de obra por parte de los padres o tutores; el abandono del hogar por los padres; el mal ejemplo de éstos (drogas, alcoholismo, proxenetismo), los intentos de prostitución de los hijos por parte de los padres; condena penal de privación de libertad a los padres; la no prestación de alimentos; la perturbación mental de los padres; las ausencias prolongadas del hogar por parte de los padres, aun justifi-

cadás; y, en definitiva, cualquier forma de atentado a la formación integral de los hijos que preconiza el artículo 154 C. c.

La actuación a instancia de parte no debería vedar, como parece hacerlo el artículo 48 C. c., la posibilidad de la acción del menor mayor de catorce años y sobre todo si es mayor de dieciséis. Como anteriormente se ha dicho, en el menor no existe una incapacidad, sino una restricción de su personalidad en los casos previstos por las leyes, y han sido expuestos numerosos casos de ejercicio de la acción judicial por el menor. Es más, se dice que deberán ser oídos y, también, ha sido expuesta la génesis del precepto en la aprobación de la ley con sustitución del verbo «podrán» por el «deberán». Deberán ser oídos tanto el menor como sus padres o guardadores. Debería suponerse la posibilidad de actuación del menor mayor de dieciséis años, siendo oídos, entonces, sus padres o guardadores.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1978 plantea el caso de la nulidad de una emancipación por el padre que había perdido la patria potestad. Afirma que es radicalmente nula y carente de eficacia la emancipación concedida por el padre. Que la nulidad es permitida se puede apreciar de oficio «pues en el ámbito del derecho de familia, caracterizado por las notas de interés público, contenido ético, transpersonalismo y la relevante función a que sirven los poderes y facultades otorgados, la autonomía de la voluntad viene constreñida por normas imperativas e inderogables» y «se sigue la consecuencia de la nulidad de los contratos celebrados por el menor, y en general de las declaraciones de voluntad que emitiera». Cabe preguntarse si también se produce la nulidad del matrimonio cuyo consentimiento ha podido prestarse en base a la emancipación después declarada «radicalmente nula y carente de eficacia». Con independencia de los efectos del artículo 79 C. c., no parece que, salvo la concurrencia de otras causas, se deba decretar la nulidad de este matrimonio. La sentencia citada sugiere un supuesto en que el juez, al mayor de dieciséis años no emancipado, tiene que darle un tratamiento diferente ya que el matrimonio se ha celebrado de buena fe por ambos cónyuges, que no son responsables de ilicitud alguna, con consentimiento y consumación con edad en la que el C. c. permite ya el matrimonio a los emancipados, siendo mucho más graves los perjuicios que puedan derivarse de la nulidad que del mantenimiento del matrimonio. Se podría pensar si nos encontramos ante una justa causa del artículo 48 C. c., pero no se trata de ningún expediente de dispensa de edad, ni producida ninguna petición formal en tal sentido. El juez debería poder proceder de oficio.

#### 4.º *El expediente de dispensa matrimonial del menor de edad.*

La obtención de dispensa de edad para contraer matrimonio requiere la existencia de un expediente cuya naturaleza y tramitación presenta dudas. Lacruz Berdejo (49) se pregunta cuál será el procedimiento a seguir para obtener la dispensa, si el de jurisdicción voluntaria tramitado ante el mismo juzgado, o el gubernativo de los artículos 365 y ss. RRC (Reglamento del Registro Civil), completados por los 341 y ss., instruido por el encargado del Registro competente para la celebración del matrimonio, el cual lo elevará al de Primera Instancia, superior al mismo, para su resolución, siendo aplicables en cualquier caso, por la exigencia de justa causa, los artículos 258 y 259 RRC.

Parece aplicable el procedimiento gubernativo por las siguientes razones:

1.º El artículo 48 C. c. establece el sistema de dispensas bien ante el Ministro de Justicia, bien ante el Juez de Primera Instancia. Obviamente el expediente ante el Ministro de Justicia ha de ser gubernativo y no parece lógico el utilizar procedimientos distintos para obtener dispensas matrimoniales, tanto más cuanto la actual competencia al Juez de Primera Instancia le ha sido conferida para una mayor agilidad en la tramitación de las mismas, como se deduce de la tramitación parlamentaria del proyecto de ley 30/1981 de 7 de julio.

2.º El artículo 74 LRC (Ley del Registro Civil) establece que corresponde al Ministro de Justicia las dispensas para el matrimonio previstas en el C. c.

3.º El procedimiento a seguir vendrá dado por el artículo 97 LRC que establece las reglas para la tramitación de los expedientes, previstos en la LRC y por los artículos 365 y ss. RRC, completados por los artículos 341 y ss. RRC, teniendo en cuenta las prescripciones de los artículos 258 y 259 RRC.

4.º Las resoluciones del Juez de Primera Instancia son apelables ante la Dirección General de Registro y del Notariado (artículo 355 RRC) que agota la vía gubernativa (art. 362 RRC).

5.º Parece que contra la decisión en vía gubernativa cabe el iniciar el procedimiento del juicio declarativo ordinario de mayor cuantía (art. 483-3.º LEC), pues no se trata de dispensa judicial que se conceda graciosamente, sino por justa causa, y la determinación sobre si la caua alegada lo es o no, ha de poder ser contrastada por la jurisdicción civil de los Tribunales de Justicia. Cabe preguntarse, entonces, si es forzoso el procedimiento gubernativo o puede iniciarse directamente el contencioso civil, cuya sentencia, en el caso de ser favorable, contendría la concesión de la dispensa matrimonial (art. 23 LRC y 82 RRC en conexión con el art. 244, párrafo segundo, RRC) y posibilita la tramitación del

---

(49) LACRUZ BERDEJO, «Derecho de Familia», citado, pág. 151.

expediente matrimonial (art. 243 y ss. RRC). Si el C. c. contempla la posibilidad de un matrimonio válido sin haberse tramitado el correspondiente expediente, y al margen de los celebrados en forma religiosa (arts. 65 y 63 C. c.), con mayor razón debe admitirse la obtención de la dispensa matrimonial por edad mediante un contencioso civil, sin tramitación de expediente gubernativo de dispensa, cuando la sentencia firme recaída adquiriera la naturaleza de cosa juzgada.

Evidentemente no será el contencioso civil el procedimiento normalmente utilizado para la obtención de la dispensa matrimonial de edad, por economías de todo orden, pero el supuesto debe ser contemplado para supuestos excepcionales, tal como el caso en que se prevea una cerrada oposición a la concesión de la dispensa por el procedimiento gubernativo.

##### 5.º *La nulidad del matrimonio celebrado por menores de catorce años.*

De la combinación de los artículos 46 y 48 C. c. debe llegarse a la conclusión de que los menores de catorce años no pueden contraer matrimonio. El carácter de esta prohibición se ha de contemplar teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 75, párrafo segundo, C. c. Según ello, si lo contraen y llega a la mayoría de edad uno de ellos conviviendo juntos durante un año después de alcanzada aquélla, la acción de nulidad no se puede ejercitar, ha caducado. El matrimonio se convalida «ipso facto». La consecuencia es que el matrimonio es anulable, pero no nulo.

En la regulación anterior a la ley 30/1981 de 7 de julio, el artículo 83-1.º C. c. decía que el matrimonio se tendrá por revalidado «ipso facto», y sin necesidad de declaración expresa, si un día después de haber llegado a la pubertad legal (doce años para las mujeres y catorce para los varones) hubieran vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, o si la mujer hubiera concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación. Es decir, se trataba de un supuesto también de anulabilidad.

Así el matrimonio, en la legislación anterior, era válido, aun contraído contra la prohibición del artículo 45-1.º C. c., conllevando las sanciones del artículo 50-1.º y 2.º, como afirmaban sin ninguna clase de duda tratadistas como De Castro (50), Castán (51), Albaladejo (52), Lacruz (53) entre la generalidad de la doctrina. Actual-

(50) DE CASTRO, «Derecho Civil de España», citado, pág. 234.

(51) CASTÁN, «Derecho Civil Español, común y foral», Editorial Reus, Madrid, 1971, pág. 184.

(52) ALBALADEJO, «Instituciones de Derecho Civil», Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1972, pág. 103.

(53) LACRUZ, «Elementos de Derecho Civil», Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1974, pág. 126.

mente Albaladejo (54) admite la posibilidad de que alguno se case ilegalmente, aun antes de los catorce años.

Sin embargo, lo que interesa destacar es que en la regulación vigente se ha igualado la edad del hombre y de la mujer a los catorce años, como edad legal de pubertad, y ello parece criticable, pues si, por naturaleza, la mujer es apta para concebir, en líneas generales, a los doce años, parece una discriminación no permitirle su matrimonio sino a partir de los catorce años. Aparte argumentos históricos, es notorio, por supuesto en casos normales que son los que se contemplan, la progresiva mayor formación, cada vez a edades más tempranas, de los menores de edad y como el reconocimiento legal de esa mayor capacidad se ha venido produciendo, como ha puesto de relieve Rodrigo Bercovitz (55) en la evolución del Derecho comparado y en el Derecho español. Lo que parece debe dejarse claro, en el caso que nos ocupa, es que es imposible modificar o evitar a la naturaleza. Cuestión distinta es la protección social a estas situaciones, orientación, ayuda material, etc., que son las que no están resueltas en la actualidad, pero ello no debe inducir a confusión.

Pretender afirmar que la naturaleza faculta para tener hijos y al mismo tiempo, que no concede capacidad para integrar en el sujeto la suficiente madurez psicológica, parece un absurdo, porque capacidad psicológica, es lo mismo que instinto maternal, y lo tienen todas las mujeres, y privarlas de ello es como privarlas de parte de su integridad física y moral. Otra cosa podría ser el desarrollo de esa capacidad por no haber tenido la correspondiente educación humana, pero ello es imputable a la sociedad, que no a la mujer, como se deduce del artículo 27 CE.

Por ello no permitir el matrimonio a la mujer a partir de los doce años, suponiendo esta edad como línea de la pubertad, conlleva una discriminación en contra de la misma introducida por la ley 30/1981 de 7 de julio, que tachamos de inconstitucional, en la regulación de la edad para contraer matrimonio.

La afirmación de ser argumentos constitucionales, basados en la igualdad de sexos, los que justifican la misma edad en el hombre que en la mujer para contraer matrimonio no parece aceptable. El artículo 32 CE afirma la igualdad jurídica de hombre y mujer para contraer matrimonio (se confirma en el art. 66 C. c. al decir que marido y mujer son iguales en derechos y deberes). El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 permite el matrimonio a partir de la edad núbil. La Asamblea General de las Naciones Unidas, de acuerdo con el artículo 68 de la Carta, aprobó la Declaración que se ha considerado como el instrumento fundamental y punto clave en la historia de la humanidad, no siendo una mera afirmación

---

(54) ALBALADEJO, «Curso de Derecho Civil», Tomo IV, Derecho de Familia, Editorial Bosch, Barcelona, 1982, pág. 102.

(55) RODRIGO BERCOVITZ, «Derecho de la Persona», citado, págs. 16 y 18 y siguientes.

abstracta de normas generales, sino específica y detallada y significa la expresión escrita de las bases en que se funda el Derecho de las naciones, las leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública adaptadas al espíritu del siglo XX (56). Igualmente el artículo 12 de la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 4 noviembre de 1950, dice: «a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a casarse...». Sin embargo, a nuestros efectos, debe citarse la Convención sobre edad mínima para contraer matrimonio de 10 de diciembre de 1962, a la que se adhirió España en 15 de abril de 1969, que establece cómo los Estados adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. Estas normas internacionales deben interpretarse dentro del mismo contexto. El sentido de la determinación de la edad para contraer matrimonio, que ya se establece puede serlo a partir de la edad núbil, se produce para eliminar condicionamientos que pudieran establecerse por consideraciones extrañas al mismo. En el preámbulo de la Convención de 1962 se recuerda la Resolución 843/IX, de 17 de diciembre de 1954, de la Asamblea General de las Naciones Unidas en la que se declaró que ciertas costumbres, antiguas leyes y prácticas referentes al matrimonio y a la familia son incompatibles con los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, reafirmando que todos los Estados deben adoptar todas las disposiciones adecuadas al objeto de abolir dichas costumbres, antiguas leyes y prácticas, asegurando la libertad completa en la elección del cónyuge, aboliendo totalmente el matrimonio de los niños y la práctica de los esponsales de los jóvenes antes de la edad núbil (57). Por lo tanto el «*ius connubii*» se reconoce libremente a partir de la edad núbil. Lo que se prohíbe es el matrimonio de los niños por razones políticas o económicas, los acuerdos familiares al margen del consentimiento de los interesados y las especulaciones por terceras personas sobre el tema. Se entiende que ese consentimiento puede prestarse válidamente a partir de la edad núbil, conjunción biológico-psíquica producida por la edad, y ese derecho se considera

---

(56) «El significado del año de los derechos humanos», Revista de la Comisión Internacional de Juristas, edición especial 1968, 1.ª parte (diciembre 1967), págs. III y ss.

(57) GARRIDO FALLA, «Comentarios a la Constitución», citado, págs. 418 y 419. El artículo 1.º de la Convención dice: 1. No podrá legalmente contraerse matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley; y el artículo 2.º añade que los Estados adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio, no pudiendo contraerlo legalmente las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes dispense el requisito de la edad.

como un derecho universal, irrenunciable, perpetuo y «erga omnes».

El artículo 39 del borrador y el artículo 27 del anteproyecto constitucional de la vigente Constitución («B. O. C.» 5 enero 1978) decían que a partir de la edad núbil el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio, redacción que se mantuvo en el informe de la Ponencia («B. O. C.» 17 abril de 1978 que lo traslada al art. 31) y en el dictamen de la Comisión («B. O. C.» de 1 de julio 1978, en el art. 30) y se aprueba por el Pleno del Congreso («B. O. C.» 24 julio 1978), redacción que se cambia en el dictamen de la Comisión Constitucional del Senado («B. O. C.» 6 octubre 1978). Sin embargo, la razón del cambio a que nos referimos se debe en principio, a una cuestión gramatical, como consta en el Diario de Sesiones del Senado (58), cambio que en el artículo 32 establece como el hombre y la mujer, a partir de la edad fijada por la ley, tienen derecho a contraer matrimonio, redacción que se mantiene por el Pleno del Senado y que la Comisión Mixta Congreso-Senado («B. O. C.» 28 octubre 1978) respeta al dar la redacción definitiva al artículo 32 CE y decir en su párrafo 2, que la ley regulará la edad para contraerlo.

Hay que traer a colación el artículo 10.2 CE al establecer que las normas relativas al derecho fundamental y a la libertad a contraer matrimonio se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España, y el artículo 53.1 CE establece que la ley, en todo caso, deberá respetar el contenido esencial del derecho y libertad a contraer matrimonio, puestos ambos preceptos constitucionales en conexión con el artículo 32 CE. Ya ha quedado expuesto lo que con toda claridad expresa el artículo 16 de la Declaración Universal y lo que significa la Convención de 1962. En cuanto al contenido esencial del Derecho, la S.T.C. de 8 de abril de 1981, anteriormente citada, no parece dejar muchas dudas a la afirmación de que la ley que regula la edad para contraer matrimonio tiene

---

(58) Comisión de Constitución celebrada el martes, 29 de agosto de 1978, página 201: «El señor Cela y Trulock: Entiende que no se puede decir, hablando en castellano y en este contexto «a partir de la edad núbil», puesto que núbil, según el diccionario, dicese de la persona que ha llegado a la edad en que es apta para el matrimonio y el concepto, por una suma algebraica de «a + b + c», etc., quedaría expresado en forma paradójica, así: «A partir de la edad en que la persona ha llegado a la edad en que es apta para el matrimonio, el hombre y la mujer podrán contraer matrimonio (risas). Me permito presentar una enmienda «in voce», que diría simplemente: «A partir de la edad fijada por la ley, el hombre y la mujer podrán contraer matrimonio», muchas gracias. Hasta aquí la intervención del señor Cela y Trulock, que no puede calificarse de afortunada por dos razones. Primera. Como ha señalado MARTÍN MARTÍNEZ («La familia en la Constitución española de 1978», Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, número 1, monográfica, 1978, pág. 7), la argumentación del citado señor Cela no resulta convincente porque la palabra núbil no es un sustantivo (16-IX-1984).

que permitir, de alguna manera, la posibilidad de contraerlo a partir de la edad núbil.

La ley 30/1981 de 7 de julio señala una edad común, los catorce años (art. 48 C. c.) y confunde igualdad jurídica con igualdad biológica o igualdad psicológica lo que de por sí, es un craso error, como demuestra el propio artículo 14 CE (que establece no puede haber discriminación por razón de sexo) y la realidad sociológica, pues en las uniones de un hombre y una mujer, siempre el hombre es de mayor edad. Las escasas excepciones confirman esta regla general.

Si se acepta la afirmación de la pubertad de la mujer en los doce años y la del hombre en los catorce años, como línea legislativa media por la seguridad jurídica que ello comporta, no requiriéndose la «*inspectio corporis*» al estilo sabiniano, cuestión independiente del reconocimiento médico que hoy se aconseja a la pareja antes del matrimonio, sino siguiendo el sistema proculeyano adverado por la Biología y por la experiencia desde la existencia del hombre sobre la tierra, la ley debe aportar las consecuencias jurídicas correspondientes a ese derecho natural. Prohibiendo el matrimonio a la mujer menor de catorce años, se produce una desigualdad jurídica de la mujer con relación al hombre.

La igualdad constitucional que preconiza el artículo 14 CE, según la génesis del precepto, sus antecedentes y el Derecho comparado (59), quiere decir ante todo y sobre todo, paridad en cuanto al tratamiento de la dignidad humana y por lo tanto equivalencia en cuanto a los derechos fundamentales se refiere. No se prohíbe una diferencia de trato, sino un trato diferenciado injustificadamente (60). El principio de igualdad esencial no excluye la justicia de múltiples diferencias en cuanto a derechos concretos basados en diversas aptitudes mentales y físicas. El Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 10.2 CE) establece que éstos tienen su raíz en la dignidad y el valor de la persona humana.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre el concepto de igualdad. En su Sentencia de 2 de julio de 1982 afirma, recogiendo doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación, la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. La sentencia de 10 de julio de 1981 establece que el principio de igualdad encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales. En 10 de noviembre de 1981 se insiste que a igualdad de hechos hay igual-

---

(59) GARRIDO FALLA, «Comentarios a la Constitución», citado, págs. 179 y ss. OSCAR ALZAGA, «La Constitución española de 1978: Comentario sistemático», citado, págs. 181 y s.

(60) «El sistema europeo de protección de los Derechos Humanos», Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, obra coordinada por Eduardo García de Enterría, Editorial Civitas, págs. 177 y ss.

dad de consecuencias jurídicas. En la Sentencia de 26 de febrero de 1982 se dice que la igualdad jurídica prohíbe la discriminación o, dicho de otro modo, «que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable». Finalmente también puede citarse la Sentencia de 5 de mayo de 1982, en su fundamento jurídico núm. 3: «el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, pero no lo es menos que ese tratamiento legal desigual tiene un límite que consiste en la discriminación, es decir, en el hecho de que la desigualdad esté desprovista de una justificación objetiva y razonable».

Las diferencias biológicas y psíquicas entre los dos sexos parecen pueden ser justificaciones objetivas y razonables para establecer una edad distinta de aptitud para contraer matrimonio.

La consecuencia de la discriminación de la mujer que por sus aptitudes físicas y mentales alcanza la pubertad a los doce años y no se la permite contraer matrimonio, con carácter general, es evidente y contrario al principio de igualdad constitucional.

El proyecto de ley sobre reforma del matrimonio que se remite a las Cortes Generales (61) establece en su artículo 48 que el Ministro de Justicia puede dispensar el impedimento de edad. Dicho artículo fue modificado por la Ponencia (62) y redactado en el sentido de que el Juez de Primera Instancia sería el competente para dispensar, con justa causa y a instancia de parte, el impedimento de edad a partir de los catorce años. Dicha redacción no fue modificada en el transcurso del debate parlamentario y paso así al texto legal vigente.

El debate en el Pleno del Congreso de Diputados (63) puso de relieve argumentaciones discutibles. Se afirma que «El criterio que había venido rigiendo históricamente era un criterio de madurez biológica, hoy superado por un criterio de madurez psicológica. Criterio, por cierto, que ha permitido unificar las edades de los cónyuges, sin distinción de sexo, a efectos de contraer matrimonio» y se arguye que permitir el matrimonio a los catorce años es admitir «un auténtico matrimonio tapadera» y se entiende que la justa causa «será, normalmente, un embarazo no deseado de la mujer que haya de contraer matrimonio». Afirmación curiosa si no existiera en contra de la misma, ya desde al menos la promulgación del C. c. en 1889 (art. 83 C. c.), una experiencia histórica que demuestra no ser cierto lo afirmado, y pretender contradecir la realidad biológica es pretender contradecir la propia naturaleza lo que resulta inútil por mucho que se intente justificar. Y no es

---

(61) Bogg, Congreso de Diputados, I Legislatura, Serie A, núm. 123-I, de 13 de marzo de 1980.

(62) Bogg, de fecha 6 de diciembre, aceptando total o parcialmente las enmiendas números 60 (Grupo Comunista), 15'8 (Minoría Catalana), 258 (Grupo Socialista de Cataluña) y 339 y 340 (Grupo Vasco).

(63) Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1981, núm. 151, sesión celebrada el 18 de marzo de 1981, págs. 9485 y 9488.

que se pretenda promocionar el matrimonio a partir de los doce años, ni muchísimo menos. Lo que se pretende decir es que si una fórmula jurídica, cual la del artículo 83-1.º C. c. hoy derogado, ha funcionado durante tiempo, incluso en situaciones en que la mayoría de edad y la emancipación se concedían a edades más elevadas que las actuales, no se comprende ese afán de modificar lo que no necesita modificación porque ha sobrevivido al paso del tiempo sin que haya producido trastornos o resultados inaceptables. La ponderación es una de las virtudes más deseables en todo quehacer humano, mucho más en el jurídico. Pero aun sobre la base de los «matrimonios tapadera», mientras no se demuestre lo contrario, es la mejor solución para los hijos, pues si difícil es la situación matrimonial en tal supuesto, cabe imaginar lo que resultaría la extramatrimonial. Y aún resulta más curioso que se traigan a colación argumentos de Derecho comparado cuando la mayoría de edad ha sido rebajada a los dieciocho años y la emancipación a los dieciséis, se diga que hay que ir a un concepto psicológico y se afirme el reconocimiento de que la infancia, incluso la adolescencia y la juventud actuales, adquieren mucho antes la madurez, no solamente sexual, sino psicológica. Todo ello, cuando anteriormente (64) se había aseverado: «Del hecho de que se pueda quebrar una línea tradicional de nuestro Derecho entendemos que sólo se pueden derivar inconvenientes...». Dar la espalda a la realidad puede conducir a tales incongruencias. Y se pretende modificar en el Senado (65) con argumentos de madurez psicológica y por ser la tendencia universal la dispensa a los dieciséis años. Cabe reproducir las palabras de De Castro (66): «No siempre útil, y, en ocasiones también peligroso, es tener la mirada siempre fija en la labor legislativa extranjera y en lo que dice la forastera doctrina. El buen sentido exige estimar preferentemente la propia tradición, las circunstancias nacionales y la opinión de los autores regícolas. La prudencia aconseja también, por boca de los redactores del Código, considerar los precedentes en las legislaciones extranjeras y los progresos realizados en los otros países» (67). El

---

(64) *Idem*, nota anterior, pág. 9477, discusión del artículo 45.

(65) *Bogg*, Senado, I Legislatura, Serie II, núm. 161 (c), de 14 de mayo de 1981, enmiendas núms. 38 y 86, págs. 58 y 79, respectivamente.

(66) *DE CASTRO*, «El matrimonio de los hijos», citado, pág. 57.

(67) Las soluciones en Derecho comparado no son uniformes en cuanto la prohibición del matrimonio a los menores de catorce años. Así, por ejemplo, tenemos en el Reino Unido de Gran Bretaña (*BROMLEY*, «Family Law», Butterworths, Londres, 1977, págs. 30 y 31), el Acta sobre el matrimonio de 1949, que recoge en su sección 2 la sección 1 del Acta de la Edad en el Matrimonio de 1929, establece que el matrimonio no puede ser contraído hasta que ambos contrayentes hayan alcanzado la edad de dieciséis años, de manera que cualquier matrimonio en que alguno de los cónyuges fuera menor de edad sería nulo, no anulable como antes (was made «void» and not «voidable» as before). Anteriormente el derecho canónico y el «common law» permitían el matrimonio a los catorce años y a los doce del hombre y de la mujer. El Acta de 1949 ha sido modificada en pequeños detalles por las siguientes Actas: The Marriage Act. 1949 (Amendment) Act 1954; The Marriage

informe de la ponencia lo rechaza (68) por entender que a los catorce años podrán cubrirse los supuestos de quienes hayan alcanzado una madurez prematura. Algunas objeciones podrían

---

Acts Amendment Act 1958; The Marriage (Enabling) Act 1960; The Marriage (Wales and Monmouthshire) Act 1962; The Marriage (Registrar General's Licence) Act. 1970; que son generalmente conocidas (excepto la de 1962), como The Marriages Acts 1949-1970. The Family Law Reform Act 1969 redujo la edad para contraer matrimonio a los dieciocho años en virtud de la cual los mayores de esa edad no necesitan consentimiento de ninguna persona. Si se es mayor de dieciséis años y menor de dieciocho años deben prestar consentimientos los padres o tutores (guardians of the minor or the person to whose custody the minor has been committed by a court order). No se requiere consentimiento si el menor es viudo, y si es imposible obtener el consentimiento o se niega, se puede obtener del juez (court). Pero si no existe consentimiento no es nulo porque el daño ya está hecho, excepto si los padres o tutores disienten del mismo y ambos contrayentes conocieran la causa de nulidad. La mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años. (Family Law Reform Act 1969)), pero no se adquieren a esa edad todos los derechos, por ejemplo, no se tiene derecho de voto o derecho a ser elegido para el Parlamento hasta que no alcanza los veintinueve años. Curiosamente el Juez no parece pueda hacer nada en edades inferiores a los dieciséis años.

En el Derecho italiano (LUIGI BELLANTONI y FRANCO PONTORIERI, «La riforma del Diritto di Famiglia», Jovene Editori, Napoli, 1976) el art. 84 del CC. italiano afirma que el menor de edad no puede contraer matrimonio y que el Tribunal a instancia del interesado, comprobada la madurez psico-física del mismo y la justificación de las razones esgrimidas, podrá aprobar el matrimonio si había cumplido los dieciséis años; el artículo 117 del mismo cuerpo legal establece la posibilidad de impugnar el matrimonio contraído con violación del artículo 84, pudiendo ejercitar la acción el menor un año después de alcanzar la mayoría de edad, que según el artículo 2 se obtiene a los dieciocho años. Pero una excepción, que especialmente interesa en nuestro caso, se contiene en el citado artículo 117 (La demanda..., deve essere respinta ove, anchein tendenza del giudizio... ovvero vi sia stato concipimento o procreazione...) que LIPARI (en la obra «Commentario alla riforma del diritto di famiglia» a cargo de Carraro, Oppo y Trabucchi, Cedam, Padova, 1977, Tomo primero, pág. 86) califica como motivo de incoherencia en el sistema al poderse constituir una relación matrimonial sin la necesaria madurez. Pero el supuesto está legalmente contemplado y la expresión «sia stato concepimento o procreazione» no parece admitir dudas.

La Ley del Matrimonio alemana de 20 de febrero de 1946, en su versión de 1 de julio de 1977, permite el matrimonio a partir de la mayoría de edad a los dieciocho años, quedando sin objeto la distinción entre capacidad nupcial y capacidad de obrar y sin establecer diferencias entre hombre y mujer. Si uno de los esposos es menor debe tener al menos dieciséis años para poder contraer matrimonio y necesita autorización de su representante legal o de la autoridad judicial que la puede conceder cuando no existan motivos serios para la denegación por el citado representante, pero ha de destacarse que sólo la ausencia de la licencia de los padres convierte el matrimonio en anulable (parágrafos 16 al 21 y 28 al 34 de la «Ehegesetz») (H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF «Mariage et famille en question», C.N.R.S., París, 1979, pág. 45). Podríamos añadir que el parágrafo 17 considera válido el matrimonio desde el inicio si los cónyuges han vivido cinco años después de la celebración del matrimonio o tres años para el caso de fallecimiento de uno de ellos sin haber entablado la acción de nulidad, aunque el citado parágrafo está referido a los defectos de forma prescrita en el parágrafo 13 de la citada «Ehegesetz».

Sin embargo, el CC. francs (ALEX WEILL y FRANÇOIS TERRÉ, «Droit Civil», Dalloz, París, 1978 y PIERRE DEMBOUR, «Le mariage et le divorce et la Cour

formularse a tal afirmación. En primer lugar pretender establecer una diferencia, siempre se suponen casos normales, entre madurez biológica y madurez psicológica no tiene sentido. Desde hace ya mucho tiempo no se duda de la íntima relación entre «soma» y «psique». Cualquier tratado de psiquiatría lo considera como una base axiomática de partida para el estudio de las enfermedades de la mente. Y cuando se alcanza la madurez biológica, en el grado que se considere, se alcanza en la misma proporción la madurez psicológica. Todo lo que se diga en contra de esta afirmación rompe la armonía del ser humano. Y el ser humano es un «prius» del Derecho. En segundo lugar, si lo que preocupa es la seguridad y estabilidad del matrimonio, bajo criterios económicos, sociales, educacionales, etc., señálese una edad en la que los cónyuges hayan garantizado esa solidez, pero no se arguyan criterios biológicos y psicológicos y, entonces, no habrá más remedio que recurrir no a la «inspectio corporis» de los sabinianos, sino a la «inspectio economicus» de los que invierten la finalidad del Derecho y lo consideran como un «prius» del ser humano. En tercer lugar, propug-

---

de Cassation», Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1980) establece en el artículo 144 que la edad exigida para el matrimonio es de dieciocho años cumplidos para el hombre y quince para la mujer, afirmando el artículo 145 que el Procurador del lugar de celebración del matrimonio puede acordar la dispensa de edad por motivos graves, explicando los autores citados que la ley tiende a facilitar el matrimonio de jóvenes para regularizar la situación esencialmente perjudicial para el concebido. El artículo 182 CC. francés no permite la impugnación del matrimonio sino por aquellos cuyo consentimiento era necesario o por aquel de los esposos que tenía necesidad del consentimiento, no pudiéndose ejercitar la acción de nulidad por los esposos —art. 183— si transcurre un año sin reclamación por su parte después de alcanzada la edad para consentir por sí mismo el matrimonio. En Derecho francés parece, por tanto, que, además de establecer una diferente edad para el hombre y la mujer, la discrecionalidad del Procurador de la República para acordar la dispensa de edad no tiene límites mínimos, salvo el de la propia discrecionalidad.

El CC. suizo («Code Civil Suisse», Edición Cancillería Federal, Berna, 1978), en su artículo 96 prohíbe el matrimonio al hombre antes de los veinte años y a la mujer antes de los dieciocho, pero a título excepcional, y por razones importantes, el gobierno cantonal del domicilio puede, no obstante, declarar la capacidad para el matrimonio de una mujer de diecisiete años o el de un hombre de dieciocho años si los padres o el tutor lo consienten, añadiendo el artículo 128 que el matrimonio contraído sin el consentimiento del padre y de la madre o del tutor puede ser impugnado por aquellos cuando uno de los cónyuges no haya alcanzado la edad requerida. La nulidad no puede ser declarada cuando los cónyuges hayan alcanzado ya la edad requerida y no puede ser declarada nunca en caso de embarazo. Luego el matrimonio es válido cuando haya embarazo con independencia de la edad.

Finalmente hacemos mención del CCo. mejicano («Código Civil», Editorial Porrúa, S. A., Méjico, 1977), donde la legislación matrimonial ha sido una de las más progresistas (divorcio, concubinato, etc.) que exige, en su artículo 148 para el matrimonio la edad de dieciséis años en el hombre y de catorce años en la mujer, aun cuando el jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados, según el caso, pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas.

(68) Idem nota 65, núm. 161 (d) de 8 de junio de 1981, pág. 103.

nar los dieciséis años sin ninguna justificación real carece de base cuando la pubertad —como cualquiera que conviva con adolescentes puede observar— produce, sobre todo en las mujeres, un cambio emocional y psicológico que el sujeto observador percibe por esa mutación emocional, que no por la biológica por razones obvias de intimidad. Y si la naturaleza lo produce a los doce años, ¿qué le vamos a hacer? Debe pensarse que a nadie le es lícito romper la dimensión vital de un ser humano. A efectos dialécticos admítase la no conveniencia del matrimonio a tal edad, pero si la naturaleza permite la concepción, habrá que pensar en supuestos en que el matrimonio puede ser la solución; déjese, al menos, al juez la posibilidad de decidir y no se prive de solución legal a un supuesto que realmente se produce.

No puede contestarse a una mujer, con su hijo, que no se puede casar porque los legisladores no le han concedido madurez psicológica. Los Juzgados de Familia se han creado, al menos formalmente y es deseable que se ponga lo más rápidamente en práctica, con una serie de auxilios de médicos, psicólogos, siquiátras, etc., que, en cada caso concreto, pueden con mayor justicia dar esa dispensa para contraer matrimonio.

En el estado actual del Derecho, el ser humano, por el mero hecho de serlo, es persona. El nacimiento determina la personalidad (art. 29) y ésta se extingue por la muerte (art. 32 C. c.). La personalidad es un imperativo jurídico del ser humano y consiste, básicamente, en considerar al mismo como un centro de imputación de intereses jurídicos, personales y patrimoniales. Para ello es necesario reconocer al ser humano una capacidad jurídica, como una cualidad esencial de la personalidad, que podría definirse como la aptitud general del ser humano para ser titular de derechos y obligaciones. Por lo tanto, en principio, todo ser humano es capaz de actuar jurídicamente. Dentro de esa aptitud existen diversos supuestos (infancia, menor edad, locura, interdicción, etc.) fundados en razones diferentes en los que, precisamente para la protección bien del propio ser humano, bien de otros seres humanos ligados al mismo por concretas relaciones jurídicas, bien de la comunidad, no se permite por el Derecho la proyección jurídica directa e inmediata de la persona, naciendo así el concepto de capacidad de obrar, subsumido en el primero, por el cual se tiene capacidad de obrar cuando es posible la actuación personal directa e inmediata en el campo jurídico y no se tiene capacidad de obrar cuando es necesario se complemente esa actuación por medio de otras personas (patria potestad y tutela, principalmente). De lo expuesto queda claro la heterogeneidad de las razones por las que se puede no tener capacidad de obrar. Con referencia concreta a la menor edad, en hipótesis, sería necesario determinar en cada caso concreto la capacidad de obrar de cada individuo. Obviamente ello no es posible y la ley establece unas edades en que se reconoce esa capacidad (ejemplos, arts. 172, 315, 317, etc. C. c.). Pero la ley lo que hace es reconocer, no otorgar, la aptitud.

Luego si una ley no reconoce una aptitud genérica del ser humano, mucho nos tememos que esa ley deba ser cambiada. Ahora bien, sentado lo anterior, la afirmación de que la mujer a los doce años puede concebir es una afirmación metajurídica, una aptitud genérica del ser humano —mujer— que por su propia naturaleza y trascendencia el Derecho no puede desconocer. Y si lo desconoce, de alguna manera no está cumpliendo su función, pues la protección de la mujer embarazada y el nacimiento de un ser humano —obviamente— es cuestión que el Derecho ha de regular. El siguiente paso es la consideración del matrimonio, porque podrá objetarse a lo anterior que, evidentemente, es cierto y que el Derecho lo regula, pero que ninguna conexión guarda ello con el matrimonio. La consideración jurídica general, y por general nos exime de formular citas concretas, de que uno de los fines del matrimonio es tener hijos no es discutible. Lo que no significa afirmar que sea un fin necesario e imprescindible, pues los matrimonios sin hijos, incluso los matrimonios que no puedan procrearlos por razones de edad, pueden celebrarse válidamente, y son tan matrimonios como los primeros. Pero sociológicamente, al menos hoy por hoy, el marco jurídico donde se procrean los hijos es el matrimonio. La conclusión es que ese marco jurídico no puede ser negado cuando la procreación es posible y los sujetos desean acogerse a él voluntariamente, situación que alcanza su cenit cuando, además, se cuenta con la licencia de padres, tutores o guardadores. Pues bien, incluso en este último supuesto, la legislación española actual no concede ninguna posibilidad hasta los catorce años. Y ello no es cumplir el imperativo que a toda ley debe exigírsele: *Hominum causa omne ius constitutum sit*.

## Crónica de Derecho privado francés (1) (Año 1983)

Por JEAN LUC AUBERT

Profesor de la Universidad de París I (Panthéon-Sorbonne)

*Advertencia:* El título de esta Crónica, adoptado a falta de otro mejor, es seguramente demasiado ambicioso. Las páginas que siguen no pretenden, evidentemente, reflejar todos los aspectos —incluso importantes— del derecho privado francés.

En las rúbricas bibliográfica y legislativa, el firmante de estas líneas ha tratado primordialmente de dar a conocer a los lectores de esta *Revista* los principales acontecimientos del año transcurrido, que afectan principalmente al derecho civil, al derecho comercial y al derecho penal. En cuanto a la rúbrica de jurisprudencia, sólo comprenderá, salvo excepción, informaciones relativas al derecho civil.

Incluso de esta manera, reducida en su objetivo, esta Crónica aparecerá cribada de lagunas. El autor espera, sin embargo, que pueda ser de alguna utilidad a los que tengan a bien leerla.

---

(1) Lista de abreviaturas relativas a las principales revistas jurídicas citadas:

- *Bull. civ.* (Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation - Chambres civiles (sentencias pronunciadas en materia civil, comercial y social. Boletín que reúne las decisiones pronunciadas cada año).
- D. (Recueil Dalloz-Sirey).
  - D... Doctr (parte doctrinal del Recueil).
  - D... I. R. (informaciones rápidas)).
  - D... Leg. (parte legislativa).
  - D... Somm. (sumarios de jurisprudencia).
- *Gaz. Pal.* (Gazette du Palais).
- J.C.P. (Jurisclasseurs périodiques. Semaine juridique. Edition générale).
- J.C.P. (N) = édition notariale.
- J.O. (Journal Officiel).
  - Rep. Defrenois* (Repertoire du notariat Defrenois).
- *Rev. dr. imm.* (Revue de droit immobilier).
- *Rev. sc. Crim.* (Revue de science criminelle).
- *Rev. trim. dr. civ.* (Revue trimestrielle de droit civil).
- S. (Recueil Sirey).

## I. BIBLIOGRAFIA

## 1.º GENERALIDADES

1. J. Duclos, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, Préface D. Martin, L.G.D.J., 1984, 546 p.

Duclos ha realizado un estudio que trata sobre una noción esencial del derecho privado francés, y sin embargo muy olvidada hasta ahora. Es una obra muy importante.

El autor pone de relieve, ante todo, la necesidad de distinguir adecuadamente la *oponibilidad* y la *relatividad* de las situaciones jurídicas, siendo la primera un efecto indirecto natural de estas situaciones en una sociedad determinada, mientras que la segunda impide que los terceros sean directamente implicados en la relación jurídica considerada. Oponibilidad y relatividad aparecen de esta manera como dos dimensiones que no son incompatibles, sino más bien complementarias. A partir de aquí, Duclos examina, con mucha agudeza y una gran competencia, las condiciones de la oponibilidad y, en particular, la difícil cuestión de la trascendencia del conocimiento de la situación jurídica considerada.

2. J. Huet, *La modification du droit sous l'influence de l'informatique: aspects de droit privé*, J.C.P., 1983, I, 3095 p.

3. P. Jestaz, *L'avenir du droit naturel, ou le droit de seconde nature*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1983, 233 p.

4. H. Maisl, *La modification du droit sous l'influence de l'informatique: aspects de droit public*, J.C.P., 1983, I, 3101 p.

5. H. y L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, Ed. Montchrestien, 1983, 518 p.

Rigurosa actualización de una clásica «Introducción al derecho».

6. Miembros de la sección de derecho privado de la Facultad al derecho de Saint-Maur (París, XII), *Le rapport de la Cour de cassation (année judiciaire 1981)*, J.C.P., 1983, I, 3123 p.

## 2.º DERECHO CIVIL

a) *Personas-Familia*

7. M. C. Boutard-Labarde, *Réflexions sur la contestation de la paternité légitime*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1983, 457 p.

8. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3, *La famille-Les incapacités*, 12ª ed., 1983, P.U.F., 720 p.

Puesta al día de una obra que no es necesario presentar.

9. A. Colomer, A propos de la loi du 10 juillet 1982 sur le statut des conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale, *Rep. Defrenois*, 1983, art. 33024.
10. A. Deiss, *Le juge des enfants et la santé des mineurs*, J.C.P., 1983, 1, 3125 p.
11. S. Durrandi, *Le contentieux de la prestation compensatoire après divorce*, D. 1983, Chr. 191 p.
12. M. Grimaldi, *Le logement de la famille*, *Rep. Defrenois*, 1983, arts. 33120 y 33130.
13. D. Huet-Weiller, note sous Versailles, 12 avril 1983, J.C.P., 1983, 554 p. (la posesión de estado de hijo natural).
14. R. Lindon, *Dictionnaire juridique. Les droits de la personnalité*, Dalloz, 2.ª ed., 1983, 321 p.
15. C. Neirinck, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, prólogo B. Teyssié, L.G.D.J., 1984, 454 p.

La obra de la señora Neirinck es indudablemente útil en lo que concierne a la evolución del estatuto del hijo en la familia respecto de la sociedad. El autor pone así de relieve los diversos aspectos de este estatuto, que comporta, en beneficio del hijo, la afirmación —que no está exenta de importantes matices, sin embargo— de diversos *derechos* (al acceso a la vida, al desarrollo...), y la de un principio de gobierno reconocido a los padres (patria potestad), principio cuya subsistencia y límites son definidos con precisión.

16. M. F. Nicolas-Maguin, *A propos de la garde conjointe des enfants de parents divorcés*, D. 1983, Chr. 111 p.
17. G. Raymond, *La procréation artificielle et le droit français*, J. C. P., 1983, 1, 3114 p.
18. P. Raynaud, *Un abus de l'adoption simple: les couples adoptifs*, D. 1983, Chr. 39.
19. A. Weill y F. Terré, *Droit civil - Personnes - Famille - Incapacités*, 5.ª ed., 1983, Précis Dalloz, 982 p.

b) *Bienes.*

20. J. Deschizeaux, *La copropriété après la loi Quilliot du 22 juin 1982*, J. C. P., 1983, 1, 3110 p.

c) *Obligaciones.*

21. L. Aynes, *La cession de contrat et les opérations juridiques a trois personnes*, Prólogo de P. Malaurie, Ed. Economica, Col. droit civil, 1984, 284 p.

Estudio de una calidad excelente sobre una cuestión poco esclarecida hasta el momento presente en el derecho francés. El autor destaca que la cesión de contrato debe ser concebida como una institución autónoma, encaminada a un fin específico. Demuestra que entendida de esta manera la cesión de contrato es de una indudable validez en la medida que no contradice de ningún modo ni el principio de la fuerza obligatoria del contrato ni el de su eficacia relativa.

22. F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, Prólogo de J. Ghestin, L. G. D. J., 1983, 214 p.

Un análisis original de la promesa unilateral de venta —que la señora Bénac-Schmidt denomina, no sin exactitud, contrato de opción—, que confiere a este contrato la naturaleza de contrato sinalagmático. Esta conclusión, que no es seguramente inexacta, habría merecido, sin embargo, una mayor matización.

23. Y. Chartier, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Dalloz, 1983, 1050 p.

24. R. Fabre, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1983, 1 p.

25. H. Groutel, *Préjudice de droit commun et recours de la sécurité sociale l'heure du bilan*, D., 1983, Chr., 123 p.

26. F. Grua, *Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1983, 263 p.

27. P. Jourdain, *Le devoir de se renseigner*, D., 1983, Chr., 139 p.

28. H., L. y J. Mazeaud, F. Chabas, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, vol. 2, 6.ª ed., 1983, 646 p.

Este volumen, considerablemente actualizado, se refiere, de un lado, a las convenciones sobre la responsabilidad y la cláusula penal, y de otro, al contrato de seguro de responsabilidad y los fondos de garantía.

29. E. Poisson-Drocourt, *Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat*, D., 1983, Chr., 85 p.

30. A.-M. Romani *La faute de l'appauvri dans l'enrichissement sans cause et dans la répétition de l'indu*, D., 1983, Chr. 127 p.

31. Obra colectiva bajo la dirección de H. A. Schwarzlibermann von Walhendorf, *Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais*, L. G. D. J., 1983, 288 p.

Interesante reflexión de derecho comparado que aborda un determinado número de temas fundamentales del derecho de obligaciones (principio de responsabilidad, equilibrio contractual, interpretación de los contratos...).

d) *Garantías y publicidad fiduciaria.*

32. R. Tendler, *Les sûretés*, Manuel Dalloz, 1983, 318 p.

33. M. Dagot, *La publicité foncière*, P. U. F., 1981, 204 p.

Para subsanar el olvido de una obra que seguramente tiene interés (v. el comentario de A. Pau Pedrón, A. D. C., 1983, p. 531), pero que es un instrumento de investigación insatisfactorio por su insuficiente bagaje científico.

e) *Contratos.*

34. C. Boisgiraud, *Les droits de préemption du locataire*, *Rev. dr. immob.*, 1983, 167 p.

35. J. Deschizeaux, *La copropriété après la loi Quilliot du 22 juin 1982*, J. C. P., 1983, I, 3110 p.

36. C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Prólogo de D. Schmidt, L. G. D. J., 1983, 264 p.

Una interesante reflexión sobre el fenómeno contemporáneo del «sur-gimiento» de la propiedad para fines de crédito, que aboca en la disociación de una «propiedad económica» (la del deudor) y una «propiedad jurídica» (la del acreedor).

37. H. y L. Mazeaud, J. Mazeaud y M. de Juglart, *Leçons de droit civil*, t. 3, 2.º vol., 1.ª parte, *Venta y permuta*, Ed. Montchrestien, 1984, 378 p.

Una importante puesta al día de esta obra clásica, especialmente en relación con el contrato de venta, a la luz de los más recientes desarrollos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales.

38. B. Soinne y F. Warembourg-Auque, *La loi Quilliot: Commentaire de la loi n.º 82-526 du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs*, J. C. P., 1983, 1, 3098 p.

39. M. Vion, *Leroit de préemption des locataires après la loi du 22 juin 1982*, *Rep. Defrenots*, 1983, art. 32.974.

f) *Liberalidades - Sucesiones - Regímenes matrimoniales.*

40. M. Dagot, *Retouches 1982 au droit de l'attribution préférentielle*, J. C. P., 1983, 1, 3118 p.

41. J. Revel, *l'article 214 du Code civil et le régime de la séparation de biens*, D., 1983, Chr., 21 p.

42. F. Terré e Y. Lequette, *Droit civil - Les successions et les libéralités*, Précis Dalloz, 1983, 986 p.

Una obra de gran calidad científica que se distingue por diversos aspectos originales, entre ellos, especialmente, los importantes desarrollos filosóficos y sociológicos, y una auténtica integración del estudio de las liberalidades en el mismo marco del derecho de sucesiones.

## 3.º DERECHO COMERCIAL.

43. G. Bolard, *Principes d'un nouveau droit des faillites*, D., 1983, Chr. 173 y 179.

44. Etudes offertes à B. Goldman, *Le droit des relations économiques internationales*, Lib. tech., 1982, 427 p.

45. G. Parléani, *Un texte anachronique: le nouvel article 109 du Code de commerce (rédaction de la loi du 12 juillet 1980)*, D. 1983, Chr. 65.

46. Y. Serra, *La validité des clauses de non-concurrence au regard de la réglementation française et communautaire relative aux ententes*, D., 1983, Chr. 51.

## 4.º DERECHO PENAL.

47. A. Decocq, *Inaction, abstention et complicité par aide ou assistance*, J. C. P., 1983, 1, 3124 p.

48. C. Gavalda, *La refus de vente en droit pénal international français*, D., 1983, Chr. 97.

49. G. Levasseur, *l'imputabilité en droit pénal*, *Rev. sc. crim.*, 1983, 1 p.

50. J. Pradel, *Un nouveau stade dans la protection des victimes d'infractions (commentaire de la loi n.º 83 - 608 du 8 juillet 1983)*, D., 1983, Chr. 241 et 247.

## 5.º VARIOS.

51. J.-M. Auby y R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, t. 1.º, 3.ª ed., 1984, L. G. D. J., 1014 p.

Esta nueva edición del tomo primero del admirable Tratado de Auby y Drago hace que dispongamos de una obra muy bien puesta al día en todo lo concerniente a la organización jurisdiccional y la competencia jurisdiccional en materia administrativa (así, por ejemplo, se encuentran integradas en este marco las nuevas Cámaras regionales de cuentas, instituidas por una ley de 2 de marzo de 1982), así como el procedimiento contencioso administrativo.

52. S. Bakas-Tsiriomonaki, *Assurances, et pouvoirs publics*, Prólogo de C.-J. Berr, Sirey, Col. droit et gestion des assurances, 1983, 472 p.

Investigación interesante y muy completa sobre los controles ejercidos por la autoridad pública francesa en la industria del seguro. El interés de este trabajo es considerablemente reforzado por la toma en consideración sistemática del cuadro europeo tejido por la reglamentación de la C. E. E.

53. J.-L. Bergel, *La juridiction gracieuse en droit français*, D., 1983, Chr. 153.

54. J.-L. Bergel, *Juridiction gracieuse et matiere contentieuse*, D., 1983, Chr. 165.

55. Obra colectiva bajo la dirección de C.-J. Berr y Hubert Groutel, *Les assurés face aux assureurs dans le monde contemporain*, Prólogo de Ancel, Sirey, Col. droit et gestion des assurances, 1983, 311 p.

Esta encuesta internacional, que trata sobre el tema de las relaciones aseguradores- asegurados, ha tenido un efectivo campo de aplicación (18 países, como España, Francia, Reino Unido y Suiza, y el conjunto de los Estados africanos francófonos representados por la C. I. C. A., Conferencia Internacional de los Controles de Seguros de los Estados africanos) que le confiere un interés considerable. La encuesta comportaba 34 cuestiones repartidas en 5 capítulos: organización general del seguro, imagen del seguro, el contrato de seguro, el siniestro.

56. E. Clavel, *Le décret n.º 82-826 du 27 septembre 1982 est-il compatible avec l'exercice de la clause de conscience du médecin en matière d'acortement*, J. C. P., 1983, I, 3128 p.

57. M. Cozian, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Lib. tech., 1983, 404 p.

58. *Etudes dédiées à A. Weill*, Dalloz-Litec, 1983, 602 p.

59. E.-E. Franck, *L'élaboration des décisions de la Cour de cassation, ou la partie immergée de l'iceberg*, D., 1983, Chr. 119.

60. P. Godé, *Dictionnaire juridique - Consommation*, Dalloz, 1983, 340 p.

61. G. Lyon-Caen, *Du nouveau sur le règlement interieur et la discipline dans l'entreprise*, D., 1983, Chr. 7.

62. H. Perinet-Marquet, *Maturité et déclin du plafond légal de densité*, D., 1983, Chr. 229.

## II. LEGISLACION

### 1.º DERECHO CIVIL.

1. *Medicina y moral*. Decreto núm. 83 - 132, de 23 de febrero de 1983 (J. O. 25 de febrero de 1983, p. 630), relativo a la creación de un *comité consultivo nacional de ética sobre las ciencias de la vida y la salud*.

Este comité tiene por misión dar «su dictamen sobre los problemas morales que son detectados por la investigación en los dominios de la biología, la medicina y la salud, cómo estos problemas afectan al hombre, a los grupos sociales o a toda la sociedad». Esta institución ha sido objeto de diversas críticas (v. especialmente P. Godé, *Rev. trim. dr. civ.*, p. 400, en particular sobre el principio de voto mayoritario del dictamen, solución que oculta las opiniones minoritarias). Sin duda el sistema establecido no es el más perfecto. Sin embargo, hay que pensar que el esfuerzo hecho vale más que no hacer nada.

El comité ha dado su primer dictamen, el 23 de mayo de 1984, sobre la *utilización del feto*. Indica, especialmente: 1.º, que el feto que vive no puede ser, en ningún caso, objeto de experimentación en el útero; 2.º, que la utilización comercial o industrial de fetos humanos está prohibida; 3.º, que la utilización del feto con fines diagnósticos es legítima; 4.º, que la utilización del tejido de fetos para un fin terapéutico debe tener un carácter excepcional justificado a la vez por la rareza de las enfermedades tratadas,, la ausencia de cualquier otro tipo de terapéutica igualmente eficaz y la ventaja que obtendrá el beneficiario del tratamiento. v. *Le Monde*, 24 de mayo de 1984, p. 12).

2. *Nacionalidad*. Ley núm. 83 - 1046, de 8 de diciembre de 1983, p. 3550), que *modifica el Código de la nacionalidad francesa y el Código electoral, y que suprime las incapacidades temporales que afectan a las personas que han adquirido la nacionalidad francesa*.

Hay que destacar el nuevo artículo 80 C. Nac.: «La persona que ha adquirido la nacionalidad francesa goza de todos los derechos y está sujeta a todas las obligaciones vinculadas a la cualidad de francés, a partir del día de esta adquisición».

3. *Obligaciones - Formas de pago*. Ley núm. 83 - 1179, de 29 de diciembre de 1983 (J. O. 30 de diciembre de 1983, p. 3799), *ley de finanzas para 1984, art. 90*.

Este texto establece la obligación de pagar por cheque bancario cruzado, o por giro, todo precio de una operación superior a 10.000 francos, cualquiera que sea el objeto. La norma se justifica por el propósito de luchar contra los fraudes que permiten las liquidaciones en metálico.

4. *Contratos - Protección de los consumidores*. Ley núm. 83 - 660, de 21 de julio de 1983 (J. O. 22 de julio de 1983, p. 2262) relativa a la *seguridad de los consumidores*.

La ley organiza una protección reforzada de la seguridad de los consumidores en base al principio, establecido en el artículo 1.º, de que «los productos y los servicios deben, en condiciones normales de utilización o en otras condiciones razonablemente previsibles para el profesional, presentar la seguridad que se puede legítimamente esperar y no poner en peligro la salud de las personas».

V. J.-C. Fourgoux, *La loi du 21 juillet 1983: la sécurité des consommateurs et le resté*, *Gaz. Pal.*, 1983, 2, doct. 395.

5. *Contratos - Protección de los consumidores*. Decreto núm. 82 - 1218, de 30 de diciembre de 1982 (J. O. 5 de enero de 1983, p. 180), que  *fija la organización y el funcionamiento del Instituto nacional del Consumo*.

6. *Contratos, Protección de los consumidores*. Decreto núm. 83 - 642, de 12 de julio de 1983 (J. O. 16 de julio de 1983, p. 2206) sobre la creación del *Consejo nacional del Consumo*.

El decreto opera la refundición del antiguo Comité nacional del Consumo. Hay que destacar, en especial, que confiere al Consejo nacional del Consumo, entre otras misiones, la de contribuir a la negociación de acuerdos» entre profesionales o prestatarios de servicios públicos y privados y consumidores o usuarios».

7. *Contratos. Rentas vitalicias.* Ley núm. 83 - 1179, de 29 de diciembre de 1983 (J. O. 30 de diciembre de 1983, p. 3799), art. 41, que establece la tasa de aumento de las rentas para 1984.

8. *Contratos. Arrendamiento de vivienda.* Decretos núms. 82-1150 y 1151, de 29 de diciembre de 1982 (J. O. 30 de diciembre de 1982, p. 3985), núm. 83-128, de 21 de febrero de 1983 (J. O. 23 de febrero de 1983, p. 622), núm. 83-227, de 23 de marzo de 1983 (J. O. de 25 de marzo de 1983, p. 917) sobre *aplicación de la ley Quilliot de 22 de junio de 1982.*

9. *Contratos. Venta.* Ley núm. 83-953, de 2 de noviembre de 1983 (J. O. 3 de noviembre de 1983, p. 3230) sobre la *venta de viviendas que pertenecen a organismos de viviendas de alquiler moderado (H. L. M.).*

10. *Contratos. Seguro y capitalización.* Decretos núms. 83-327 y 328, de 21 de abril de 1983 (J. O. 22 de abril de 1983, p. 1251), relativos a las *obligaciones de las empresas de seguro de vida y de capitalización.*

11. *Bienes.* Decreto núm. 83-758, de 19 de agosto de 1983 (J. O. 21 de agosto de 1983, p. 2646), relativo al *régimen de los materiales de guerra, armas y municiones.*

12. *Bienes.* Decreto núm. 83 - 1040, de 25 de noviembre de 1983 (J. O. 7 de diciembre de 1983, p. 3531), sobre el *comercio, la conservación, la expedición y el transporte de determinadas armas.*

## 2.º DERECHO COMERCIAL.

13. *Contabilidad comercial.* Ley núm. 83 - 353, de 30 de abril de 1983 (J. O. 3 de mayo de 1983, p. 1335)), y decreto núm. 83 - 1020, de 29 de noviembre de 1983 (J. O. 1 de diciembre, de 1983, p. 3461).

Estos dos textos establecen el conjunto de las normas que gobiernan la contabilidad comercial.

14. *Sociedades.* Ley núm. 83 - 1, de 3 de enero de 1983 (J. O. 4 de enero de 1983, p. 162), sobre el *desarrollo de las inversiones y la protección del ahorro.*

Destinada a favorecer las inversiones bajo forma de acciones, la ley de 3 de enero de 1983, que modifica la ley de 24 de julio de 1964, simplifica las condiciones de constitución y de aumento del capital de las sociedades anónimas. Para atraer mejor el ahorro, abre nuevas posibilidades a los inversores. En este último concepto, se puede señalar, principalmente, de un lado,

la institución de *obligaciones con bonos de suscripción de acciones*, las cuales dan derecho a suscribir acciones que se emitan por la sociedad a uno o varios precios y en las condiciones y plazos fijados por el contrato de emisión (art. 194 - 1, L. 24 de julio de 1964), y, de otro lado, la posibilidad de proceder al fraccionamiento de una acción en un *certificado de inversión* (derechos pecuniarios) y un *certificado de derecho de voto* (otras prerrogativas unidas a la acción).

15. *Sociedades*. Decreto núm. 83 - 358, de 2 de mayo de 1983 (J. O. 3 de mayo de 1983, p. 1359), sobre la vigilancia de los reclamos públicos al ahorro.

16. *Sociedades*. Decreto núm. 83 - 598, de 4 de julio de 1983 (J. O. 8 de julio de 1983, p. 2101) relativo al *montante nominal de los títulos negociables y las emisiones de amortización*.

17. *Arrendamiento comercial*. Ley núm. 82 - 1099, de 23 de diciembre de 1982 (J. O. 26 de diciembre de 1982, p. 3863), que fija el *coeficiente aplicable a la renovación de los arrendamientos comerciales para 1983*.

18. *Transporte*. Ley núm. 82 - 1153, de 30 de diciembre de 1982 (J. O. 31 de diciembre de 1982, p. 4004).

Importante ley que define el cuadro general de la reglamentación de los transportes públicos interiores.

V. el análisis de P. Godé (*Rev. trim. dr. civ.*, 1983, p. 408, núm. 33) y la circular de 30 de junio de 1983 (J. O. 22 de septiembre de 1983, N. C. p. 8690).

### 3.º DERECHO PENAL.

19. *Infracciones*. Ley núm. 83 - 583, de 5 de julio de 1983 (J. O. 6 de julio de 1983, p. 2066), que sanciona la *polución del mar por hidrocarburos*.

20. *Infracción*. Ley núm. 83 - 1045, de 8 de diciembre de 1983 (J. O. 9 de diciembre de 1983, p. 3550),) relativa al control del estado alcohólico.

21. *Penas*. Decreto núm. 83 - 48, de 26 de enero de 1983 (J. O. 28 de enero de 1983, p. 434), que modifica el *régimen de las penas privativas de libertad*.

22. *Penas*. Ley núm. 83 - 466, de 10 de junio de 1983 (J. O. 11 de junio de 1983, p. 1755), sobre *diversas disposiciones concernientes al Código penal y al Código de procedimiento penal*.

Esta ley, muy importante, implica especialmente la autorización dada al juez de prescribir en lugar de una pena de prisión el cumplimiento de un trabajo de interés general, no remunerado. Este modo de sanción puede ser rehusado por el procesado, en virtud de interrogatorio del juez, antes de que sea pronunciada la sentencia (art. 43 - 10 del nuevo C. Pen.).

Esta misma ley establece igualmente la pena del «día-multa», que puede ser pronunciada en caso de delito castigado con prisión. El montante global de la multa así fijada es exigible al término del número de días-multa establecido y la falta total o parcial de pago entraña el encarcelamiento del condenado por un período correspondiente a la mitad del número de días-multa impagados (art. 43-10 nuevo C. Pen.).

V. también los decretos núms. 1.152, 1.153 y 1.154, de 23 de diciembre de 1983 (J. O. 27 de diciembre de 1983, p. 3747 y s.), que fijan el 1 de enero de 1984 la fecha de entrada en vigor de las disposiciones de la ley de 10 de junio de 1983 relativas al trabajo de interés general, al día multa, a la inmovilización temporal de los vehículos y a la habilitación de los inquisidores de personalidad.

23. *Reparaciones*. Decreto núm. 83 - 120, de 17 de febrero de 1983 (J. O. 20 de febrero de 1983, p. 604) sobre modificación del montante máximo de las indemnizaciones públicas que pueden ser concedidas a determinadas víctimas de daños de una infracción.

La indemnización máxima ha sido establecida en 250.000 francos para el año 1983.

#### 4.º PROCEDIMIENTO.

24. *Procedimiento civil y penal*. Ley núm. 82 - 1173, de 31 de diciembre de 1982 (J. O. 1 de enero de 1983, p. 15), y decretos núms. 83-154 y 155, de 28 de enero de 1983 (J. O. 3 de marzo de 1983, p. 666), relativos a la *Asistencia judicial y las comisiones de oficio*.

Es una reforma bastante profunda de la asistencia judicial y de las comisiones de oficio, que realizan estos textos sobre dos planos distintos. De una parte, en lo sucesivo, el beneficiario de la asistencia judicial tiene derecho a escoger su abogado (el cual queda libre para apartarse, en cuyo caso el decano del colegio de abogados debe designar un abogado para que se ocupe de los intereses del justiciable). De otra parte, los abogados nombrados de oficio se benefician en lo sucesivo de una remuneración: honorarios libres, si el cliente tiene recursos suficientes; honorarios sometidos a aceptación del decano del colegio de abogados cuando el cliente tiene recursos medios; indemnización a tanto alzado dada en pago por el Estado en el caso de clientes de recursos escasos.

25. *Asistencia judicial*. Decreto núm. 83 - 1012, de 23 de noviembre de 1983 (J. O. 29 de noviembre de 1983, p. 3440), sobre publicación del acuerdo europeo relativo a la *transmisión de las demandas de asistencia judicial* (Strasbourg, 27 de enero de 1977).

26. *Procedimiento civil y penal*. Ley núm. 83-608, de 8 de julio de 1983 (J. O. 9 de julio de 1983, p. 2122 y Rectificación, J. O. 14 de julio de 1983, p. 2185), reforzando la *protección de las víctimas de infracciones*.

Es una ley muy importante en diversos sentidos.

Primeramente, procede a una *reorganización del procedimiento (acción civil)* que tiende a acelerar la reparación del daño. Desde este punto de vista dos innovaciones deben ser destacadas: de una parte, el nuevo principio de que los *aseguradores* «llamados a garantizar el daño están legitimados para intervenir y pueden ser encausados ante la jurisdicción represiva...»; de otra parte, el juez penal que pronuncia la excarcelación del autor del homicidio o de lesiones involuntarias está autorizado, si la víctima o su asegurador lo solicitan, para establecer la reparación en aplicación de las normas del Código civil, inclusive sobre el fundamento del artículo 1.348, párrafo 1.º (responsabilidad derivada de los daños causados por las cosas).

Además, establece el *nuevo delito de organización o agravación por el deudor de su insolvencia* (art. 404-1, nuevo C. Pen), sancionado con una pena de prisión (6 meses a 3 años) y una pena de multa (600 a 120.000 F.).

Por último, mejora la indemnización de las víctimas de infracciones penales cuyo autor es desconocido o insolvente.

Sobre el texto en su conjunto, v. el comentario de J. Pradel, *supra*, Bibliografía, núm. 49.

27. *Procedimiento civil. Embargo.* Decreto núm. 83-717, de 2 de agosto de 1983 (J. O. 4 de agosto de 1983, p. 2550), que fija las *cuotas embargables de los salarios*.

28. *Procedimiento penal.* Decreto núm. 82 - 1146, de 29 de diciembre de 1982 (J. O. 30 de diciembre de 1982, p. 3982) y decreto núm. 83 - 231, de 24 de marzo de 1983 (J. O. 26 de marzo de 1983, p. 943,) que modifican las normas de procedimiento concernientes a las infracciones en materia militar y de atentado contra la seguridad del Estado.

29. *Procedimiento penal.* Decreto núm. 82 - 1120, de 23 de diciembre de 1982 (J. O. 31 de diciembre de 1982, p. 3909) que establece *la lista y el distrito de las jurisdicciones competentes para conocer de las infracciones en materia militar y de seguridad del Estado*.

## 5.º DERECHO AGRARIO.

30. Decreto núm. 83 - 222, de 21 de marzo de 1983 (J. O. 24 de marzo de 1983, p. 901), referente a la *pesca fluvial*.

31. Decreto núm. 83 - 436, de 30 de marzo de 1983 (J. O. 1 de junio de 1983, p. 1646), sobre modificación del decreto de 7 de enero de 1942, relativo a la *organización de la propiedad fundiaria y el reagrupamiento*.

## 6.º DERECHO SOCIAL Y PROFESIONAL.

32. *Seguridad social.* Ley núm. 82 - 1172, de 31 de diciembre de 1982 (J. O. 1 de enero de 1983, p. 15), referente a la *cobertura de los gastos correspondientes a la interrupción voluntaria de embarazo no terapéutico*.

33. *Seguridad social*. Decreto núm. 82 - 1247, de 31 de diciembre de 1982 (J. O. 15 de enero de 1983, p. 350), referente al *subsidio a tanto alzado por descanso materno e indemnización por substitución*.
34. *Seguridad social*. Decreto núm. 82 - 1138 y 1139, de 29 de diciembre de 1982 (J. O. 30 de diciembre de 1982, p. 3976 y s.), relativos a las *prestaciones pre y post-natales, así como a los préstamos a los matrimonios jóvenes*.
35. *Seguridad social*. Decreto núm. 83 - 28, de 18 de enero de 1983 (J. O. de 20 de enero de 1983, p. 379; Rectificación J. O. 29 de enero de 1983, p. 447), referente a la *organización de la acción social en favor de los trabajadores inmigrados y sus familias*.
36. *Derecho del trabajo*. Ley núm. 83 - 528, de 28 de junio de 1983 (J. O. 29 de junio de 1983, p. 1943), referente al mantenimiento de los *derechos de los trabajadores en caso de transferencia de empresas, de establecimientos o de partes de establecimiento*.
37. *Derecho del trabajo*. Ley núm. 83 - 635, de 13 de julio de 1983 (J. O. 14 de julio de 1983, p. 2176), que *prohíbe las discriminaciones por sexo en la selección y las condiciones de ejecución* (remuneración, formación destino, cualificación...).
38. *Derecho del trabajo*. Decreto núm. 83 - 135, de 24 de febrero de 1983 (J. O. de 26 de febrero de 1983, p. 638), sobre creación de un *Consejo nacional de la inspección del trabajo*.
39. *Derecho del trabajo*. Decreto núm. 83 - 160, de 3 de marzo de 1983 (J. O. 5 de marzo de 1983, p. 694), que concierne al *reglamento interior, la protección de los asalariados y el derecho disciplinario*.
40. *Derecho del trabajo*. Decreto núm. 83 - 576, de 1 de julio de 1983 (J. O. 5 de julio de 1983, p. 2047), relativo al *depósito y a la publicidad de las convenciones de convenios colectivos de trabajo*.
41. *Abogados*. Decreto núm. 83 - 1036, de 3 de diciembre de 1983 (J. O. 6 de diciembre de 1983, p. 3524), referente a la *formación de futuros abogados y al certificado de aptitud para la profesión de abogado*.

### III. JURISPRUDENCIA

#### 1.º PERSONAS Y FAMILIA.

1. *Hijo natural. Cambio de apellido*. Civ. 1.º, 16 de noviembre de 1982, D. 1983, 17 nota D. Huet-Weiler, J. C. P., 1983, II, 1954, relación del consejero Ponsard, nota M. Gobert, *Rep. Defrenois*, 1983, art. 33082, núm. 40, p. 767, Obs. Massip.

Según la Corte de Casación, si el artículo 334-3 del Código civil permite al juez «autorizar en virtud de demanda del hijo natural que se sustituya no sólo el apellido de su padre por el de su madre, como prevé el artículo 334-2 en caso de declaración conjunta de los padres del hijo menor, sino también eventualmente el apellido de su madre por el de su padre, sin embargo, este texto «no permitirá al hijo añadir uno de los apellidos al otro». Y la Alta jurisdicción justifica, inequívocamente, esta afirmación recordando que «salvo el caso de la adopción simple, el apellido patronímico que procede de la filiación es solamente el de los padres y que, en ausencia de precisión formal de los textos, no se puede abrir al hijo natural una posibilidad que no tiene el hijo legítimo».

2. *Hijo natural. Determinación de la filiación. Posesión de estado.* As. Plenaria 9 de julio de 1982, J. C. P., 1983, II, 19993, conclusiones del abogado general Cabannes.

Al concluir un debate bastante largo, la Asamblea plenaria admitía, en su sentencia de 9 de julio de 1982, que el artículo 334-8 del Código civil, en la redacción procedente de la ley de 3 de enero de 1972, autorizaba la determinación de la filiación natural por la prueba de la posesión de estado. La solución, que había sido objeto de discusiones judiciales (especialmente en el caso Law-King, que cerrará precisamente esta sentencia. V. la primera sentencia dada por la Corte de Casación, Civ. 1.<sup>a</sup>, 8 de mayo de 1979, *Bull. civ.* I, núm. 134, p. 109, y la sentencia de la Corte de Saint-Denis de la Reunión de 4 de julio de 1980, D. 1981, 58, nota Vialard), conformaba así la interpretación jurisprudencial del artículo 334-8 antiguo, en sentido que una ley número 82 - 536, 25 de junio de 1982, venía a darle expresamente. Según esta ley, en efecto, «la filiación natural puede ser también legalmente determinada por la posesión de estado...» (art. 334-8, párr. 2 nuevo, v. esta Crónica, A. D. C., 1983, p. 457, número 1).

3. *Hijo natural. Prueba de la filiación paterna. Posesión de estado.* Versailles, 12 de abril de 1983, D. 1983, 554, nota de D. Huet-Weiller.

La sentencia de la Corte de Versailles aplica por vez primera el nuevo artículo 334-8, párr. 2, del Código civil, tal como resulta de la ley de 25 de junio de 1982 (v. *supra*, núm. 2). Esta sentencia, que es muy bien venida, admite efectivamente la existencia de la posesión de estado de hijo natural (en base a la comprobación de un conjunto convincente de circunstancias: comunidad de vida, notoriedad pública del parentesco...) y, en consecuencia, constata el vínculo de filiación pretendido por los demandantes. Al hacerlo, la Corte enuncia diversas observaciones totalmente pertinentes sobre este modo de determinación de la filiación natural, de modo que las normas que gobiernan la admisibilidad y el adecuado fundamento de la acción de investigación de la paternidad natural (art. 340- y 340-1 C. civ.) son ajenas al debate; y también que sólo hay lugar a investigar si los requirentes «suministran la prueba de una posesión de estado» que responda a las exigencias de la ley.

4. *Divorcio por mutuo consentimiento. Convención definitiva. Revisión de la contribución al sostenimiento y la educación de los hijos.* Civ. 2.º, 21 de abril de 1982, D. 1983, 198, nota Floro, *Rep. Defrenois*, 1983, art. 33.022, núm. 2, p. 314, obs. Massip.

«En caso de divorcio pronunciado en virtud de demanda conjunta, ninguna disposición legal impide ni somete a condiciones particulares el derecho de las partes a demandar al juez la modificación, en atención a los cambios acaecidos, del montante de la contribución para sostenimiento y educación de los hijos comunes, establecida por convención homologada a cargo de aquel padre que no tiene la guarda». Tal como señala con precisión Massip (obs. citadas), es una aplicación, que no excluye el principio de intangibilidad de la convención definitiva, del derecho común de las pensiones de alimentos», que son siempre revisables en función de las necesidades del acreedor de alimentos y de los recursos del deudor».

5. *Propiedad. Apropiación de terreno ajeno. Demolición.* C. v. 3 de febrero de 1982, *Rep. Defrenois*, 1983, art. 33.027, núm. 17, p. 377, obs. H. Souleau, D. 1983, I. R. 14, obs. Robert).

En virtud del principio, establecido por el artículo 545 del Código civil, de que nadie puede ser constreñido a ceder su propiedad, una Corte de apelación no podrá, sin violar la ley, rechazar la demanda de los vecinos dirigida a la demolición de una construcción en la medida en que se adentra en su fundo. La jurisprudencia de la Corte de casación está firmemente consolidada, desde hace más de 20 años, en favor de la demolición de las construcciones que se adentran en terreno ajeno, a pesar de los evidentes inconvenientes sociales de una solución semejante.

6. *Copropiedad. Destino de las partes privativas. Estado descriptivo de la división. Ausencia de valor.* Civ. 3.º, 24 de marzo de 1981, J. C. P., 1983, II, 20063, nota de R. Martín.

Ante la ausencia de estatuto de copropiedad, y reduciéndose los documentos de la copropiedad al estado descriptivo de la división, los propietarios de una parte afectada, según este estado, a uso de «oficina, garaje, hangar», habían decidido explotar un comercio de restaurante. Frente a los que pretendían que esta afectación nueva era prohibida por el estado descriptivo de la división, la Corte de casación, de acuerdo con los jueces de fondo, respondió que este documento carecía en este punto de valor y que no siendo el negocio así explotado contrario al destino del inmueble, los propietarios no habían hecho otra cosa que ejercer sus derechos.

La solución acogida debe ser aceptada, tanto más cuando se admite hoy en día que las únicas restricciones que pueden aportar los documentos de una copropiedad, y especialmente el estatuto de ésta, a la afectación de las partes privativas, son las que tienden a la salvaguarda del destino del inmueble (v. sobre esta cuestión B. Boccara, *La copropriété sous désinformation (sur la destination des parties privatives)*, J. C. P., 1983, I, 3115 p.).

## 3.º OBLIGACIONES.

7. *Formación del contrato. Venta. Obra de arte. Error en la sustancia. Apreciación.* Civ. 1.ª, 13 de diciembre de 1983, J. C. P., 1984, 1, 20186, Conclusiones del abogado general Gulphe, *Rev. trim. dr. civ.*, 1984, 109, núm. 1, obs. Chabas.

El caso sobre el que ha sido pronunciada la sentencia de 13 de diciembre de 1983 —que no concluye— mantiene un proceso que dura desde hace catorce años. Lo que está en juego es ciertamente importante: consiste en saber cómo el error, vicio del consentimiento, debe ser apreciado, especialmente en el negocio de objetos de arte. La Corte de casación, con razón creemos nosotros, parece decidida a aplicar las normas del puro derecho común y admitir que existe error desde el momento que puede ser apreciada una diferencia entre lo que creía el contratante —en el supuesto el vendedor— y la realidad. En una sentencia anterior, la Primera cámara civil (22 de febrero de 1978, D. 1978, 601, nota Malinvaud, *Rep. Defrenois*, 1978, art. 31.860, número 68, obs. J.-L. Aubert), había indicado claramente que había que admitir la existencia de un error sancionable cuando el contratante había tenido la convicción de que la cosa que vendía no poseía la cualidad determinada (en el caso, atribución de un cuadro al pintor Nicolás Poussin), mientras que tal vez existiese esta cualidad (realidad marcada por la incertidumbre). En su nueva sentencia, frente a una inesperada resistencia de la Corte de apelación de remisión, la Corte de casación precisa que la realidad, a la que debe ser comparada la creencia del contratante, debe apreciarse en el día del juicio (es decir, en el caso, teniendo en cuenta los resultados que hayan podido suministrar los peritajes realizados después de la conclusión del contrato). Esta solución se impone en efecto (comparar Civ. 1.ª, 1 de junio de 1983, *Bull. civ.* I, núm. 168, p. 147, que admite la nulidad de la venta de un terreno, declarado construible en el momento de la conclusión del contrato, pero cuya constructibilidad había sido luego retroactivamente puesta en cuestión).

8. *Contrato. Obligación. Transmisión al causahabiente a título particular.* Civ. 3.ª, 25 de enero de 1983, *Rep. Defrenois*, 1983, art. 33.133, núm. 85, p. 1168, obs. J.-L. Aubert.

La sentencia de 25 de enero de 1983 enuncia que «la venta de un inmueble no determina de pleno derecho la cesión en beneficio del adquirente de los derechos y acciones para resarcimiento de daños y perjuicios que han podido hacer en beneficio del vendedor en razón de daños causados al inmueble con anterioridad a la venta». La solución parece justificada. No basta, en efecto, para que un crédito se trasmita al adquirente de un bien, aunque esté «estrechamente ligado a la propiedad» del bien (lo que sostenía el demandante en el recurso): es necesario que sea verdaderamente *indisociable* de este bien, es decir, que sólo presente interés para el propietario actual del bien y que sólo pueda ser ejercido por él (cf. J. Fluor y J.-L. Aubert *Droit civil - Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, núm. 443. V. también Du Garreau

de la Méchenie, La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur, *Rev. trim. dr. civ.*, 1944, 219).

9. *Cesión de contrato*. Civ. 1.ª, 14 de diciembre de 1982, D. 1983, p. 416, nota Aynes.

«La cesión de un contrato sinalagmático permite al que se cede demandar directamente al cesionario que está obligado hacia él en virtud del contrato transmitido». Al establecerlo así, la Corte de casación afirma claramente la especificidad de la cesión de contrato, que no corresponde a la adición de una cesión de crédito y de una cesión de deuda (v. en este sentido la nota de Aynes, y, del mismo autor, su obra citada *supra*, Bibliografía, núm. 21).

10. *Responsabilidad civil. Responsabilidad por la acción de las cosas. Exoneración. Culpa de la víctima. Fuerza mayor*. Civ. 2.ª, 14 de octubre de 1982, *Rep. Defrenois*, 1983, art. 33.022, núm. 16, p. 336, obs. J.-L. Aubert.

La jurisprudencia revolucionaria introducida en 1982 por la sentencia *Desmares* (v. esta Crónica, A. D. C., 1983, p. 467, núm. 9) es, hasta el momento presente, firmemente mantenida por la Segunda cámara civil de la Corte de casación, por lo que no se enumeran más las sentencias que la aplican (v. sobre algunas de ellas, G. Durry, observaciones en la *Rev. trim. dr. civ.*, 1983, p. 752, núm. 2). Lleva a cabo, además, los desenvolvimientos que se podían prever (cf. nuestro artículo, *L'arrêt Desmares: una provocation... à quelles réformes?*, D., 1983, Chr. 1, precisamente p. 3, col. 2), como la aplicación de la misma solución —ausencia de efecto exoneratorio de la culpa de la víctima que no presenta los caracteres de la fuerza mayor— en el caso concreto de la responsabilidad por la acción de los animales (art. 1.385 C. civ. En este sentido, Civ. 2.ª, 18 de enero de 1984, inédito, recurso núm. 82 - 15529).

11. *Responsabilidad civil. Responsabilidad de los comitentes por la acción de sus empleados. Culpa del empleado. Nexo con las funciones*. As. Plenaria 17 de junio de 1983, J. C. P., 1983, II, 20120, Conclusiones del Primer abogado general Sadon, nota Chabas, D., 1984, 134, nota Denis, *Rev. trim. dr. civ.*, 1983, 749, núm. 1, obs. Durry, *Rep. Defrenois*, 1984, art. 33.230, núm. 14, p. 301, obs. J.-L. Aubert.

Según la Asamblea plenaria de la Corte de casación, «las disposiciones del artículo 1.384, párrafo 5, del Código civil, no se aplican al comitente en caso de daños causados por el empleado, que, actuando sin autorización para fines extraños a sus atribuciones, se sitúa al margen de las funciones para las que fue empleado».

Por tercera vez, la formación suprema de la Corte de casación se ha pronunciado sobre la difícil cuestión del nexo que debe existir entre la culpa dañosa cometida por el empleado y las funciones para las que es empleado, a fin de que la presunción de responsabilidad del artículo 1.384, párr. 5, se aplique al comitente (v. anteriormente, Cám. reunidas (1), 9 de marzo de

---

(1) Denominación que designaba en esta época a la formación que hoy en día se denomina Asamblea plenaria.

1960, D., 1960, 329, nota Savatier, J. C. P., 1960, II, 11559, nota de Rodière, y As. Plen. 10 de junio de 1977, D. 1977, 465, nota Larroumet, J. C. P., 1977, 18730, concl. Gulphe *Rev. trim. dr. civ.*, 1977, 74 obs. G. Durry, *Rep. Defrenois*, 1977, art. 31.561, núm. 103, p. 1517, obs. J.-L. Aubert). Bajo la forma de un considerando, esta vez muy claro y general, toma claramente partido en favor de la interpretación restrictiva que adoptó la Segunda cámara civil, contra la interpretación extensiva que sostenía la Cámara criminal. Hay que pensar, en estas condiciones, que la resistencia de esta última debería en lo sucesivo desaparecer (en este sentido, *Crim.* 27 de octubre de 1983, *B. crim.*, núm. 272, D. 1984, 170, nota Larroumet). Esta posible unificación de la jurisprudencia de la Corte de casación es deseable sin duda para la seguridad jurídica; sin embargo, hay que lamentar que se haga en favor de la concepción estricta de la responsabilidad del comitente (en este sentido, Denis, nota citada).

#### 4.º GARANTIAS - PUBLICIDAD FUNDIARIA.

12. *Fianza. Intención liberal. Donación indirecta.* Civ. 1.ª, 12 de mayo de 1982, *Bull. civ.*, I, núm. 173, p. 153, D., 1983, 320, nota Mestre, J. C. P., 1983, II, 20060, nota Aubertin, *Rep. Defrenois*, 1983, art. 33.027, núm. 25, p. 394, obs. J.-L. Aubert.

La corte de apelación, que ha constatado soberanamente que el compromiso asumido por el fiador procedía de su intención liberal, dedujo exactamente que este compromiso implicaba una donación indirecta en beneficio del deudor principal y que, en consecuencia, el fiador no podía pretender ejercer contra éste su recurso subrogatorio. Esta última conclusión es, en verdad, inevitable, puesto que es, de hecho, la renuncia expresa o tácita—del fiador a este recurso, lo que confiere a la fianza la naturaleza de liberalidad (cfr. Simler, *Le cautionnement*, Litec, 1982, núm. 52).

13. *Fianza. Error sobre la solvencia del deudor garantizado.* Com. 2 de marzo de 1982, D., 1983, 62, nota Agostini.

En su sentencia de 2 de marzo de 1982, la Corte de casación rehusa admitir la existencia de un error cometido por el fiador sobre la solvencia del deudor principal y que justifique la anulación del contrato de fianza. Para pronunciarse de esta manera subraya que los jueces de fondo no han constatado que los fiadores hubiesen hecho de la situación satisfactoria del deudor la condición de su compromiso. Esta solución, que parece romper con la jurisprudencia anterior (v. principalmente, Civ. 1.ª, 1 de marzo de 1972, D., 1973, 733, nota Malaurie), puede justificarse en el hecho de que la naturaleza de la garantía que se une a la fianza obliga al propio fiador a informarse de la solvencia del deudor (cfr. Agostini y Malaurie, notas citadas).

14. *Garantía a primera demanda. Naturaleza. Garantía autónoma. Valor.* Com. 20 de diciembre de 1982 (dos sentencias), D., 1983, 365, nota Vasseur.

La práctica del comercio internacional pone en evidencia garantías —garantías de ejecución de contrato, garantías de restitución de anticipos—, que son, seguramente, mucho más rigurosas que las garantías clásicas del dere-

cho interno. La más característica de ellas es sin duda la denominada «garantía a primera demanda», respecto de la cual doctrina y jurisprudencia tratan, desde hace algún tiempo, de determinar su naturaleza jurídica y su valor. En este sentido, las dos sentencias de la Cámara comercial de 20 de diciembre de 1982 y la nota de nuestro eminente colega Vasseur son especialmente instructivas.

En lo esencial, las circunstancias afectaban a los bancos, que se habían obligado a pagar cualquier suma de dinero, en el límite del montante máximo, a la primera demanda de un acreedor contractual de su cliente. Las cuestiones planteadas eran saber de un lado, si el banco podía oponer al acreedor las excepciones relativas a la inexecución del contrato que su cliente habría podido hacer valer contra éste, y de otro lado, si el banco podía rehusar el pago fundándose en la nulidad del contrato que vincula al acreedor con su cliente.

A estas dos cuestiones, la Corte de casación da una respuesta negativa uniformemente fundada en base a que el compromiso del banco «no constituía una fianza, sino una *garantía autónoma*». Este análisis debe ser aprobado (cfr. nota de Vasseur), como conviene destacar el carácter riguroso del compromiso así suscrito, que se aproxima a un compromiso *abstracto*, al que el derecho francés no está acostumbrado.

## 5.º CONTRATOS.

15. *Transacción. Condiciones.* Soc. 17 de marzo de 1982, *Bull. civ. V.*, núm. 180, p. 133, *Rep. Defrenois*, 1983, art. 33.027, núm. 31, p. 406, obs. Vermelle.

La cuestión planteada a la Corte de casación consistía en saber si, en una transacción, las concesiones recíprocamente consentidas por las partes deben ser equilibradas. La respuesta es negativa: en los términos del artículo 2.044 del Código civil, lo que es necesario y lo que basta, es que las partes consientan concesiones recíprocas, independientemente de su relativa importancia.

La solución es sin duda justificada, desde el momento en que el artículo 2.052, párr. 2, excluye aquí toda sanción de la lesión, incluso si parece severa en una época en que se trata cada vez más frecuentemente de impedir o corregir los compromisos irreflexivos (cfr. sobre esta cuestión las observaciones citadas de Vermelle).

16. *Pacto de preferencia. Cambio de destino del bien.* Civ. 3.ª, 30 de noviembre de 1982, *Rep. Defrenois*, 1983, art. 33.144, núm. 103, p. 1234, obs. Vermelle.

Un propietario, que había consentido un pacto de preferencia sobre la parte en copropiedad que le pertenecía, pretendía que este pacto se considerase caducado por el hecho de que la parte, que fue afectada a uso comercial en la época de la promesa, había sido posteriormente destinada a uso de vivienda y vendida como tal. Con razón, la Corte de casación rechaza, tras los jueces de fondo, este análisis, destacando que ninguna caducidad podía ser admitida desde el momento en que la convención de las partes no lo había previsto para el caso de cambio de destino del inmueble.

## 6.º REGIMENES MATRIMONIALES. LIBERALIDADES. SUCESIONES.

17. *Estatuto fundamental. Alojamiento de la familia. Art. 215, párr. 3, C. civ. Hipoteca judicial.* Civ. 1.º, 4 de octubre de 1983, *Bull. civ. I*, núm. 216, p. 194.

Habiendo consentido el marido un compromiso de fianza solidaria, el acreedor había pretendido, después de haber logrado la condena del fiador al pago, inscribir la hipoteca vinculada a los juicios de condena sobre un inmueble de su deudor. La esposa de éste objetaba que este inmueble servía de alojamiento a la familia y que a pesar de haber dado, conforme a los requisitos del artículo 215, párr. 3, del C. civ., su consentimiento al compromiso de su marido, la garantía hipotecaria no podía ser establecida. La Corte de casación rechaza esta argumentación: «la inscripción de una hipoteca judicial, que sólo es el ejercicio de una prerrogativa legal otorgada al titular de un crédito, incluso quirografario, no es un acto de disposición realizado por un esposo en el sentido del artículo 215, párr. 3 del Cc.; ... de otra parte, fuera del caso de fraude, no alegado en el caso, esta disposición legal, que no hace inembargable al alojamiento familiar, no permitía, pues, anular o hacer inoponible a la señora... el compromiso de fianza asumido por su marido. En efecto, de un lado, la protección del artículo 215, párr. 3, sólo se aplica a los actos de disposición *voluntaria*, lo que no es evidentemente la hipoteca judicial; y de otro lado, el compromiso de fianza no es un acto de disposición relativo al inmueble, salvo el fraude que consistiría en suscribir un semejante compromiso con el único fin de ser condenado a pagar y dar lugar, de esta manera, a una hipoteca sobre el inmueble.

18. *Comunidad de ganancias. Inmuebles comunes. Cogestión necesaria. Art. 1.424 C. civ. Violación. Sanción.* Civ. 1.º, 11 de enero de 1983, *Bull. civ. I*, número 14, p. 12; *Rep. Defrenois*, 1983, art. 33.158, núm. 106, p. 1347, obs. Champenois.

Curiosamente, la sentencia de 11 de enero de 1983, que aplica cabalmente los artículos 1.424 y 1.427 del Código civil para anular la venta de un inmueble común consentida por el marido sin el consentimiento de su mujer, considera que no procede condenar a este cónyuge a indemnizar daños y perjuicios en beneficio del adquirente cuya compra se ha frustrado: «el solo hecho del marido haber celebrado sin el consentimiento de su mujer un acto de venta referente a un inmueble común, no constituye en sí mismo una culpa que determine su responsabilidad hacia el adquirente». Hay aquí una aseveración muy discutible —pero que no es nueva: v. en este mismo sentido Civ., 1.º, 24 de marzo de 1981, J. C. P., 1982, II, 19746, nota de Le Guidec— respecto de los principios de la responsabilidad civil (cfr. Durry, observaciones en *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, núm. 4, p. 347).

19. *Régimen matrimonial. Cambio (art. 1.397 C. civ.). Oposición del tercero. Condiciones.* Civ. 1.º, 2 de marzo de 1982, J. C. P., 1983, II, 20012, notas de Ramy.

Unos esposos, casados bajo el régimen de comunidad, habían decidido sustituirlo por el régimen de separación de bienes. Entre el momento de la convención notarial establecida con este fin y el juicio de homologación del

cambio de régimen matrimonial, el marido había prestado fianza con respecto a un banco. Este, comprobando que en la partición practicada por los esposos sólo se atribuyeron bienes de dudoso valor al marido, demandó posteriormente, por vía de oposición de tercero, que el cambio de régimen le fuese declarado inoponible.

A los jueces del fondo que habían admitido esta demanda, la esposa reprochaba, ante todo, haber fallado de esta manera, cuando el banco no había justificado ningún perjuicio desde el momento en que su derecho de garantía había nacido solamente después del acuerdo de los cónyuges sobre el cambio de régimen matrimonial, y también haber admitido la oposición del tercero en base a fraude cometido en la partición, y de esta manera con posterioridad al cambio de régimen.

Estos dos motivos son, con razón, desestimados por la Corte de casación. El primero, porque lo que cuenta únicamente es el juicio de homologación que, por sí sólo, determina el cambio del régimen matrimonial (a lo que se puede agregar que el consentimiento de las partes es revocable hasta este momento). El segundo, porque, según las comprobaciones de los jueces «el cambio de régimen había sido realizado para permitir las atribuciones que resultan del acto de partición». Y efectivamente, como observa acertadamente Remy a propósito de este segundo punto, «existe una especie de *indivisibilidad intelectual* entre el cambio de régimen y la partición», que justifica que «el vicio de la partición se comunique al cambio de régimen».

20. *Régimen matrimonial. Cambio (art. 1.397 C. civ.). Interés de la familia. Necesidad.* Civ. 1.ª, 25 de mayo de 1982, *Bull. civ.*, I, núm. 192, p. 167. *Rep. Defrenois*, 1983, art. 33.104, núm. 68, p. 918, obs. Champenois.

En esta sentencia, la Corte de casación subraya que el cambio de régimen matrimonial sólo puede ser admitido si los esposos justifican la existencia de un interés de la familia en el cambio. Esta justificación no existe cuando los esposos se limitan a invocar la existencia de relaciones difíciles con uno de sus hijos.

21. *Indivisión. Licitación. Usufructuario.* Civ., 1.ª, 11 de mayo de 1982, J. C. P., 1983, II, 20095, nota de Dagot.

Se encuentra en esta sentencia un considerando esencial: «la partición puede ser siempre ordenada y ... a este fin, según el artículo 815-5 del Código civil... la venta de la plena propiedad de un bien gravado con usufructo puede ser judicialmente ordenada contra la voluntad del usufructuario». Es la aplicación directa del párrafo 2 del artículo 815-5, aplicación que Dagot señala (nota citada) que ha de ser matizada.

22. *Testamento ológrafo. Fecha. Omisión. Validez.* Civ. 1.ª, 9 de marzo de 1983, *Rep. Defrenois*, 1983, artículo 33.172, nota de Souleau.

Según la Corte de casación, los jueces del fondo que comprueban que el testador había puesto él mismo la fecha en su testamento del mes de enero de 1975, que su capacidad y su voluntad no ofrecían dudas, que había depositado este testamento el 26 de febrero siguiente y que no había establecido

ninguno otro testamento, no pueden decidir que este testamento «no podía ser considerado válido, falta de fecha, en atención a la omisión de sólo el día del mes».

Esta sentencia, según las acertadas observaciones de Souleau (nota citada), parece marcar una muestra de liberalismo de la Corte de casación en esta materia. Anteriormente, en efecto, la jurisprudencia sólo admitía «salvar» los testamentos en que aparecía una fecha incompleta si era posible, precisamente, completarla con ayuda de diversas indicaciones que figuraban en el acto (por ejemplo, para una fecha sin indicación del año, la mención del lugar, tan sólo al año. Civ. 24 de junio de 1951, J. C. P., 1952, II, 7179, con nota de Voirin). Esta vez, la Corte de casación admite, según parece, «que, en determinadas circunstancias, una fecha incompleta es válida, sin que sea preciso tratar de completarla (Souleau, nota citada, p. 1450).

23. *Donación indirecta. Fianza.* Civ. 1.º, 12 de mayo de 1982, v. supra, núm. 12.

Traducción a cargo de  
Antonio CABANILLAS SANCHEZ

# Información Legislativa (\*)

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

## I. DERECHO CIVIL

### 1. *Parte General*

1. INTERDICCION CIVIL. Se suprimen las menciones que diversas leyes hacen a la misma.

Ley 6/1984, de 31 de marzo («B. O. E.» del 3 de abril).

#### A) Exposición.

Para suprimir las referencias a la interdicción civil que se contienen en diversas partes del ordenamiento, se modifican las siguientes disposiciones:

- Código Civil: arts. 681, 853, 1.700 y 1.732.
- Código de Comercio: art. 13.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal: art. 995.
- Ley de Sociedades Anónimas: art. 82.
- Ley Hipotecaria: art. 2, núm. 4.

#### B) Observaciones:

La reforma urgente y parcial del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, dejó sin contenido el artículo 43 regulador de la pena de interdicción civil. La presente Ley adecúa las normas que modifica a la supresión de dicha pena y culmina su desaparición del ordenamiento español, como se preveía en la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que reformó el régimen de la tutela.

2. CATALUÑA. Se aprueba la Compilación del Derecho Civil de Cataluña.

Ley de la Generalidad de Cataluña de 20 de marzo de 1984 («B. O. E.» del 4 de mayo).

---

(\*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el «B.O.E.» durante el segundo trimestre de 1984.

## A) Exposición.

La presente Ley constituye la primera actuación de una Comunidad Autónoma en ejercicio de las competencias legislativas en materia civil que les permite el artículo 149, p. 1, núm. 8, de la Constitución.

Dos operaciones normativas se realizan:

1.ª La adopción e integración en el ordenamiento catalán del texto de la compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, aprobada por la Ley 40/1960, de 21 de julio, y

2.ª La modificación de buena parte de sus preceptos, con el fin primordial de ejugarlos a los principios constitucionales.

El examen de la Ley puede sistematizarse, pues, distinguiendo sus disposiciones en tres grupos:

1. Normas sobre aplicación del Derecho civil de Cataluña.
2. Modificaciones requeridas por los principios constitucionales, y
3. Otras modificaciones del texto anterior de la Compilación.

1. Normas sobre aplicación del Derecho Civil de Cataluña:

La Compilación catalana de 1960 se integra en el ordenamiento autonómico, con las modificaciones introducidas por esta Ley, entre ellas la del artículo 1 del antiguo texto, que pasa a disponer la preferente aplicación del Derecho Civil de Cataluña frente al Código Civil «y a las restantes disposiciones de igual aplicación general».

Las normas contenidas en la Compilación sustituyen a las anteriores normas de Derecho Civil de Cataluña, sin perjuicio de las competencias de la Generalidad para su conservación, modificación y desarrollo.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal de Casación de Cataluña forma parte de la tradición jurídica catalana y podrá invocarse como doctrina legal en los recursos de casación.

Finalmente, se dictan dos preceptos para regular las relaciones con el Derecho Civil Común:

1.º Las remisiones de la Compilación al articulado del Código Civil se entienden hechas a los textos actuales de éste; es decir, que, para Cataluña, se produce una congelación del contenido actual de dichos artículos.

2.º Sin perjuicio de la preferencia de las normas comunes de directa aplicación general, el Código Civil y las leyes civiles estatales regirán supletoriamente, en cuanto no se opongan a los principios generales que informan el ordenamiento jurídico catalán.

2. Modificaciones requeridas por los principios constitucionales: Se trata de reformas precisas para adecuar la Compilación a los principios de igualdad de los cónyuges durante el matrimonio (arts. 14 y 32.1 de la Constitución) y de igualdad entre los hijos (art. 39.2.3 de la misma).

Las innovaciones que se introducen en el texto de 1960 suponen, unas veces, sustituir las menciones a las antiguas clases de filiación por las actuales de matrimoniales y no matrimoniales, o bien aludir en general a los hijos (así ocurre en la regulación de las acciones de filiación, heredamientos, institución de heredero, legítimas, preterición y sustituciones).

Otras veces se generalizan las instituciones para referirlas tanto a la mujer como al marido o se suprimen de su regulación aquellos rasgos que podrían considerarse discriminatorios para la mujer (año de luto, dote, instituciones complementarias, bienes privativos, regímenes conyugales de comunidad, cuarta viudal, usufructo viudal, sucesión intestada del impúber).

Algunas regulaciones típicas del Derecho Catalán son incompatibles con la Constitución y se suprimen o transforman (desaparece la prohibición de intercesión de la mujer casada y se reformula la presunción muciana).

3. Otras modificaciones: Afectan a la regulación de los efectos del divorcio, regulado por la legislación común (eficacia respecto de capitulaciones y otras disposiciones), donaciones entre cónyuges y a la sucesión intestada. La Ley reformadora aprovecha también la ocasión para colocar a la Generalidad en lugar del Estado como último heredero abintestato (art. 248 del nuevo texto).

#### B) Observaciones:

La reforma de la Compilación foral catalana resultaba ineludible para lograr su acomodación con la Constitución, pues era incompatible con los principios establecidos por ésta para regir las relaciones conyugales y familiares. Así tuvo ocasión el señalarlo el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias (Sentencia de 1 junio 1981).

Con este punto de partida, las modificaciones realizadas por esta Ley son, en general, correctas, limitándose a retocar el texto de 1960, sin introducir alteraciones notables. No obstante algún punto de la nueva regulación permite todavía descubrir tratos discriminatorios entre los cónyuges o de los hijos según su filiación (un ejemplo en los nuevos arts. 170 y siguientes), que pueden considerarse contrarios a la regla constitucional que impone una exquisita igualdad en el trato dispensado por la Ley a las personas.

Por otra parte parte, los mecanismos técnicos empleados por la Generalidad en esta Ley para asumir y regionalizar el texto compilado de 1960 y para reenviar la regulación de instituciones a los preceptos vigentes del Código Civil, aunque sean en cierto modo novedosos, son plenamente admisibles con arreglo al reparto de competencias permitido por la Constitución y reflejado en los Estatutos de Autonomía.

La principal objeción que merece la Ley se refiere a la apropiación por la Generalidad de la posición de heredero abintestado que corresponde al Estado. El precepto que así lo establece, además de producir dificultades muy notables en su aplicación, desborda claramente al ámbito de competencias de la generalidad sobre el Derecho Civil. En efecto, las competencias autonómicas sólo pueden extenderse a la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho foral o especial, y el Derecho catalán nunca ha conocido un principio que imponga la remisión de las sucesiones intestadas a una entidad territorial distinta del Estado.

Como señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia de 27 de julio de 1982, «lo que en este punto hace la Ley catalana es subrogar al Patrimonio de la Generalidad en el lugar del Patrimonio del Estado y para esto,

como es evidente, carece la Generalidad de toda competencia», añadiendo más adelante «... sólo el órgano que puede decidir en nombre de todo el Estado y no de una de sus partes puede modificar la actual atribución».

A pesar de estas consideraciones, la Ley reseñada no ha sido objeto, dentro del plazo legal, de impugnación ante el Tribunal Constitucional, por lo que sus aparentes vicios de inconstitucionalidad sólo podrán ser enjuiciados si se plantea, con motivo de su aplicación, una cuestión de este tipo ante aquel Tribunal.

### 3. SERVICIO MILITAR. Regulación general.

Ley 19/1984, de 8 de junio («B. O. E.» del 12).

La presente Ley desarrolla las previsiones del artículo 30 de la Constitución, configurando el Servicio Militar como prestación personal fundamental de los españoles a la Defensa Nacional, aunque no agota la materia, pues contiene remisiones a otras disposiciones futuras (por ejemplo, objeción de conciencia y servicio militar de la mujer).

A efectos del ejercicio de los derechos reconocidos por esta Ley, se reconoce plena capacidad de obrar a las personas comprendidas en su ámbito de aplicación. Afecta esta previsión al alistamiento, que deben solicitar los españoles que cumplan diecisiete años.

Por otra parte, la licencia absoluta sólo se expedirá cuando concluya la situación de reserva, el día primero de enero del año en que se cumplan los treinta y cuatro de edad.

### 2. *Derecho de obligaciones*

#### 4. TRIGO. Se regula su producción y comercio.

Ley 16/1984, de 4 de mayo («B. O. E.» del 30).

La producción y comercio interior del trigo se registrará por los principios de libertad de producción, circulación y precios, en el marco de la economía de mercado.

Sin perjuicio de este régimen, las campañas se regularán conforme a la Ley 26/1968, de 20 de junio, y a través del Fondo de Ordenación y Regulación de Producciones y Precios Agrarios.

Esta Ley viene, pues, a suprimir la regulación vigente, contenida principalmente en el Decreto-Ley de Ordenación triguera, de 23 de agosto de 1937, que sometió la producción y el mercado del trigo a una completa intervención administrativa. Desaparecen así las figuras especiales de autorización de cultivos y contratos forzosos que dicha norma establecía, aunque subsiste una intervención administrativa de fines garantizadores.

El comercio exterior del trigo se mantiene en régimen de comercio de Estado, gestionado por el Servicio Nacional de Productos Agrarios y, por tanto, no es liberalizado.

### 5. *Derechos reales*

#### 5. AGUAS. Régimen de aguas subterráneas en la provincia de Almería. Ley 15/1984, de 24 de mayo («B. O. E.» del 26).

La presente Ley prorroga la aplicación de las medidas extraordinarias

adoptadas para el aprovechamiento de los recursos hidráulicos escasos a consecuencia de la sequía, pero, además, introduce un régimen especial para las aguas subterráneas en el Campo de Dalías, provincia de Almería.

La regulación es temporal, hasta el 31 de diciembre de 1984, y supone la exigencia de autorización administrativa para la ejecución de obras de alumbramiento y captación de aguas subterráneas, modificación de las existentes o ampliación de las mismas. Las infracciones a este régimen serán sancionadas con arreglo a la Ley 6/1983, de 29 de junio, procediéndose, además, a la demolición de las obras e instalaciones ilegales.

#### 4. Derecho de familia

6. HIJOS NO MATRIMONIALES. Convenio núm. 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil, relativo a la determinación de su filiación materna (Bruselas, 12 de septiembre de 1962).

Instrumento de Adhesión de 27 de enero de 1984 («B. O. E.» del 17 de abril).

##### A) Exposición.

1. Designación registral: Se producirá la determinación de la filiación cuando la madre sea designada en la inscripción de nacimiento del hijo no matrimonial. Esta filiación podrá ser impugnada.

2. Declaración de reconocimiento: Podrá hacerla la madre ante la Autoridad competente de cada uno de los Estados contratantes cuando no sea designada en la inscripción de nacimiento o la declaración venga exigida por la Ley de un Estado no contratante.

3. Entrada en vigor a la fecha del depósito del Instrumento de ratificación en el Consejo Federal Suizo, permaneciendo en vigor sin límites de plazo.

Para España comenzó su vigencia el día 16 de marzo de 1984 .

##### B) Observaciones:

Este convenio no discrepa del régimen vigente según el Código Civil español (arts. 120 y siguientes, redactados por la Ley de 13 de mayo de 1981). Sin embargo, pone nuevamente de manifiesto la necesidad de modificar la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, para acomodarla al nuevo régimen sustantivo.

## II. DERECHO REGISTRAL

7. REGISTROS E INSTRUMENTOS PUBLICOS. Competencia estatal para su regulación.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de abril de 1984 («B. O. E.» del 17).

La celebración de ciertos «acuerdos» entre Comunidades Autónomas y Decanos de Colegios Notariales o Delegados del Colegio de Registradores,

para establecer normas notariales o registrales referentes al urbanismo, suscita la reacción de la Dirección General que se expresa en esta Resolución.

Después de afirmar la competencia exclusiva del Estado en materia de registros e instrumentos públicos, se advierte que la potestad reglamentaria e interpretativa corresponde en este ámbito sólo a órganos estatales (Gobierno, Ministro de Justicia y la propia Dirección General), pudiendo incurrir en responsabilidad los directivos colegiales que pretendan usurpar estas funciones.

Las afirmaciones sobre el sistema de competencias vigente, hechas en la Resolución, no son objetables, pues se fundan directamente en el artículo 149.1, núm. 8, de la Constitución. No puede reconocerse, sin embargo, igual acierto al aludir a la potestad interpretativa que, obviamente, no puede entenderse reservada a la Administración, sin perjuicio de sus facultades para dictar Circulares o Resoluciones, que surtirán sus efectos internos propios.

#### 8. REGISTRO DE ENTIDADES RELIGIOSAS. Régimen de su publicidad. Orden del Ministerio de Justicia de 11 de mayo de 1984 («B. O. E.» del 25).

El Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, reguló el Registro de Entidades Religiosas, de carácter público, y se refirió a sus certificaciones, pero sin contener un desarrollo completo de la publicidad formal del mismo.

Esta Orden, después de proclamar que el Registro es público, regula con detalle las certificaciones, como único medio para llevar a cabo la publicidad. Para dar a conocer el contenido de asientos cancelados por sentencia judicial firme será preciso que el peticionario justifique un interés cualificado.

### III. DERECHO MERCANTIL

#### 9. CATALUÑA. Regulación de las ferias comerciales.

Ley de 5 de marzo de 1984 («B. O. E.» del 16 de abril).

Se consideran ferias comerciales las manifestaciones de carácter comercial que se realicen periódicamente en Cataluña, que tengan por objeto exponer muestras de bienes y ofrecer servicios para facilitar el acercamiento entre la oferta y la demanda y en que se admitan pedidos, pero no se lleven a cabo ventas directas con retirada de mercancías del ferial durante el período de realización. La Generalidad acomete su regulación con base en su competencia sobre el comercio interior (art. 12.5 del Estatuto catalán, no ferias interiores como dice el Preámbulo de la Ley), sin perjuicio de la competencia estatal para legislar sobre ferias internacionales (art. 11, núm. 6, del Estatuto).

Las ferias se clasifican según su contenido y ámbito territorial de expositores, regulando con detalle la Ley el régimen de la intervención administrativa en su celebración (autorización de organización) y las obligaciones de los organizadores.

Cabe destacar la configuración de las «instituciones feriales»: entidades con personalidad jurídica y sin ánimo de lucro; constituidas, pues, como

asociaciones, específicamente destinadas a la creación y organización de ferias comerciales. Se trata de entidades características de este ámbito, aunque su forma de personificación no revista más especialidad que su objeto. Evidentemente, salvo las singularidades apuntadas, su régimen jurídico será el general de las asociaciones.

## V. OTRAS DISPOSICIONES

10. URBANISMO. Se aprueban medidas de disciplina urbanística en la Comunidad Autónoma de Madrid.

Ley de la Comunidad de Madrid de 10 de febrero de 1984 («B. O. E.» del 6 de abril).

Para hacer frente a las situaciones de deterioro de la disciplina urbanística que se advierten en numerosas zonas de la Comunidad madrileña, esta Ley establece una serie de medidas interventoras y sancionadoras. No se establece, sin embargo, un régimen completo de disciplina urbanística, por lo que la nueva disposición debe encuadrarse en la normativa urbanística general del Estado.

La nueva Ley, de considerable extensión (85 artículos), se refiere a los siguientes aspectos:

1. Actuaciones de iniciativa privada en suelo urbanizable. Además de reiterar la necesaria aprobación de las figuras de planeamiento ordinarias, se define al promotor y se detallan los elementos a reunir para la realización de urbanizaciones, así como las medidas de garantía de su correcta ejecución.

2. Actuaciones en suelo no urbanizable. Se introduce el nuevo concepto de parcelaciones rústicas, que deben aprobarse por órganos de la Comunidad. Los Notarios y Registradores de la Propiedad no podrán autorizar o inscribir escrituras de división de terrenos sin que se acredite el otorgamiento de la licencia oportuna.

3. Intervención, en la edificación y uso del suelo. La Ley precisa el régimen de otorgamiento de licencias y las medidas sancionadoras de los actos que se realicen sin ellas o sin ajustarse a lo autorizado. Expresamente se sujetan a licencia la colocación de carteles y vallas de propaganda y la instalación de casas prefabricadas o similares.

4. Inspección urbanística. Aparte de las normas organizativas del servicio, se establece una presunción de veracidad de los hechos recogidos en actas de inspección.

5. Infracciones urbanísticas y su sanción. Detalladamente se determinan las infracciones sancionables y las reglas para imponer las sanciones. El plazo de prescripción de las infracciones es de cuatro años, previéndose los casos de actividad continuada, en que sólo correrá cuando finalicen los actos infractores. Si las infracciones afectan a zonas verdes o espacios libres, no prescribirán.

Esta Ley entró en vigor el día 27 de febrero de 1984 y, como refleja su Exposición de Motivos, trata de reaccionar frente a los más utilizados mecanismos de defraudación de la legalidad urbanística en Madrid.

Dictada la Ley, y como señala correctamente su disposición final primera, quedan sin aplicación en la Comunidad de Madrid las disposiciones estatales que se opongan a ella.

11. **IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS.** Se determinan los ingresos mínimos para que surja obligación de presentar declaración.

Real Decreto-Ley 2/1984, de 28 de marzo («B. O. E.» del 14 de abril).

Los sujetos pasivos o unidad familiar cuyos ingresos sean inferiores a 500.000 pesetas anuales no vendrán obligados a presentar declaración el año 1983. Tales ingresos deberán proceder sólo del trabajo y del capital mobiliario, sin computarse los procedentes de la vivienda propia que constituya el domicilio habitual.

12. **NOTARIADO.** Normas sobre computación de la antigüedad de los Notarios y sobre publicación de las Notarías vacantes que han de ser provistas por los Colegios.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de mayo de 1984 («B. O. E.» del 8).

El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 22 de julio de 1983 (cuya doctrina se reafirma en la de 29 de noviembre siguiente) precisó las competencias que corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas en relación con el nombramiento y selección de los Notarios. Consecuencia del régimen allí descrito es la necesidad de regular las dos cuestiones objeto de esta Resolución, evitando que se produzcan resultados injustos, y ello de forma inmediata, en tanto se aprueba la proyectada reforma del Reglamento Notarial.

Con arreglo a la Resolución, la fecha en que la Dirección General dicta la resolución del concurso, antes, pues, de los nombramientos, será la que se considere como determinante de la antigüedad y del turno de oposición libre de las plazas no cubiertas por falta de solicitantes.

13. **PETROLEO.** Importación de productos objeto del Monopolio.

Real Decreto-Ley 7/1984, de 13 de junio («B. O. E.» del 20).

Se abre la posibilidad de que las personas físicas o jurídicas que cumplan los requisitos establecidos reglamentariamente importen productos sujetos al Monopolio de Petróleos, con carácter de entidades delegadas.

Complementario de la regla anterior es el establecimiento de un completo régimen fiscal para estas operaciones.

La medida introducida constituye el principio del proceso de transformación del Monopolio de Petróleos ante la prevista incorporación española a la Comunidad Económica Europea.

14. NOTARIADO. Se modifican determinados artículos del Reglamento Notarial.

Real Decreto 1.204/1984, de 8 de junio («B. O. E.» del 25).

Según la exposición de motivos de este Real Decreto, se trata ahora de llevar a cabo una reforma global del Reglamento Notarial, «cuyas motivaciones fundamentales son: introducir las modificaciones convenientes para la mejor prestación de la función notarial y del servicio público que entraña, actualizar su normativa, recogiendo las exigencias de los cambios legislativos de los últimos tiempos, desde la Constitución hasta las últimas reformas del Código Civil, así como las enseñanzas de la práctica y actualizar toda la materia referente a la organización del Notariado, armonizando las exigencias del carácter profesional del Notario y, por ende, de la legislación de Colegios Profesionales con las derivadas de la función pública que ejerce y, por tanto, de las facultades de la Administración».

Las principales materias que resultan afectadas por la reforma son:

1. Ingreso en el Notariado: Se establece el sistema de oposición para la obtención del título de Notario, de convocatoria anual. Obviamente se detallan los requisitos de la oposición.

El título de Notario será único, distinguiéndose del nombramiento para el desempeño de una Notaría concreta.

Se regulan también, los requisitos y formalidades de la toma de posesión y cese.

2. Régimen de los despachos u oficinas: Se regulan la posible concurrencia de despachos en un solo edificio y la autorización especial de las Juntas Directivas para la instalación.

3. Provisión de vacantes: Reciben nueva regulación las dos formas, de concurso y traslado y oposición entre Notarios.

4. Derecho a la elección de Notario.

5. Régimen de ciertos instrumentos públicos: Nueva regulación de ciertas disposiciones generales, comparecencia en escrituras públicas, actas, legitimación para obtener copias y legitimación de firmas.

6. Organización del Notariado: Funciones de la Administración (Ministerio de Justicia, Dirección General de los Registros y del Notariado) y de los órganos colegiales (Colegios, Juntas Directivas, Consejo General del Notariado, anterior Junta de Decanos). También se regula el régimen disciplinario.

15. CANTABRIA. Regulación del régimen jurídico del Gobierno y de la Administración de su Diputación Regional.

Ley de Cantabria de 26 de abril de 1984 («B. O. E.» del 26 de junio).

Esta Ley es de contenido más amplio que otras, de semejante denominación, promulgadas por distintas Comunidades Autónomas, pues no se limita a regular el Estatuto y funciones del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Comunidad, sino que se refiere también a la actuación administrativa regional y al patrimonio comunitario.

De sus disposiciones merecen destacarse las siguientes:

1. El derecho estatal se considera expresamente como supletorio, debien-

do, para su aplicación, equipararse los órganos y autoridades (estatales y regionales) por analogía de sus funciones. Además existe buen número de remisiones para la directa aplicación de la normativa del Estado en materia de responsabilidad administrativa, contratación, régimen de los bienes regionales y procedimiento.

2. La publicación de las disposiciones administrativas se realizará en el «Boletín Oficial de Cantabria» y su entrada en vigor se sujetará a lo dispuesto en el Código Civil.

3. El ejercicio de acciones se atribuye al Consejo de Gobierno y en caso de urgencia a su presidente.

4. No procederá la acción interdictal contra las actuaciones de la Administración Regional ajustadas al orden de competencias y al procedimiento establecidos.

5. La Diputación Regional de Cantabria queda subrogada en la titularidad de los contratos administrativos y laborales de la Diputación Provincial y de los transferidos del Estado.

Estas disposiciones carecen de efectos innovadores, pues simplemente reformulan principios constitucionales y del Estatuto de Autonomía, pero aclaran su sentido y facilitan su correcta aplicación.

#### 16. CULTIVOS MARINOS. Ley reguladora.

Ley 23/1984, de 25 de junio («B. O. E.» del 27).

Esta Ley regula los cultivos marinos que se realicen en territorio nacional, zona marítimo-terrestre, rías, estuarios, lagunas y albuferas en comunicación permanente o temporal con el mar, mar territorial y zona económica exclusiva, tanto en bienes de dominio público como de propiedad privada.

Sin embargo, a pesar de esta amplitud de objeto, la eficacia de la norma se encuentra limitada por las competencias atribuidas en esta materia a las Comunidades Autónomas. La Constitución ya previó que el marisqueo y la acuicultura eran materias sobre las que podrían ostentar competencias dichas Comunidades, incluso las de segundo grado (v. art. 148, núm. 11), y los Estatutos de Autonomía les atribuyen la condición de exclusivas de cada Comunidad (arts. 10, núm. 10, Estatuto Vasco, 9, núm. 17, del Catalán, 27, número 15, del Gallego, 13, núm. 18, del Andaluz, 10 h) del Asturiano y 22, número 9, del Cantabro, por ejemplo).

En consecuencia, la Ley respeta las potestades autonómicas y se limita a ser derecho supletorio, como señala su disposición adicional. Debe esperarse, no obstante, que su promulgación sirva para evitar la proliferación de regímenes distintos en cada Comunidad.

La Ley regula con detalle las concesiones o autorizaciones precisas para la instalación, explotación y funcionamiento de establecimientos de cultivos marinos y las medidas de control o protección de estas actividades.

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**«Arrendamientos rústicos y legislación complementaria».** Edición y prólogo de Carlos Lasarte Alvarez, en colaboración con José María Gil Arévalo. Biblioteca de Textos Legales. Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

En esta edición de la reciente normativa de arrendamientos rústicos se recogen la Ley de 31 de diciembre de 1980 de Arrendamientos Rústicos y la legislación complementaria de ésta constituida por el Real Decreto de 14 de marzo de 1980, sobre régimen jurídico y funcionamiento de las Cámaras Agrarias y de su Confederación Nacional, la Orden de 1 de diciembre de 1981, por la que se establece el contrato-tipo de arrendamientos rústicos, las Ordenes de 8 de octubre de 1982, sobre constitución y normas de funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, y las Resoluciones de 16 de diciembre de 1982 y 24 de febrero de 1983, por las que se da publicidad a los índices anuales de precios percibidos por los agricultores a efectos de la actualización de rentas en los arrendamientos rústicos.

Se completa esta recopilación con índice analítico, que cumple el importante objetivo de facilitar su manejo. Además, la Ley de Arrendamientos Rústicos va acompañada de numerosas notas para facilitar su adecuada comprensión.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

**BAENA DEL ALCAZAR, Mariano: «Organización administrativa», Madrid, 1984, Editorial Tecnos.**

Es indudable el interés que tiene averiguar cuáles son las líneas de la organización administrativa en la Constitución. El profesor Baena del Alcázar aborda la cuestión en esta obra, examinando esencialmente la regulación constitucional, que se traduce en el análisis del artículo 103 de la Constitución, el cual tiene un carácter central respecto a los temas administrativos, pues en él se abarcan las cuestiones más importantes que afectan a dicha organización, y en su conexión con otros preceptos. También se establecen los principios constitucionales de la organización administrativa y los distintos ámbitos administrativos del estado-organización, es decir, los órganos centrales, los periféricos y los organismos autónomos, así como las corporaciones públicas.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

**CASANOVAS MUSSONS, Anna: «La relación obligatoria de fianza», Editorial Bosch, Barcelona, 1984, 238 págs.**

De la compleja problemática que presenta la fianza, el estudio de la autora se centra en dos grandes puntos: de un lado, cómo se configura la prestación del fiador, cuestión que proporciona las claves para delimitar la naturaleza de la obligación del fiador y nos pone en contacto con la subsidiariedad de su posición jurídica y sus consecuencias; de otro lado, por qué un sujeto que se ha obligado como fiador frente al acreedor del deudor principal puede proceder contra éste en demanda de liberación. El artículo 1.843 del Código civil descubre la existencia de una relación jurídica entre fiador y deudor afianzado, pero, sobre todo, dice Casanovas, pone de relieve que esta relación se establece desde el momento de la obligación del fiador y no desde el momento del pago de éste. Esta eficacia interna típica de la fianza se explica, sin embargo, en función de las llamadas «relaciones subyacentes» a las que se atendía con anterioridad a la tipificación codificadora. De ahí el importante papel que el deudor principal juega en la configuración de la relación jurídica interna de fianza. La segunda parte de esta monografía se ocupa del artículo 1.843 del Código civil y sus múltiples implicaciones.

La división de la monografía en dos grandes partes responde al deseo de separar el área relativa a la obligación fideiusoria en su conexión con la garantizada de la concerniente a las relaciones que se producen entre sus respectivos titulares. Bajo estas coordenadas el trabajo se concentra en la etapa de la obligación del fiador y se detiene en ella, sin entrar en la temática de la extinción. Como se dice en la introducción, el tratamiento exhaustivo de la institución de la fianza se ha considerado un proyecto demasiado ambicioso para un primer trabajo de investigación. Por ello se excluye de su ámbito el pago del fiador, que según la autora tiene en la teoría general del pago de tercero una sede más adecuada que ésta. Con todo, se procura no soslayar cuantas cuestiones relacionadas con el pago del fiador y su eficacia se plantean incidentalmente al abordar las cuestiones tratadas.

Ayudado el trabajo realizado por la profesora Casanovas en un exhaustivo análisis de los antecedentes históricos y legislativos de la fianza, la monografía que anotamos constituye una interesante aportación a un tema de extraordinaria importancia en el marco de la relación obligatoria, pues como ha puesto de relieve Díez-Picazo (1) aparece fundamentalmente como una garantía de la obligación y es, en rigor, independiente del supuesto de hecho de que deriva y de que nazca de un contrato o de un acto jurídico de naturaleza diversa.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

---

(1) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1.º, Madrid, 1972, pág. 585. También DELGADO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, tomo II, vol. 3.º, Barcelona, 1979, pág. 314.

«**Compilació del Dret Civil de Catalunya**». Ponente: **Dr. Carles J. Maluquer de Motes y Bernet**, Prólég. **Dr. Ferán Badosa i Coll**. Barcelona, 1984. Bosch, Casa Editorial, S. A. Un volumen de 231 págs.

Cuando un pueblo como el catalán es consciente de su personalidad y su acervo cultural (histórico y actual), la obra legislativa de carácter civil resulta un producto de su idoneidad, de sus necesidades sociales y de su propia realidad. Por eso, una vez que se promulga la Constitución española de 1978, que respeta y reconoce concretamente (art. 149, núm. 8, ap. 1 r) las legislaciones de los Derechos civiles, forales o especiales para las Comunidades Autónomas, la tarea de actualizar y desarrollar los anteriores textos compiladores, es tomada con diligencia en Cataluña. El Parlamento catalán, en su Sesión plenaria de 29 de abril de 1981 creó una «Comisión de Justicia y Derecho» para elaborar un proyecto de proposición de Ley. De este modo, por Ley de 20 de marzo de 1984, se publica el nuevo texto de su «Compilación del Derecho Civil Especial» que tuvo por finalidad dos objetivos fundamentales: La adaptación del Derecho civil catalán a los principios constitucionales y acomodar su texto legal a las actuales necesidades sociales y a la realidad catalana.

Es interesante destacar el espíritu que tuvieron todos los miembros de la ponencia que llevó a cabo la reforma: la de actuar con el máximo respeto a los valores morales y sociales catalanes, cristalizados en los principios de moderación, benignidad y humanidad, con un claro sentido ético y progresivo.

Esta nueva edición de la Compilación del Derecho civil de Cataluña en su propia lengua es un ejemplo a seguir para las demás Autonomías, sobre todo para la de Galicia que, por tantas vicisitudes —sobre todo históricas—, no pudo desarrollar con plenitud sus peculiares instituciones civiles, especialmente dentro del régimen económico-patrimonial de la familia y del sucesorio. La diligencia y el pragmatismo de Cataluña es un hecho con esta obra.

JOSÉ BONET CORREA

**FRANCESCHELLI, Vincenzo**: «**I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale**», Milano, 1984, Editorial Giuffrè, 489 págs.

Se aborda en esta amplia monografía un tema de extraordinario interés, el de las relaciones de hecho, que ha sido analizado por numerosos autores y dado lugar, por tanto, a una amplia literatura jurídica, especialmente en Alemania, cuya doctrina ha consruído con singular agudeza la teoría de las relaciones contractuales de hecho (*faktische Vertragsverhältnisse*), siendo básico el trabajo de Haupt (1).

El problema general de las relaciones de hecho se plantea en un capítulo introductorio, a modo de premisa, en el que el autor, en sus líneas generales, las pone en conexión con el concepto de hecho jurídico, apreciándose que las relaciones de hecho se conectan con específicas relaciones disciplinadas por la ley, de las que obtienen su *nomen*. En la primera parte se analizan

(1) HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1943.

las singulares relaciones de hecho. La investigación tipológica se lleva a cabo a través de todo el Derecho privado y, en determinados sectores, se tiene también en cuenta el Derecho público. Se llega a la conclusión de que las relaciones de hecho no constituyen un **numerus clausus**, sino que se trata de una categoría abierta, que es contrapunto de las relaciones de derecho. La segunda parte del trabajo constituye la necesaria consecuencia lógica de la investigación tipológica. Se distingue entre las relaciones de hecho que tienen su origen en comportamientos que realizan las partes imitando las correspondientes relaciones de derechos y las que tienen su origen en un *negotium nullo*. En la tercera parte se lleva a cabo una interesante reconstrucción unitaria de los dos grupos de relaciones de hecho. Una vez evidenciado el *sustratum unitarium* de las mismas se individualizan y analizan sus principales características, lo que constituye la cuarta parte de la monografía. Franceschelli se refiere especialmente al momento genético y al momento funcional de las relaciones de hecho. Respecto al momento genético observa que las relaciones de hecho surgen por un vicio que consiste en la falta de cumplimiento de una formalidad sustancial o de un control previsto en la ley para un determinado instituto jurídico. En relación con el momento funcional, destaca sobre todo la importancia de la ejecución, ya que es un elemento necesario para la configuración de las relaciones de hecho como categoría. Establecidas las características del fenómeno, se plantea el problema de la «juricidad», es decir de la idoneidad de la relación de hecho para producir efectos jurídicos. El problema es tratado en la parte quinta, dedicada a la disciplina jurídica. Se pone el acento en la parte quinta, dedicada a la disciplina jurídica. Se pone el acento en la fuerza creadora del hecho y se destaca el papel de la jurisprudencia, ya que ha sido la que ha impuesto básicamente su eficacia jurídica. Un especial interés tiene el análisis de las relaciones contractuales de hecho. En la parte sexta se muestran los efectos que produce la relación de hecho entre las partes y los terceros. Se muestra la conexión entre la teoría de la apariencia y las relaciones de hecho. El análisis de las causas y los medios de extinción de las relaciones de hecho constituye la materia de la séptima parte. Concluye esta interesante monografía con unos completos índices de materias, fuentes y autores, y una amplísima información bibliográfica, que da noticia de los numerosos estudios que sobre este tema se han publicado no sólo en Italia, sino también en Alemania, Francia, España y otros países.

Al tener como antecedente una serie de trabajos realizados por Franceschelli sobre aspectos concretos de las relaciones de hecho, fruto de un estudio continuo a lo largo de más de diez años, con períodos de investigación en el *Max Planck Institut* y una colaboración estrecha con numerosos autores, como se destaca en la introducción, la monografía que anotamos no es en modo alguno una obra superficial, sino la culminación de un trabajo constante y riguroso. En pocas obras como la presente encontrará el lector una información más completa y actualizada sobre la problemática surgida en torno a las relaciones de hecho.

**GARCIA VALDECASAS, Guillermo:** «Parte General del Derecho Civil español». Madrid, 1983. Editorial Civitas, S. A. Un volumen de 451 págs.

Hay que saludar con alborozo y felicitar a su ilustre autor por haber conseguido una obra de madurez y síntesis, tanto por sus valores científicos y pedagógicos, que la hacen ideal para quien se inicia al estudio del Derecho civil, como para el que es experto en la materia.

La literatura civilista española no es abundante en manuales breves; ahora tenemos éste, que como el clásico Gracián, puede calificarse por ello de «dos veces bueno». Ciertamente, que ahora para lograr una obra así se debe alcanzar un grado de maestría. Los que conocen la trayectoria científica del profesor Guillermo García Valdecasas, por su tarea universitaria y su experiencia como experto jurisprudente, son conscientes del valor y óptimo resultado de su obra, concisa y clara, profunda y sugerente, con bien documentada y selecta doctrina y jurisprudencia.

Después de la Constitución de 1978 era necesario un movimiento de renovación y profundización en la vertiente individual de los derechos humanos, tanto como su entrelazamiento desde la posición social para los logros del bien común y de la justicia distributiva y conmutativa. La obra queda enmarcada dentro de esa contribución por lo que se refiere al Derecho civil español. Así, en la introducción de la obra se abordan los clásicos conceptos del Derecho y de sus posiciones pública y privada; su formación y evolución histórica desde Roma, el Medioevo hasta la Codificación. El contenido y estructura del Código civil y su legislación posterior son estudiados con acierto y penetración, además de exponerse los Derechos forales y sus Compilaciones.

Después de esta introducción y bajo el título de «Parte General», el primer capítulo se dedica al derecho objetivo; inicialmente se estudian las normas jurídicas, seguidas de las fuentes del Derecho (ley, costumbre, principios generales, jurisprudencia y doctrina), para pasar a la aplicación del Derecho (interpretación, analogía y equidad) y concluir con los límites de la vigencia de las normas en el tiempo y en el espacio.

El capítulo segundo comprende el derecho subjetivo, con el sujeto del derecho, los derechos privados, el nacimiento, modificación y extinción de los derechos subjetivos, así como su ejercicio y límites.

El capítulo tercero abarca el sujeto del Derecho o personas (individual y social), su capacidad jurídica y de obrar, además de desarrollar fundamentalmente los aspectos de la persona individual (principio y fin de su personalidad, su estado civil, sexo, edad y salud, la incapacitación, el estado de familia, el matrimonio, el parentesco y la afinidad, la nacionalidad y la vecindad civil, el nombre y el domicilio, la ausencia y el Registro Civil) y le sigue el estudio de la persona jurídica con sus clases (asociaciones y fundaciones).

El capítulo cuarto contiene lo referente a las cosas y al patrimonio, su concepto y clasificación, las de propiedad privada y las de dominio público, para detallar los conceptos de patrimonio, patrimonios separados y patrimonios colectivos.

Por último, el capítulo quinto abarca los hechos jurídicos con el negocio jurídico. Después de los hechos y actos jurídicos, continúa el análisis del

negocio jurídico (su concepto, elementos y clases), desarrollando los aspectos sobre la declaración de voluntad, la forma y la interpretación del negocio jurídico la declaración de voluntad viciada, el contenido del negocio jurídico (los prohibidos e inmorales, una la causa, la condición, el término y el modo), la representación, para finalizar con la invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos (nulidad, nulidad parcial, conversión, anulabilidad, confirmación y convalidación).

He aquí, pues, un manual con el que los alumnos universitarios podrán encontrar el instrumento idóneo para su aprendizaje y, el experto la obra informativa bien lograda y sugerente en la constante evolución renovadora del Derecho civil.

JOSÉ BONET CORREA

**GHESTIN, Jacques: «Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers)», Librairie Generales de Droit et de Jurisprudence, París, 1983, 365 páginas.**

La presente monografía constituye una aportación fundamental sobre un tema singularmente importante y controvertido, tanto en el plano doctrinal como jurisprudencial (1), y que enlaza con los numerosos trabajos que el profesor Ghestin ha publicado sobre aspectos relativos al contrato y la protección del consumidor (2). Las cuestiones planteadas y solucionadas en la monografía que anotamos, tienen un extraordinario interés para nosotros, porque existen importantes puntos de coincidencia entre la normativa del Código civil francés y de nuestro Código civil y porque el autor muestra una preocupación constante por la protección del consumidor, que entronca con un amplio movimiento que destaca la necesidad de que en las relaciones contractuales exista una protección para el consumidor (3). La utilización, cada vez más extendida, tanto en las relaciones profesionales como frente a los consumidores, de condiciones generales de venta, ha determinado la inserción en los contratos de cláusulas que limitan o excluyen la responsabili-

---

(1) En nuestro Derecho el tema ha sido tratado en diversos estudios monográficos. Véase, especialmente, MORALES, *El alcance protector de las acciones edilicias*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1980, fasc. 3.º, págs. 585-686, y *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1982, fasc. 3.º, págs. 591-684; BERCOVITZ (Rodrigo), *La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1969, fasc. 3.º, págs. 777-837; ESPÍN, *Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1967, págs. 913 ss.

(2) Entre su amplia producción científica tienen extraordinaria importancia el volumen sobre la teoría general del contrato (*Traité de droit civil. Le contrat*, París, 1980) que anoté en este ANUARIO (1983, fasc. 2.º, pp. 536-542) y su monografía sobre el error (*La notion d'erreur dans le droit positif français*, 2.ª ed., París, 1971).

(3) Vid. DE CASTRO, *Limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1982, fasc. 4.º, pp. 987-1085.

dad del que redacta estas condiciones generales. Estos contratos de adhesión son impuestos por la producción y distribución en masa, como dice Ghestin. Pero su redacción unilateral permite el establecimiento de cláusulas abusivas, a las que el comprador, especialmente cuando se trata de un consumidor, no da más que un consentimiento «ilusorio». Estas condiciones generales sustituyen a las normas del Código civil, con lo que se impone, de hecho, a la parte más débil la ley del más fuerte. Para remediar esta situación se desarrolla un movimiento que trata de proteger al comprador en general, especialmente si es consumidor, contra el vendedor profesional. La monografía que anotamos se sitúa claramente en este entorno, porque no en vano, como dijimos al reseñar el volumen que Ghestin ha publicado sobre el contrato (4), este autor es uno de los especialistas más destacados en la materia.

En la venta de productos mobiliarios (5) puede suceder que aquellos que el vendedor entrega al comprador no sean conformes a lo que fue convenido, que se trate de un objeto diferente, o que las cualidades del producto sean diversas de las que fueron acordadas, o incluso que el producto no se adecúe al uso para el que se vendió. En la práctica, además, la venta de productos mobiliarios implica frecuentemente la inserción de garantías contractuales que configuran el contenido de la obligación que pesa sobre el vendedor de entregar una cosa conforme a la pactada. Pero, junto a estas garantías contractuales, el legislador y la jurisprudencia han configurado una garantía legal, cuya expresión más específica es la garantía por vicios ocultos disciplinada por los artículos 1.641 y siguientes del Código civil. La falta de conformidad en la venta de productos mobiliarios da lugar a diversas acciones encaminadas a la protección del comprador. En tres partes sucesivas Ghestin muestra las acciones tradicionales, las relaciones entre las diversas acciones y las nuevas distinciones en función de las partés. El comprador, al que no se ha entregado un producto conforme, puede anular o resolver la venta, al menos si la contravención del contrato es suficientemente importante. Puede también conseguir la sustitución del objeto entregado por otro, de acuerdo con lo estipulado en el contrato, o la puesta en conformidad del producto. Puede, en fin, obtener el resarcimiento de daños y perjuicios. Para lograr estos diversos objetivos el comprador dispone de una acción especial, la acción de garantía por vicios ocultos en la cosa vendida, que es disciplinada por los artículos 1.641 a 1.649 del Código civil; pero el comprador puede igualmente demandar al vendedor en base al Derecho común de los contratos. En el plano de la formación del contrato está facultado para invocar

---

(4) En ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1983, fasc. 2.º, pp. 541-542.

(5) Queda fuera de la presente monografía la venta de inmuebles, en sus diferentes variantes, por existir, como dice GHESTIN, una normativa especial en la materia, que diferencia claramente en el Derecho francés este tipo de venta de la de bienes de naturaleza mobiliaria (vid. MALINVAUD, *Droit de la promotion immobilière*, 2.ª ed., París, 1980). No sucede, en cambio, lo mismo en nuestro Derecho (vid. CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, págs. 246-247; MORALES, *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, cit., págs. 657-684; CABANILLAS, *La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1982, fasc. 3.º, págs. 878-926.

el error, el dolo o la violación de la obligación precontractual de información, y en el plano del cumplimiento del contrato puede oponer al vendedor la excepción de incumplimiento para rehusar el pago del precio, o demandar la resolución de la venta acompañada del resarcimiento de daños y perjuicios, e incluso puede alegar la responsabilidad contractual del vendedor para obtener la reparación del daño sufrido.

Ghestin muestra las relaciones que existen entre las acciones fundadas en el Derecho común de los contratos, para posteriormente analizar las relaciones, mucho más complejas, que surgen entre este Derecho común y la garantía por vicios ocultos. Después de distinguir la obligación precontractual de información de la obligación contractual de información, y de precisar las relaciones entre la nulidad por error y la resolución por incumplimiento, se aborda el problema fundamental de la garantía por vicios ocultos y el Derecho común de los contratos. Se precisan las condiciones y los efectos de la garantía, poniéndose de relieve que esta garantía supone un error determinante y excusable del comprador sobre la aptitud de la cosa vendida para realizar el fin perseguido, y permite obtener unos resultados muy próximos a los de la resolución por incumplimiento. Sin embargo, la acción de garantía presenta un carácter original que la distingue, a la vez, del error en la sustancia y de la resolución por incumplimiento. El breve plazo de ejercicio de la acción de garantía impone delimitar su ámbito de aplicación. Después de ponerse de relieve las oscilaciones de la jurisprudencia y la conveniencia de una reforma legislativa que simplifique el derecho existente, Ghestin cuestiona si no sería conveniente deducir el criterio diferenciador del breve plazo establecido en el artículo 1.648. Este plazo se explica por la naturaleza misma de la acción de garantía, auténtica acción de resolución, cuyo ejercicio queda abierto, a pesar de la aceptación de la cosa entregada, por el error que ha viciado esta aceptación. De aquí se deduce el carácter híbrido de la acción al que alude repetidamente el autor.

El análisis del Derecho positivo muestra una tendencia muy clara hacia nuevas distinciones. Hay que tener en cuenta el régimen especial, marcadamente agravado, que, desde hace una veintena de años, la jurisprudencia aplica al vendedor profesional. Además, el Derecho positivo establece también distinciones entre los compradores, basadas principalmente en su cualificación profesional. La protección de los consumidores ha motivado la agravación de las obligaciones de los vendedores profesionales. Esta protección específica deriva fundamentalmente de la Ley de 10 de enero de 1978 sobre información y protección de los consumidores y de los textos legales que la desarrollan, el Decreto de 24 de marzo de 1979 y la Recomendación de la Comisión de las cláusulas abusivas publicada el 24 de febrero de 1979. En el terreno de la garantía por vicios ocultos han sido agravadas las obligaciones del vendedor profesional de forma notable. Incluso esta orientación aparece respecto de la responsabilidad contractual del vendedor profesional. Se ha producido la asimilación del vendedor a la del que conoce los vicios del producto. No se trata de una presunción de mala fe, sino de una auténtica norma de fondo: el vendedor profesional está obligado, en virtud de una obligación de resultado, a entregar un producto apto al uso para el que fue vendido. Además la jurisprudencia ha acentuado la responsabilidad contrac-

tual del vendedor profesional y ha considerado ineficaces las cláusulas limitativas de responsabilidad que pueda invocar el vendedor profesional. En relación con los compradores se aprecia una evidente tendencia a configurar un diferente régimen entre compradores profesionales y profanos, que la legislación protectora de los que no son profesionales ha establecido. Comprador profesional, de un lado, y consumidor, de otro, están sujetos a regímenes diferentes. Ghestin tiene también en cuenta la situación especial de los compradores sucesivos de un bien y las relaciones entre los diversos elementos de la cadena en el supuesto de falta de conformidad de la cosa vendida. Se examina especialmente las acciones de repetición de los vendedores intermedios y la acción directa del subadquirente.

Como conclusión hay que decir que, además del indudable interés del tema tratado, la monografía que se reseña presenta las cualidades que aparecen siempre en los numerosos trabajos publicados por Ghestin, y que hacen que sea uno de los juristas más destacados actualmente en Francia, como el orden y la claridad expositiva, la completa información bibliográfica y jurisprudencial, fundamentalmente francesa, aunque en numerosas ocasiones se exponen soluciones legales acogidas en ordenamientos diferentes del francés y en documentos internacionales, y el rigor y profundidad en los planteamientos y soluciones de los problemas, siempre apoyadas en sólidos argumentos (6.).

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

**GUILARTE GUTIERREZ, Vicente:** «La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español». Madrid, 1984. Editorial Montecorbo, S. A. Un volumen de 546 páginas.

La civilística española, en sus estudios monográficos, no suele tratar con profusión la materia referente a las servidumbres. Así que, cuando aparece alguno hay que saludarlo con alborozo, porque estamos ante una modalidad de los derechos reales que, tanto en la antigüedad como actualmente, cumplen una función participativa de trabazón social en el uso y aprovechamiento de los bienes inmuebles de acuerdo tanto con los intereses individuales como comunes de una sociedad regida jurídicamente por un estado de derecho.

La presente obra que se recensiona, trata tan sólo una de las fuentes constitutivas de las servidumbres, la voluntaria, aunque el autor, desde la introducción, comience por explicar sus propias contradicciones al clasificar la modalidad conocida por la doctrina como «destino del padre de familia» entre las legales, debido a que adopta una postura simplemente legalista, cuando tradicional y comúnmente viene siendo considerada por la mayor parte de los autores y de la jurisprudencia como una modalidad constitutiva voluntaria, si bien, sea a través de manifestaciones tácitas de las partes en base a los hechos concluyentes ante el signo aparente.

---

(6) Véase la elogiosa reseña que AUBERT (en *Crónica de Derecho privado francés: año 1982*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1983, fasc. 2.º, pág. 454) hace de esta monografía de GHESTIN.

En realidad, lo novedoso de esta monografía es el tratamiento que hace de nuestra normativa (civil, foral y especial) desde las aportaciones que fundamentalmente ha realizado hasta ahora la doctrina italiana, parte de la francesa y las obligadas citas de segunda mano para el ámbito germánico llenas de erratas y anglosajón. Por lo que se refiere a la doctrina española y a la jurisprudencia, el tratamiento es minucioso y agudo, bisoño e impulsivamente crítico, sobre todo, con las posturas que disienten del legalismo preceptivo italiano, desde cuya óptica el autor pasa a realizar una tarea interpretativa de la normativa de nuestro Derecho positivo en materia de servidumbre. De este modo, a lo largo de la obra se amalgamarán las normas legales con las de carácter imperativo sin distinguir entre una neta constitución voluntaria de servidumbres, o las preceptivamente voluntarias, de las genuinas servidumbres legales o forzosas. Por lo demás, no se percibe ni se constata en general, como en particular para el tratamiento de las servidumbres el complejo mundo de las relaciones jurídicas, iniciales unas, precontractuales otras, cuasi contractuales muchas, aparentes y ambivalentes tantas, prescindiéndose fundamentalmente de las declaraciones tácitas de voluntad o de los *facta concludentia*, sede propia de esta modalidad constitutiva. Por eso, el autor volverá a caer en propia contradicción al proponer la supresión del artículo y hacer una recoducción de los presupuestos de hecho en el contenido, para que permanezcan, o bien dentro las servidumbres legales, o ya en las constituidas por título, cuando no cabe duda de que esta última fue siempre su sede tradicional, en los Códigos civiles, si bien, en el nuestro pasó a ser, con la usucapión, una modalidad singular o propia.

De los cuatro capítulos de la obra en que se distribuye la materia referente a las servidumbres, el primero aborda sus nociones generales, el concepto y los caracteres generales, las servidumbres voluntarias y legales, para pasar a la proyección que tiene sobre la constitución de servidumbres la distinción entre los modos de adquirir originarios y derivativos. A continuación, el apartado siguiente resume la génesis histórica sobre la constitución de las servidumbres, desde el Derecho romano, con una breve alusión al germánico, hasta llegar el Derecho histórico español.

El capítulo segundo abarca en diez apartados el modo constitutivo de las servidumbres por título, o de las puramente voluntarias. Se inicia con un breve resumen referido al ámbito comparado (francés, italiano, alemán, suizo e inglés), una mención, tan sólo de ciertos Derechos forales, para pasar a tratar la adquisición de servidumbres por título en el C. c. (concepto de título, el modo, la cuasi-tradición y la usucapión de servidumbres y el tratamiento de las aparentes), el examen de los contratos de donde derivan títulos aptos para la constitución de las servidumbres (compraventa, donación, permuta, transacción, compromiso, sociedad y otras cuestiones como el precontrato, la división, el contrato constitutivo de servidumbre a favor de tercero y la «*deductio servitus*»), el elemento subjetivo, o partes, en la constitución de servidumbres, tanto en su legitimación activa como en la pasiva para constituir servidumbres desde la titulación de propiedad, de copropiedad, de usufructo, desde los derechos de uso y habitación, en la enfiteusis, en la superficie, en la propiedad limitada por una servidumbre preexistente, en la propiedad de un fundo gravado con hipoteca, en la propiedad

sobre un predio gravado con un derecho de anticresis, en el arrendamiento y en la posesión); además el elemento real, o fundos, con sus relaciones («vecinitas», utilidad, función social, orden público, etc), las servidumbres futuras (sobre el edificio a construir, sobre el fundo a adquirir y su proyección registral), las servidumbres y el régimen de propiedad horizontal, otras cuestiones relacionadas con el título (forma y contenido del contrato constitutivo de servidumbre, la interpretación y prueba del título), para concluir con la constitución de servidumbres por testamento (el legado de servidumbre).

El capítulo tercero trata con mayor atino la prescripción adquisitiva de las servidumbres. Después de otro breve resumen de Derecho comparado y del Derecho foral, se refiere a las distintas clasificaciones de las servidumbres (continuas, discontinuas, aparentes y no aparentes, las positivas y negativas), a la posesión de las servidumbres, al derecho positivo común en materia de adquisición de servidumbres por usucapión, a la posibilidad de prescripción ordinaria de las servidumbres con arreglo al artículo 1.957 del C. c., a la usucapión de la modalidad, la prescripción inmemorial de servidumbres y la prescripción extintiva de la acción negatoria de servidumbres como eventual modo adquisitivo de la misma.

Por último, el capítulo cuarto se refiere a la «destinación del padre de familia», esta modalidad constitutiva de las servidumbres, un tanto singular y compleja, que para el autor queda simplificada al entenderla como un producto legal, o sea, al poner su fundamento en la Ley. Sin embargo, no puede menos de reconocer su originaria naturaleza voluntarista a través de la síntesis que hace para los ordenamientos francés, italiano, alemán, suizo e inglés. Critica duramente, sin razón, la acogida que de ella hacen ciertos Derechos forales, como el navarro, al tacharlo de incoherente e inútil por recoger la destinación; ignora que sus redactores, entre ellos Salinas y particularmente el profesor d'Ors, nuestro gran maestro romanista, que trabajó a fondo la institución en las fuentes, especialmente en aquel inicial curso doctoral compostelano—que recibimos con tanto aprovechamiento—, de donde salió su magistral conclusión, hoy recogida en su «Derecho privado romano» (Pamplona, 1968, página 202).

El estudio de la destinación del padre de familia en el Derecho español se hace por el autor minuciosamente desde un aspecto doctrinal y jurisprudencial, con un análisis particularizado de sus requisitos, para pasar al estudio de su naturaleza jurídica y concluir con una crítica de la institución. Lo que sí no creo válido es trasladar las críticas de la doctrina italiana para confrontar si se ha debatido con acierto la destinación entre nosotros, ya que en el «Código civil» recibe un trato diferente. En el ordenamiento español, mientras no rija otra disposición, es ineludible su interpretación de acuerdo con el artículo 3.1 del C. c. No es aquí la sede para señalar, en concreto, los errores a que lleva una tal transposición interpretativa, donde como consecuencia salen tal mal paradas nuestras sentencias del Tribunal Supremo como los autores que no se conforman al «mos italicus».

A estas alturas, sorprende la conclusión del autor de que «la existencia de esta institución en el C. c., no aporta nada positivo, sino que, por el contrario, constituye una norma perjudicial». Que esto lo diga Biondi en Italia me parece «furbo», pero entre nosotros, este eco suena a falsete; ellos

como nosotros, formalmente, importamos la institución de Francia, y los Italianos siempre tuvieron la rabieta de tener que aceptarla a través del Código de Napoleón, a pesar de que fueron sus geniales conformadores en el tiempo de la Glosa; por eso, hasta que le mudaron su naturaleza normativa no pararon. No creo que ese complejo deba ser trasladado a nosotros; nuestro genial García Goyena despreció el nombre de la destinación y la hispanizó dignamente; Alonso Martínez y los demás civilistas, así lo ratificaron; hoy, como ayer, tendremos que concluir ¡larga vida a la constitución tácita de las servidumbres por signo aparente!

JOSÉ BONET CORREA

**HUERTA TOCILDO, Susana: «Sobre el contenido de la antijuricidad». Editorial Tecnos. Madrid, 1984. 147 págs.**

Libro breve y denso, que se adentra desde las primeras frases en la polémica que enfrenta a los penalistas en la determinación del contenido material de la antijuricidad. Precisar qué elementos son imprescindibles para poder afirmar que una conducta es contraria a Derecho y, paralelamente, cuándo es posible decir que una conducta que en principio está prohibida es, sin embargo, conforme a Derecho dada la presencia de una causa de justificación: ésta es la ardua y conflictiva tarea que emprende la obra que reseñamos. La autora examina las diferentes opiniones doctrinales, consciente de que esos criterios *no constituyen meras disquisiciones teóricas, sino que implican importantes consecuencias en la medida de la pena*. Sus propias conclusiones tienen bien presente la necesidad de que la coherencia lógica y sistemática no arrastre nunca una aberración político-criminal. Para evitar el peligro de esta contradicción, la profesora Huerta Tocildo somete las diversas concepciones del injusto a cuatro diferentes pruebas de corrección: por qué y como se castigan, de un lado, la tentativa y, de otro, el delito imprudente; y qué sucede cuando, en sede de exclusión del injusto, el sujeto desconoce la real concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación o, por el contrario, cree erróneamente que éstos concurren.

La obra se estructura en dos partes, destinándose la primera a precisar la función del *desvalor de acción* y el *desvalor de resultado* en la constitución del injusto, y la segunda a analizar el reflejo de las distintas concepciones del injusto en el ámbito de su exclusión. Cada una de ellas ofrece un riguroso análisis conceptual —con exhaustiva revisión de la doctrina alemana— y una concreta toma de postura. En síntesis, la opinión personal de la autora se concreta en estas ideas: 1.ª Concepción imperativa de la norma penal en el sentido de entenderla como norma de determinación de conductas ya en el ámbito del injusto. 2.ª Concepción dualista del injusto, según la cual éste viene constituido por un *desvalor de acción* y un *desvalor de resultado* que radica en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. 3.ª Rechazo de la teoría de los elementos negativos del tipo en base a consideraciones de índole dogmático y político-criminal. 4.ª Inclusión del dolo en el tipo del injusto de los delitos dolosos, como consecuencia de la concepción de la norma que se mantiene y no desde un planteamiento finalista. 5.ª Necesidad del elemento subjetivo de justificación en todas y cada una de las causas de exclusión del injusto.

Antonio PAU PEDRÓN

J. M. CUESTA SAENZ, «La acción publiciana». Prólogo por J. L. De los Mozos, Madrid, 1984, 475 pp.

Son conocidas las principales vicisitudes de la azarosa existencia de la acción publiciana en nuestra literatura y jurisprudencia. Recordemos que, si bien se ha dudado, en torno a los años cincuenta, de su subsistencia y utilidad, tal duda ha sido episódica ya que en la doctrina posterior se aprecia, por el contrario, una tendencia marcada a favor de la existencia y autonomía de dicha acción respecto de la acción reivindicatoria; asimismo, si alguna vez el Tribunal Supremo ha acogido la idea según la cual la publiciana estaría embebida en esta última acción —sentencias de 21-2-41 y 6-3-54—, no por ello deja de predominar en la jurisprudencia una tendencia semejante, aunque, si se quiere, algo menos explícita. Parece decisiva, en este sentido, la reiterada afirmación de que en la reivindicatoria el demandado no ha de acreditar su titularidad, salvo reconvencción, pues muestra con toda claridad que el Tribunal Supremo, aun cuando ha mitigado en ocasiones y por medios diversos la *probatio diabolica* que incumbe al reivindicante, no considera la publiciana como una reivindicatoria atenuada ni la confunde con ésta; y ello es claro porque lo propio y exclusivo de la acción publiciana es habilitar el examen comparado de la respectiva titulación del demandante y del demandado en orden a decidir acerca del mejor derecho a poseer.

Con ser todo esto bien sabido, faltaba, sin embargo, un estudio profundo y detenido de tan atormentada y polémica figura, un estudio que, además de mostrar la efectividad de la tesis expuesta en una amplia panorámica de Derecho histórico y comparado, sometiera a revisión crítica el *status quaestionis* que acabamos de esbozar. Tal es el vacío que ha venido a llenar la importante y oportuna monografía de José María de la Cuesta Sáenz, profesor titular de Derecho civil de la Universidad de Valladolid, cuyo origen es la tesis doctoral del autor que obtuvo en su día la calificación máxima Y la obra se la merece no sólo por estar elaborada con arreglo a una metodología impecable —en línea con la orientación divulgada por nuestro común maestro el profesor De los Mozos—, sino, sobre todo, por estar sumamente bien construida y documentada.

En efecto, dividido el estudio en nueve capítulos, se dedican los tres primeros a la evolución del instituto en el Derecho romano, desde el período arcaico hasta la Compilación justiniana en los tres capítulos siguientes, se estudian los perfiles esenciales que dibujan la figura en el *ius commune*, desde la Recepción hasta la época de la Codificación, parte ésta que culmina con un examen profundo del Derecho comparado; en fin, la última parte de la obra trata de la acción publiciana en el Derecho español y de la primera cuestión de que se ocupa es, naturalmente, la discutida pervivencia de la misma, a base de los principales datos normativos, sustanciales y adjetivos. Tras el examen crítico de las distintas posturas de la doctrina y de la jurisprudencia, la obra termina con una opción a favor de la aludida pervivencia y ofrece, además, un intento de conceptualización y delimitación

de los rasgos esenciales de dicha acción, sobre todo, por contraposición a la acción reivindicatoria.

Muy esquemáticamente, afirma el profesor Cuesta Sáenz que en el Derecho romano, al menos en los períodos preclásicos y clásico, surge la acción publiciana como un medio protector de la *bonae fidei possessio*, entendida cual propiedad relativa que presupone y contrasta con el dominio absoluto, en un sentido exclusivamente formal, por ser inoponible al dueño *ex iure Quiritium*; era el cauce procesal apto tanto para la comparación de titulaciones cuanto para la resolución del litigio a base del comparativo mejor derecho a poseer. Y son estos rasgos originales de la acción publiciana los que la distinguen, incluso en nuestro Derecho en vigor, de la acción reivindicatoria, en la que no puede tener cabida la comparación de titulaciones por no pesar sobre el demandado la carga de acreditar la suya. Oscurcida la figura en el Derecho vulgar y en la Compilación justiniana, aunque esta última la contempla, reaparece, tras la Recepción, confundida con la *rei vindicatio utilis* y destinada a proteger la serie de supuestos heterogéneos que la doctrina antigua englobaba bajo el llamado *quasi dominium*, el cual fue configurado por Bártolo como un derecho subjetivo oponible a todos y situado en una posición intermedia entre el dominio y la posesión; configuración que devino, así, doctrina común. Entre nosotros, muestra el autor que este derecho real intermedio fue asimilado por la doctrina antigua a la posesión civil, asimilación que alcanza expresión máxima en la literatura del siglo pasado, al identificarse dicha posesión civil con la posesión con título y buena fe.

Desolador es, en cambio, el panorama que presenta el Derecho comparado, del que desaparece, prácticamente, la acción publiciana, bien que por vías diferentes. Así, no tiene cabida en el Derecho alemán tanto por la adopción del sistema registral constitutivo cuanto por la reivindicación de bienes muebles basada únicamente en la posesión anterior; pierde autonomía en el Derecho francés en el que se ha impuesto una noción relativa del dominio que, al permitir al reivindicante acreditar su título por presunciones, desplaza la carga de la prueba al demandado y habilita la comparación de las respectivas titulaciones, con lo que la acción publiciana queda absorbida, efectivamente, por esta anómala acción reivindicatoria; y a resultados semejantes se ha llegado en Italia por la vía indirecta de la inoponibilidad de la sentencia restitutoria, recaída en la acción reivindicatoria, al *versus dominus*. Es probable que estas orientaciones hayan influido en nuestra doctrina, tanto sobre la tesis que niega la acción publiciana cuanto sobre la que la considera embebida en la acción reivindicatoria.

Sin embargo, el profesor Cuesta Sáenz sostiene, con apoyo en la *communis opinio*, que la acción publiciana, contemplada, indudablemente, por el artículo 1.658-3.º, LEC., tiene perfecto asiento en nuestro Código civil, lo mismo en su aspecto sustantivo que procesal; elocuentes son, para el autor, la mención de la posesión civil que contiene el artículo 430 y la alusión a un proceso posesorio que hacen los artículos 445 y 1.947. Lo que no se altera, por supuesto, por tratarse de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, dado el carácter no constitutivo de nuestro sistema registral, sólo que, a la vista de las presunciones que establecen los artículos 35 y 38

LH., el titular registral no precisa acudir a la publiciana, la que cabe, incluso, en caso de asientos contradictorios, de acuerdo con lo que dispone el artículo 313, RH. No en vano la orientación que prevalece en la jurisprudencia, según dijimos, es favorable a la pervivencia de esta acción en nuestro Derecho; buenos exponentes de esta orientación son las sentencias de 26-10-31 y 20-2-62.

Así, pues, admitida la existencia de la acción publiciana, el autor pasa a ocuparse, finalmente, de los principales aspectos constructivos. Así, de los dos supuestos de hecho en los que descansa tradicionalmente el conflicto entre posesión civil y detentación y el conflicto entre posesiones civiles, estima que el sustrato fáctico normal es este último, puesto que existe para el primero el cauce del artículo 1.565-3.º, LEC. La posesión que sirve de base para el ejercicio de la acción es la posesión civil, la que no se identifica con la posesión *ad usucapionem*; se distingue de esta última, sobre todo, en que la buena fe no está sujeta al principio *mala fides superveniens nocet* que es propio, en cambio, de la posesión apta para usucapir. Con todo, puntualiza el autor que el título de dicha posesión civil ha de construirse, por falta de una regulación explícita, de forma paralela al preciso para la usucapición ordinaria.

Lo expuesto parece ser bastante para dejar en claro que estamos no sólo ante un estudio, tan necesario como completo, de la acción publiciana sino, además, ante una obra madura, rica y meditada; no sólo nos muestra la pervivencia y utilidad del instituto en nuestro Derecho sino que examina en profundidad los rasgos esenciales que le son propios. A nuestro juicio, se trata, en suma, de una monografía buena y casi definitiva sobre el tema.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA

Profesor Titular de Derecho Civil

**«Legislación sobre Propiedad Industrial». Edición preparada por Alberto Bercovitz con la colaboración de Tomás de las Heras Lorenzo y José Macías Martín. Biblioteca de Textos Legales, Madrid, 1984, Editorial Tecnos.**

La presente recopilación incluye las disposiciones legales y convenios internacionales vigentes sobre la Propiedad Industrial: Normas de la Constitución española y de los Estatutos de Autonomía referidas a la Propiedad Industrial; Estatuto sobre Propiedad Industrial de 1930, junto con las disposiciones legales en que se apoya su vigencia; artículos de la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902 que siguen vigentes, así como los de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento referentes al tema; Ley de 2 de mayo de 1975 sobre creación del Organismo Autónomo «Registro de la Propiedad Industrial» y disposiciones reglamentarias que la desarrollan; Estatuto de la Viña, del Vino y de los Alcoholes de 1970 y disposiciones reglamentarias que lo desarrollan, en particular las que regulan las denominaciones de origen, así como la relación de denominaciones de origen y denominaciones específicas aparecidas en el «B. O. E.»; Ley de Protección de las Obtenciones Vegetales de 1975 y disposiciones re-

glamentarias que la desarrollan; Decreto sobre transferencia de tecnología de 1973 y disposiciones que lo desarrollan; Convenios internacionales plurilaterales sobre Propiedad Industrial; Convenios bilaterales sobre denominaciones de origen y otros acuerdos bilaterales suscritos por España en materia de Propiedad Industrial.

Esta amplia recopilación se concluye con un índice analítico que facilita el manejo ágil en relación con aspectos concretos o buscados.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

**«Legislación Autonómica del Trabajo y Seguridad Social». 2 volúmenes, edición preparada por María Emilia Casas Baamonde y Carlos Palomeque López, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.**

Se ofrece en esta obra un material normativo completo, que comprende la totalidad de las disposiciones que el Estado ha dictado sobre la materia, desde los Estatutos de Autonomía y las Leyes Orgánicas de transferencia de competencias a los Decretos de traspaso de servicios, así como las principales manifestaciones de la producción normativa autonómica en materia de trabajo y seguridad social. La ordenación sistemática de las normas y sentencias incorporadas se acompaña de cinco índices, que facilitan la tarea del lector. Además la consulta de los textos legales se facilita igualmente mediante anotaciones explicativas en la medida que se ha considerado de interés. La recopilación se ha cerrado el 30 de septiembre de 1983, incorporando la «addenda» las principales disposiciones aparecidas hasta el 31 de diciembre de dicho año.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

**LEGUINA VILLA, Jesús: «Escritos sobre autonomías territoriales», Madrid, 1984, Editorial Tecnos, 276 págs.**

La Constitución española ha puesto en marcha un proceso de descentralización que alcanza tanto a las nacionalidades y regiones como a las colectividades locales, reconociendo a unas y otras, aunque en grado e intensidad diferentes, el derecho a gobernar por sí mismas sus propios asuntos. El autor explica el significado de este proceso en una serie de trabajos que, publicados a lo largo de los cuatro últimos años, se recogen en el presente volumen.

El capítulo primero se refiere a las Comunidades autónomas; el capítulo segundo a la Constitución y las Comunidades autónomas; el capítulo tercero al dictamen sobre el Proyecto de ley orgánica de armonización del proceso autonómico; el capítulo cuarto a la Loapa: un camino equivocado; el capítulo quinto al porvenir de las autonomías; el capítulo sexto a los territorios históricos vascos: poderes normativos y conflictos de competencias, y, finalmente, el capítulo séptimo al gobierno municipal y el estado autonómico.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

**MATERNINI ZOTTA, María Fausta:** «L'ente comunitario ebraico. La legislazione negli ultimi due secoli». Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1983. 484 páginas.

La obra se inicia con la exposición de dos temas generales: el fenómeno histórico de la diáspora del pueblo judío tras la desintegración del Estado de Palestina, y el sistema jurídico que ese pueblo llevó consigo hasta los más remotos rincones del mundo —recogido, sucesivamente, en la *Torah*, el *Misnah*, el *Gemarah* y el *Talmud*—. Pero de esa visión panorámica de la comunidad hebrea pasa inmediatamente la autora a analizar pormenorizadamente la comunidad de Trieste, uno de tantos *ghettos* que trataron de convivir con una sociedad de raza, religión y cultura diferente. La voluntad de convivencia, y la simultánea voluntad de autonomía, hacen de las comunidades hebreas uno de los fenómenos sociológicos y jurídicos del máximo interés. Desde el campo jurídico han sido muchos los autores italianos y alemanes que se han acercado a él, centrandó su estudio en comunidades concretas: Bohemia, Moravia, Viena, Venecia, Ancona...

La comunidad de Trieste tiene hoy una especial importancia, derivada de su ininterrumpido esplendor durante los siglos XVIII y XIX. La concurrencia de diversos factores económicos y políticos explican el auge histórico e, indirectamente, su significado actual. En el ámbito jurídico, esa relevancia se manifiesta en diversos privilegios reales y en el reconocimiento estatal de la autonomía normativa de la comunidad (fruto de la cual son los catorce estatutos que la han regido desde 1771 hasta nuestros días).

El R. D. de 30 de octubre de 1930 contiene la primera regulación general de las comunidades hebreas. Se las define como persona moral que provee a la satisfacción de las necesidades religiosas de los israelitas según las leyes y tradiciones hebreas, y se les dota de un estatuto completo, que abarca, entre otros aspectos, la constitución y reconocimiento de la comunidad, la pertenencia obligatoria a ella de todos los hebreos residentes en el ámbito territorial que se les asigna, la forma de que los individuos se separen de ella y la consiguiente pérdida de los derechos reconocidos en el Real Decreto, los órganos de la comunidad —el Consejo, la Junta y el Presidente—, la administración patrimonial de los bienes, el nombramiento de Rabinos —sujeto entonces a la aprobación del Ministerio de Justicia y hoy a la del Interior— y, por último, impone la constitución de la *Unión de comunidades*, institución destinada a tutelar los intereses generales de los israelitas residentes en el reino de Italia.

La situación jurídica de los hebreos sufre un grave revés con la llegada del fascismo. Diversos textos doctrinales preparan la discriminación legal: son el *Manifiesto del racismo italiano*, del año 1938, y la *Carta de la raza*, del mismo año. Las normas basadas en esas premisas ideológicas acuden inmediatamente a confiscar los bienes de los hebreos y a privarles de diversos derechos fundamentales, como la educación, la herencia y el apellido italiano que viniesen usando. Además, el R. D. de 15 de noviembre de 1938 determina, con extraordinaria amplitud, quiénes deben ser considerados hebreos a los efectos de la normativa racista.

Con la Constitución italiana de 1947 se inicia una nueva etapa en el tratamiento jurídico del semitismo. Se reconoce a los hebreos el derecho a organizarse según sus propios estatutos, en cuanto no se opongan al ordenamiento jurídico italiano, y se derogan las normas discriminatorias del régimen anterior. No se restablece, sin embargo, la vigencia del R. D. de 1930.

En las casi trescientas páginas de apéndices, la profesora Maternini recopila los sucesivos reglamentos internos de la comunidad de Trieste y los diversos privilegios concedidos por los Habsburgo a las comunidades hebreas radicadas en su territorio. En síntesis, se trata de una obra exhaustivamente documentada, en la que el lector agradece las frecuentes generalizaciones del tema, que suponen agudas exposiciones sobre la sociedad italiana en la época ilustrada, los movimientos religiosos en el liberalismo, el régimen fascista y la normativa constitucional vigente.

Antonio PAU PEDRÓN

**PEREZ ROYO, Javier:** «Las fuentes del Derecho», Madrid, 1984, Editorial Tecnos, 178 págs.

De forma clara y ordenada se aborda en esta obra una de las cuestiones claves de la teoría general del Derecho. Sin embargo hay que destacar que tan sólo se hace referencia, por razones de espacio, según señala el autor, a las fuentes del Derecho como expresión general de las diferentes categorías a través de las cuales se exteriorizan las normas jurídicas según lo previsto en la Constitución.

El primer capítulo está dedicado al estudio de la Constitución como fuente del Derecho. Es el punto de partida obligado y su selección no plantea ningún tipo de problemas, así como tampoco la inclusión, junto a la Constitución, de las Leyes de reforma constitucional. Sí lo plantea, sin embargo, la inclusión en este capítulo de las sentencias del Tribunal Constitucional en el sistema de fuentes. Según el autor su inclusión en este capítulo primero se justifica por el nuevo concepto de Constitución que se impone en nuestro ordenamiento con la española de 1978, pues está indisolublemente unido al sistema de garantías en ella diseñado y de manera muy especial a la Justicia Constitucional.

El capítulo segundo trata de la Ley Orgánica. No sólo por una cuestión de jerarquía sino sobre todo por el siguiente doble motivo: 1.º, porque es una categoría nueva que modifica sensiblemente el concepto tradicional de ley; y 2.º, porque le ha sido asignada una función tan importante en nuestro sistema por el constituyente, que su estudio como un «tipo» especial de la ley no parece lógico.

El capítulo tercero está dedicado al estudio de las que el autor denomina fuentes tradicionales: la ley, los actos con fuerza de ley: Decretos legislativos y Decretos-leyes, y el reglamento.

El cuarto y último capítulo trata del Estado de las Autonomías y el sistema de fuentes, en el que se analizan no sólo los Estatutos de Autonomía

y las leyes de las Comunidades Autónomas, sino también la incidencia que la distribución territorial del poder tiene sobre las fuentes de procedencia estatal en sentido estricto y los tipos de leyes excepcionales que pueden incidir en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Hay que destacar que no se analizan en esta obra otras fuentes del Derecho, como la costumbre o los principios generales del Derecho, ni se plantea el problema del valor de la jurisprudencia en cuanto posible fuente del Derecho, por ser fuentes que no están reconocidas expresamente, según dice el autor, en la Constitución, sino en el Título Preliminar del Código civil.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

**PUIG BRUTAU, José: «Diccionario de acciones en Derecho civil español».**

**Barcelona, 1984. Bosch, Casa Editorial, S. A. Un volumen de XXIII + 346 páginas.**

Los grandes jurisconsultos, como Puig Brutau, despliegan su actividad docente, asesora, letrada y, sobre todo teórica, especialmente con una fina maestría, como la que caracteriza a este autor para el ámbito del Derecho civil. Además su cuna mediterránea le proporciona el sentido realista de la dimensión individualizada de los derechos e intereses de las personas, de sus conflictos, así como los medios jurídicos de defenderlos. Ahora, respondiendo a una tradición profesional y de asistencia a la práctica jurídica, nos presenta, en la modalidad de un «Diccionario», el conjunto de acciones que en el ámbito civil están a disposición de las partes ante situaciones litigiosas, para la defensa de sus derechos subjetivos; se trata, pues, de la modalidad procesal necesaria para ejercitarlos en juicio. Ahora bien, el interés de lo expuesto no se limita exclusivamente al campo del procedimiento, sino que también lo tiene en mayor medida para el Derecho sustantivo. De aquí, para cada acción, se expongan los preceptos del Derecho positivo en donde se fundamenta su caracterización y ejercicio, el análisis doctrinal que la hace más distinguible en sus posibilidades, las interpretaciones jurisprudenciales o fallos habidos con anterioridad y que facilitan el alcance a la doctrina legal de nuestro Tribunal Supremo.

Bajo ciento veinticinco títulos, por orden alfabético, se exponen el conjunto de acciones que pueden ser ejercidas en el ámbito del Derecho civil. Así, para la aceptación y repudiación de la herencia, la acción «ad exhibendum», la adquisición forzosa de finca rústica por el arrendatario, la adquisición preferente del arrendatario de finca rústica, la adquisición preferente del acreedor en la prenda sin desplazamiento, la anulación de contratos inicialmente válidos, la anulación de los actos de administración o disposición de bienes del matrimonio, la aparcería, la acción «aquae pluviae arcendae», la acción aquiliana, el arbitraje de Derecho privado, las acciones sobre arrendamientos de fincas rústicas y urbanas, en arrendamientos parciarios, en arrendamientos rústicos, en arrendamientos urbanos, para la calificación de la acción, para las cargas del matrimonio, la acción civil, la acción para

pedir el suplemento de legítima, las acciones en las compraventas, en el compromiso, en la comunidad de bienes, para la conciliación, en la condición suspensiva, la acción confesoria, la congruencia entre la sentencia y la acción ejercitada, la acción contradictoria del dominio inscrito, para el contrato de obra, para el contrato en favor de tercero, para los contratos fiduciarios, las acciones que generan culpa contractual y extracontractual, en la culpa «in eligendo» o «in vigilando», en la curatela, para la declarativa de propiedad y derechos reales, la acción de demolición, acciones de denuncia, denuncia de obra nueva y de obra ruinosas, acciones de depósito, derecho de adquisición preferente, acción de desahucio, desheredación, acción de deslinde, acción de devastación, acción directa, acción de división de la cosa común, divorcio, donaciones, acciones edilicias, acción de enriquecimiento injusto, evicción de la cosa vendida, fianza, fiducia, filiación, gananciales, gestión de negocios ajenos, acciones de los herederos forzosos herencia, acción hipotecaria, acciones imprescriptibles, incapacidad para suceder, incapacitación, indemnización de daños, interdictos, investigación de la paternidad y de la maternidad, acción de jactancia, legado de cosa específica y determinada, mandato, matrimonio, acciones mixtas, acción negatoria, acción noxal, nulidad, obligaciones a plazo, obligaciones declaradas por sentencia, obligaciones solidarias, pago de deudas de dinero, partición de herencia, acción Pauliana, pérdida de la cosa debida, acciones personales y reales, acción de petición de herencia, acciones posesorias, prácticas restrictivas de la competencia, prenda, prenda sin desplazamiento, prescripción, préstamo, preterición, prodigalidad, propiedad horizontal, protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, acción publiciana, acciones reales procedentes de derechos inscritos, reconocimiento de un hijo en testamento, recuperación del cultivo de la finca por el arrendador, reembolso a favor de fondos matrimoniales comunes, reembolso del fiador contra el deudor, reembolso o reintegro entre bienes privativos y gananciales, acciones de reembolso, régimen económico matrimonial, acción de regreso en la solidaridad pasiva, reintegro entre cofiadores, acción reivindicatoria, acción de repetición, acción rescisoria, acción resolutoria, responsabilidad civil contractual y extracontractual, responsabilidad solidaria, retracto convencional como causa de resolución de la compraventa, retracto legal, revocación de donaciones, acciones revocatorias, acciones de saneamiento, seguro, separación de bienes entre los cónyuges, simulación de contratos, acción subrogatoria, tanteo y retracto, tutela.

Este magnífico diccionario pone en mano de los profesionales, como del jurista en general, un instrumento de trabajo, de orientación y guía tan necesario en sus precisiones institucionales como práctico para el encauzamiento de las pretensiones a la hora de actuar.

JOSÉ BONET CORREA

**RIBAS ALGUERO, Inmaculada: «La vecindad civil: problemática en torno a su régimen jurídico y a su prueba». Barcelona, 1984. Bosch, Casa Editorial, S. A. Un volumen de IX + 290 págs.**

A partir de la Constitución Española de 1978, se concede el derecho a la autonomía (art. 2) de las «Comunidades Autónomas» (art. 3) y, concretamente

en cuanto a su legislación civil, «la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» (art. 149, núm. 8). Además, con el reconocimiento del principio de plena igualdad jurídica del hombre y de la mujer (art. 32,1), de los hijos (art. 39,2), las reformas del régimen matrimonial y de la nacionalidad española van a incidir muy directamente sobre el régimen jurídico del estado de las personas por su vecindad civil.

«La «vecindad civil», «ciudadanía» o «ciudadanía foral», la «regionalidad» y hasta la nacionalidad» (art. 2 de la Constitución) (1) son los términos usados para designar la vinculación de una persona al ordenamiento civil concreto de una de las Comunidades Autónomas españolas; tal pluralidad de denominaciones no son más que el reflejo del conflictivo y polémico problema social y político que histórica y actualmente han mantenido los que fueron antiguos reinos de la Reconquista. La «vecindad civil, es la reconocida por el ordenamiento civil vigente (arts. 14 y 15 del C. c.) y la «vecindad administrativa» por la Ley de Régimen Local (art. 44), donde se concreta que son «vecinos los españoles mayores de edad o emancipados que residan habitualmente en un término y estén inscritos en el padrón municipal»; por estas dos vías normativas se adquiere un estatuto personal correspondiente a una Comunidad Autónoma.

La obra de la doctora Ribas Algueró es un magnífico exponente del planteamiento que suscita el estudio del tema de la vecindad desde sus aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales y, con minucioso detalle aborda en seis amplios capítulos sus cuestiones fundamentales y las más concretas. El primer capítulo está dedicado a la delimitación conceptual; dividido en tres apartados, uno, sobre cuestiones terminológicas, otro, sobre la delimitación del concepto de vecindad civil por su función y por sus atributos y, el tercero, la delimitación del concepto de vecindad civil por su ámbito de aplicación, en concreto, la vecindad civil y la vecindad administrativa. El capítulo segundo aborda la vecindad civil y el matrimonio, delimitándose cuatro aspectos fundamentales: la repercusión del principio de unidad familiar en la vecindad civil de la mujer casada, la diversidad de criterios mantenidos por el Código civil en materia de nacionalidad y vecindad civil de la mujer casada, la Constitución de 1978 y el valor normativo de sus preceptos (arts. 14 y 32) y, por último, las consecuencias que comporta la derogación del párrafo 4.º del artículo 14 del Código, en lo que afecta a la vecindad de la mujer casada.

El capítulo tercero se refiere a la determinación de la vecindad civil originaria por sus dos modalidades; la determinación de la vecindad civil por nacimiento y la determinación de la vecindad civil por adquisición de la nacionalidad española. El capítulo cuarto trata el cambio de vecindad civil; dicho cambio se puede producir por dependencia familiar (patria potestad, filiación, adopción) y por cambio de la vecindad civil originaria en favor del «ius soli».

---

(1) La Circular de 26 de noviembre de 1980, de la D. G. R. N. restringe la expresión «nacionalidad» al carácter de español o extranjero de una persona, según se designa en el Registro Civil conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

El capítulo quinto concreta las declaraciones de voluntad que afectan al estado de vecindad civil, en particular las cuestiones acerca de su naturaleza jurídica (la distinción entre acto y negocio jurídico) y realiza un intento de aproximación de la teoría general del negocio jurídico a los actos declarativos de la voluntad referentes a la vecindad civil, para concluir exponiendo los presupuestos para la eficacia de las declaraciones de voluntad.

El capítulo sexto se dedica a la problemática en torno a la prueba de la vecindad civil, donde se concreta sobre el Registro y su eficacia probatoria, los hechos relativos a la vecindad civil que constan en el Registro Civil y los hechos ajenos al mismo, el valor probatorio de los asientos del Registro Civil causados por una Resolución recaída del expediente gubernativo en relación a la determinación de una vecindad civil, los medios de prueba de la vecindad civil extrarregistrales (art. 68 de la Ley de Registro Civil, la Ley 14 de la Compilación de Navarra y la problemática en torno al artículo 14, 5.º del Código civil), las actas de notoriedad y su valor probatorio en relación a la vecindad civil y, por último, las cuestiones acerca del criterio domiciliar como presunción de la vecindad civil.

Con una bibliografía muy exhaustiva, esta bien trabajada monografía, logra un estudio muy completo, sugerente y de aportación al tema de la vecindad civil.

JOSÉ BONET CORREA

**SALINAS QUIJADA, Francisco: «Las cuentas corrientes indistintas». Colección Iusahorro. Confederación Española de Cajas de Ahorros. Madrid, 1983. 290 páginas.**

Se inicia esta nueva colección de libros jurídicos, patrocinada por la Confederación española de Cajas de Ahorros, con una obra de Salinas Quijada, que alcanza ahora su tercera edición, aunque —como advierte el prologuista— tiene merecimiento de edición primera. Aparecida en 1976 como versión escrita de la ponencia oral presentada por el autor en la IV Convención Nacional de Asesores Jurídicos de las Cajas de Ahorros, y reeditada en 1977 con notables precisiones de Derecho comparado, vuelve a publicarse ahora con su contenido adecuado a las recientes reformas del Derecho civil.

El plan sistemático adoptado por el autor consiste en dividir la materia en dos partes sucesivas que exponen el género y la especie: el contrato de cuenta corriente bancaria en general y las cuentas a nombre colectivo en particular. El primer tema tiene bibliografía abundante; no ocurre lo mismo con el segundo: de ahí la utilidad de las citas de doctrina francesa e italiana que hace Francisco Salinas.

El estudio del contrato de cuenta corriente bancaria abarca los antecedentes históricos —Grecia y Roma clásicas, Italia medieval, Francia de la Ilustración—, su concepto, caracteres y naturaleza jurídica, además de sus clases y contenido. Tiene particular interés el examen —doctrinal, jurisprudencial y práctico— de la distinción entre cuenta corriente bancaria y cuenta corriente mercantil, distinción que se utiliza luego para exponer, con gran precisión, los efectos. También debe destacarse el estudio de la extinción, donde se distin-

gue entre causas voluntarias y cierre forzoso, y dentro de estas últimas, los supuestos de muerte, interdicción o inhabilitación de una de las partes, fusión de sociedad, y los de secuestro, embargo, quiebra y suspensión de pagos.

La cuenta corriente colectiva indistinta se puede definir —escribe el autor—, como *aquella cuenta abierta a nombre de dos o más personas, cada una de las cuales, por sí sola, sin intervención del o de los restantes titulares de la cuenta, puede ejercitar la totalidad de los derechos de ella dimanantes*. El fenómeno de la solidaridad es, por tanto, uno de los ejes de la figura; Salinas la estudia desde la perspectiva de las relaciones externas y desde la óptica de los vínculos internos. De gran utilidad práctica es el capítulo que dedica a la problemática que plantean las cuentas corrientes indistintas: situaciones de anormalidad (que uno de los titulares se oponga a que extraiga otro titular todo o parte de los fondos depositados en la cuenta; que, frente al pago realizado por el Banco, los otros cotitulares aleguen que la persona a la que se hubiera realizado el pago no participaba más que en una determinada porción), situaciones de embargo o quiebra de uno de los titulares, y situación determinada por la muerte; en este último apartado se estudian detenidamente la doctrina y práctica extranjeras, se exponen las opiniones de los mercantilistas españoles y se critica la solución adoptada por el artículo 27 de los Estatutos de las Cajas de Ahorros.

Un tema estrechamente relacionado con la materia fundamental de la obra, la imposición a plazo, se estudia en un breve capítulo, de enfoque predominantemente práctico. El autor niega tanto el carácter de depósito como el de préstamo que suele atribuírsele a esa figura, sosteniendo su configuración como contrato *sui generis*, aunque en la práctica bancaria se le llame depósito y sean numerosas sus analogías con este contrato. Aborda a continuación los problemas más frecuentemente planteados: fallecimiento de uno de los cotitulares antes del vencimiento de una imposición a plazo, cambio en la titularidad de una imposición con el consentimiento de todos los titulares, posibilidad de añadir nuevos titulares a los que ya figuraban en la imposición, imposición a plazo constituida a nombre de propietario y usufructuario y desaparición de este último...

Los últimos capítulos de la obra se dedican a formular conclusiones y a proponer una completa reglamentación de las cuentas indistintas, con vistas a una futura regulación oficial de las mismas. Quisiéramos destacar algunas de esas conclusiones, que revelan la prescripción ético-jurídica de su autor: protección al cliente respecto al Banco o Caja de Ahorros, permitiendo una efectiva tutela de sus intereses, procurando que el contrato de cuenta corriente deje de ser un contrato de adhesión... en el ámbito de la cuenta corriente colectiva sometida al régimen de solidaridad, no dejar en peor condición a uno de los cotitulares en beneficio del otro, mediante la aplicación de caute-las... conseguir una paridad distributiva en las relaciones externas e internas de las cuentas indistintas, de forma que, amparando a todos en sus legítimos intereses, se mantenga un permanente equilibrio de equidad...

Completan la obra, como apéndices, un extenso formulario —de contrato de cuenta corriente en sentido estricto, de apertura de cuenta corriente indistinta, de carta de responsabilidad para disposición solidaria, de declara-

ción para la cancelación de cuentas indistintas, y otros—, una completa recopilación bibliográfica y un exhaustivo índice analítico, que agiliza la consulta de una obra de tan gran interés práctico.

Antonio PAU PEDRÓN

**VINAS, Antonio: «Función del Tribunado de la Plebe: ¿Reforma Política o revolución social?». Madrid, 1983. Departamento de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid. Un volumen de 185 págs.**

Cada investigación institucional en el Derecho Romano nos aporta luz para entender nuestro acervo cultural jurídico europeo y consigue no sólo una finalidad didáctica, sino también una mejor comprensión de nuestro mundo actual.

La presente monografía es un sobresaliente esfuerzo llevado a cabo por un joven profesor romanista, fruto de su primer trabajo en las lides investigadoras que, sin duda, por sus dotes y gran preparación, demuestra los óptimos resultados que ya consigue y, sin duda, aumentará en el futuro.

Al tratar el complejo tema social de la estructura política del pueblo romano y, concretamente, de la función del Tribunado de la plebe, el autor realiza una tarea de clarificación no sólo de la realidad política entonces existente, sino también de la jurídica; su investigación pretende poner de relieve como el Tribunado más que un instrumento de revolución lo sería de reforma legislativa paulatina, desde el ámbito plebeyo, de las instituciones de la «república romana».

El estudio contiene cinco amplios y sólidos capítulos que precedidos de un prólogo muy esclarecedor por su maestro, el profesor Fuenteseca, continúa con una introducción, para finalizar con la concreción de sus conclusiones y los muy útiles índices bibliográficos y de fuentes.

El primer capítulo comienza con una exposición de la estructura comunitaria de la primitiva Roma (la comunidad plebeya, la patricia, la clientela, el dualismo comunitario y la organización religiosa). El capítulo segundo aborda los orígenes del Tribunado de la plebe y se plantea la cuestión fundamental: ¿órgano revolucionario o mero instrumento de cambio social? En el tercer capítulo, se trata la naturaleza y alcance del poder tribunicio (inviolabilidad, «*ius auxilii e intercessio*» y la «*summa coercendi potestas*»). En el cuarto, se hace el análisis de la relación entre los tribunos, los magistrados y el Senado, desde las leyes Licinia-Sextiae a los Gracos. El quinto capítulo profundiza sobre el reformismo político de los gracos (de Tiberio y de Cayo Graco), para concluir sobre la valoración constitucional de las reformas.

Hay que felicitar al joven investigador romanista por el rigor y la prudencia con que ha realizado su tarea en el esclarecimiento de este aspecto del Derecho romano tan importante para la actual comprensión de nuestra sociedad y cultura occidental.

JOSÉ BONET CORREA

# REVISTA DE REVISTAS

## II. REVISTAS EXTRANJERAS \*

A cargo de Antonio PAU PEDRON,  
Registrador de la Propiedad

### 1. Parte general y Derecho de la persona

**SACCO, Rodolfo:** «Codificare: modo superato di legiferare? RDDC, núm. 2 de 1983.

Se pregunta el autor si la codificación es un fenómeno de tiempos pasados o una técnica legislativa que conserva actualidad. La historia reciente parece pronunciarse por la utilidad de la técnica codificadora: desde 1946 se han promulgado cerca de cincuenta Códigos. La encuesta llevada a cabo en el último Congreso de Derecho comparado revela la opinión favorable de los juristas. Pero los obstáculos de la codificación son muchos, pudiendo tener lugar únicamente, según el autor, cuando se da alguna de estas circunstancias: una doctrina unitaria y prestigiosa, que elabore las bases conceptuales del Código; un poder político enérgico que la imponga; una jurisprudencia constante que sienta unos criterios firmes.

**REHBINDER, Manfred:** «Il senso del giusto». RDDC, núm. 1 de 1983.

Todo jurista debe tener presente el sentido de lo justo. Pero esta afirmación elemental que encabeza el artículo suscita inmediatamente numerosas preguntas: si el sentido de lo justo es innato o adquirido —tema de la celebrada polémica entre Ihering y Rümelin—, si el sentido de lo justo es una fuente del Derecho, si tiene un contenido emocional o racional...

**GIACOBBE, Giovanni:** «L'identità personale tra dottrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumento di tutela». RTDPC, núm. 3 de 1983.

Con mayor alcance del que pudiera deducirse del título, el presente artículo, extenso y fundado en un sólido aparato bibliográfico, constituye una valiosa monografía sobre los derechos de la personalidad —identidad personal, sexual y comercial, imagen, honor y reputación, intimidad—, que incluye

---

\* Se recensionan artículos aparecidos en las siguientes revistas italianas: «Rivista di Diritto Civile» (cit. RDDC), año 1983, y «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile» (cit. RTDPC), año 1983.

un análisis de los instrumentos procesales de tutela y de los criterios jurisprudenciales de evaluación de los daños patrimoniales y morales.

**L. PELLIZZI, Giovanni:** «*La ricorrente nostalgia della porta aperta*». RDDC, número 4 de 1983.

Estudio del principio de *puerta abierta* o libre adhesión en la cooperativa, centrado en los requisitos estatutarios para la admisión, y la contraposición entre aquel principio y el carácter cerrado —en mayor o menor medida— de las sociedades personalistas y capitalistas.

**2. Obligaciones y contratos**

**BENACCHIO, Antonio:** «*La nuova legge jugoslava sulle obbligazioni e contratti*». RDDC, núm. 1 de 1983.

La reciente codificación yugoslava del Derecho de obligaciones constituye la primera regulación general sobre la materia, al abarcar en su ámbito las seis repúblicas y las dos provincias autónomas. El presente estudio tiene un doble interés: analiza la estructura del Derecho positivo yugoslavo en general y expone en síntesis el contenido del nuevo *Zakon o Obligationim Odnosima*. Este texto está integrado por 1.109 artículos —lo que contrasta con la extensión media de los Códigos socialistas, que regulan todo el Derecho civil en 500 o 600 artículos—, y constituye una fusión de principios revolucionarios y principios germánicos tradicionales de extraordinario interés (téngase en cuenta que el ABGB austriaco estuvo vigente en diversas repúblicas yugoslavas); la precisa regulación de temas como el abuso de derecho o la responsabilidad objetiva reflejan la actualidad de la normativa de 1978.

**FRIGNANI, Aldo:** «*L'avant-progetto li legge uniforme sul factoring internazionale*». RDDC, núm. 1 de 1983.

El contrato de *factoring*, surgido en el Derecho norteamericano, ha sido objeto de diversas regulaciones en los países europeos y precisamente esa diversidad normativa ha dificultado el desarrollo de la figura en el ámbito internacional. El Instituto Internacional para la unificación del Derecho Privado se ha hecho eco de las numerosas voces que han reclamado una regulación supranacional del *factoring*, y elaborado un anteproyecto de regulación uniforme. La simplicidad de sus once artículos puede reducir la utilidad práctica de la norma, pero en todo caso el anteproyecto supone una unificación conceptual que puede servir de base a desarrollos normativos más detallados.

**PITTER, Pompeo:** «Know-how e contratto di know-how». RDDC, núm. 1 de 1983.

La complejidad del desarrollo tecnológico de nuestra época ha hecho que determinados conocimientos o experiencias personales encuadrados en ese ámbito puedan tener un valor económico y puedan ser susceptibles de tráfico jurídico. El autor distingue un **know-how** en sentido estricto, que consiste únicamente en conocimientos secretos, y un **know-how** en sentido amplio, que abarca también la mera capacidad o experiencia personal. A continuación estudia, con extensión y rigor, la posibilidad de configurar el **know-how** como un bien jurídico y de tutelarlos «erga omnes», el contrato de **know-how** y su distinción de las figuras afines: contrato de obra, de asistencia técnica, de **engineering**...

**CRISCUOLI, Giovanni:** «Fiducia e fiducie in diritto privato: Dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei». RDDC, núm. 2 de 1983.

Extenso ensayo sobre el negocio fiduciario —con exhaustiva incorporación de la abundante doctrina italiana—, que incluye una contraposición comparativa de las figuras italianas e inglesas —**trust, personal contracts**— y una interesante aproximación a la categoría de los contratos **uberrimae fidei**.

**BIANCA, Massimo:** «La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale». RDDC, núm. 3 de 1983.

La jurisprudencia no realiza una aplicación adecuada del principio de la buena fe. Ello es debido, según el autor, a la imprecisión en que aún se desenvuelve el concepto de buena fe, y en el contenido excesivamente genérico e impreciso que se le atribuye. De ahí que la última parte del estudio se destine a una tipificación casuística de comportamientos que concretan la exigencia de buena fe en la ejecución del contrato.

**TRIMARCHI, Pietro:** «Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito». RDDC, núm. 3 de 1983.

Frente a la tesis tradicional de negar la responsabilidad del tercero en la violación de un derecho de crédito, se va imponiendo en los últimos años el criterio contrario. En el presente artículo se analizan las diversas formas de lesión al crédito ajeno —celebración de un contrato incompatible, daños causados al deudor, daños causados en la cosa debida— y las responsabilidades que se derivan de las mismas.

**PONZANELLI, Giulio:** «I punitive damages nell'esperienza nordamericana». *RDDC*, núm. 4 de 1983.

Análisis de la figura norteamericana de los *punitive damages*, las circunstancias subjetivas y objetivas para su aplicación, la importancia adquirida en el ámbito de la *products liability* y la abusiva utilización de la figura en los últimos tiempos, que desnaturaliza sus rasgos originarios.

**COSTANZA, Maria:** «Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente di mala fede». *RDDC*, núm. 5 de 1983.

El artículo 2.644 del *Codice* atribuye la propiedad, en el caso de doble venta de un inmueble, al *primo trascrivente*. El autor analiza las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales: independientemente de la buena fe, la adquisición del que inscribe primero es inatacable; en caso de mala fe surge una obligación de resarcir al primer adquirente; por último —tesis minoritaria—, en caso de mala fe, la segunda adquisición, aun inscrita antes, no es válida: el segundo negocio traslativo sería nulo por adolecer de ilicitud en los motivos. Sobre el mismo tema puede verse también, en este mismo número de la *RDDC*: Massimiliano Danusso, *Responsabilità del secondo acquirente nella doppia vendita immobiliare*.

**FERRARINI, Guido:** «Il finanziamento delle operazioni di leasing nella prospettiva della nuova legge sui fondi comuni di investimento». *RDDC*, número 5 de 1983.

Examen de las nuevas técnicas de financiación de las operaciones de *leasing*, con especial atención a las experiencias extranjeras y a la reciente ley italiana sobre el mercado de valores, y aproximación a la compleja figura norteamericana del *leveraget leasing* y su posible aplicación en la práctica italiana.

**GRUNSKY, Wolfgang:** «La tutela delle locazioni ad uso abitativo del diritto tedesco». *RDDC*, núm. 5 de 1983.

Completo estudio de la legislación alemana de arrendamientos urbanos. Sobre el mismo tema, aunque referido a otros ordenamientos, puede verse en el mismo número de la *RDDC*: Martin Partington, *Diritti sull'abitazione o diritto all'abitazione? (Linee fondamentali dell'intervento pubblico nel rapporto locatore-conduttore in Gran Bretagna)* y Mary Ann Glendon, *Per un diritto alla casa nel sistema giuridico degli Stati Uniti (Regime delle locazioni e tendenze attuali dell'intervento pubblico)*.

**FURGIUELE, Giovanni:** «Destinazione oggettiva e contratto di locazione immobiliare». RTDPC, núm. 1 de 1983.

El destino del inmueble arrendado —vivienda o negocio— origina una fragmentación de la relación arrendaticia en dos especies distintas. El autor estudia el origen histórico y sistemático de la diferenciación y los efectos del cambio de destino por el arrendatario.

**Daniela MEMMO:** «Il contratto di vendita internazionale nel diritto uniforme». RTDPC, núm. 1 de 1983.

Estudio de los textos que contienen el Derecho uniforme sobre la venta internacional —el Convenio de La Haya de 1964 y el Convenio de Viena de 1980—, con especial consideración a los rasgos que determinan la internacionalidad de las ventas, el objeto de la venta internacional según el Derecho uniforme y la problemática contractual no contemplada por la citada regulación. Sobre el mismo tema puede verse en este número de la RTDPC: Giorgio Conetti, *Disciplina uniforme della compravendita internazionale*.

**MARANI, Giovanni:** «In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale». RTDPC, núm. 2 de 1983.

Estudio dirigido a deslindar los diferentes tipos de arbitraje y los distintos supuestos de intervención de terceros en la formación y ejecución de los contratos y en las operaciones de partición de una masa patrimonial.

**FRINCIGALLI, Annamaria:** «Crepuscolo della responsabilità medica nella Repubblica Federale di Germania». RDDC, núm. 4 de 1983.

Completa revisión de la abundante doctrina y jurisprudencia alemana sobre la responsabilidad médica, que en los últimos años ha llegado a constituir el objeto de una especial rama jurídica —el *Arzthaftungsrecht*—, pero que, carente de normativa propia, está aún encuadrada en la regulación general del BGB.

**PESCARA, Renato:** «Il problema dell' error iuris nei contratti». RDDC, número 6 de 1983.

Después de cuestionar la actualidad del tema, el autor distingue el error de derecho del error de hecho sobre los datos normativos y del error sobre los efectos legales del contrato. Recorre a continuación el itinerario de la doctrina, con especial detenimiento en los autores del pasado siglo y en las doctrinas francesa e italiana, centrándose por último en la interpretación del artículo 1.429 del vigente Código civil.

**TORREGROSSA, Giovanni:** «La capacità di diritto privato degli enti pubblici economici e la disciplina degli appalti pubblici». RDDC, núm. 1 de 1983.

Se somete a revisión crítica la doctrina tradicional que atribuye a las personas jurídicas privadas y a los entes públicos una capacidad general e ilimitada en el ámbito del Derecho privado, y se defiende frente a ella la tesis de la capacidad especial, delimitada por el objeto social o institucional.

### 3. Derechos reales.

**BURDESE, Alberto:** «Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali». RDDC, número 2 de 1983.

La polémica que viene desarrollándose últimamente en la doctrina italiana acerca número —abierto o cerrado— de los derechos reales se aviva con este **commento** del profesor Burdese, que oponiéndose a la tesis de Natucci —expuesta en su obra reciente *La tipicità dei diritti reali*—, niega que la tipicidad se funde en una necesidad lógico-jurídica y afirma que se trata de una simple imposición del Derecho positivo.

**PELOSI, Angelo Carlo:** «La multiproprietà tra comunione e proprietà temporanea». RDDC, núm. 3 de 1983.

Después de definir y perfilar los rasgos esenciales de las dos formas básicas de multipropiedad italiana —*immobiliare* y *azionaria*—, el autor centra su estudio en la naturaleza jurídica de la primera, configurándola como un derecho atípico, aunque con importantes conexiones con la propiedad temporal y la copropiedad.

**ALPA, Guido:** «Aspetti della multiproprietà nell'esperienza nord-americana recente». RDDC, núm. 1 de 1983.

Si la multipropiedad tiene un indudable interés por su novedad, su originalidad y su creciente arraigo social, la experiencia norteamericana de esta nueva figura jurídica tiene particular relevancia por dos razones: la extraordinaria difusión de la misma y la regulación desarrollada por diversos Estados en particular, y por la Unión en conjunto a través de la *Uniform Real Estate Act* de 1979.

**DE CUPIS, Adriano:** «Disciplina delle immissioni e tutela della salute». RTD-PC, núm. 1 de 1983.

Breve aproximación al concepto de la «normal tolerabilidad» que el artículo 844 del Código señala como límite a las emanaciones y perturbaciones

provinientes de fincas vecinas, en que el autor trata de conectar no sólo con la lesión de intereses patrimoniales, sino también —y fundamentalmente— con la tutela de la salud.

#### **4. Derecho de familia**

**UBALDI, Patrizia:** «La nuova legge sull'adozione». **RDDC**, núm. 3 de 1983.

La nueva ley sobre la adopción de 4 de mayo de 1983 se inspira en dos principios básicos: la adecuación de la normativa sobre esta materia a la reforma recientemente introducida en el Derecho de familia, y su adaptación a los criterios establecidos en el convenio de Estrasburgo sobre la adopción de menores. Las principales novedades de esta ley residen en el establecimiento de una única forma de adopción para los menores, la introducción de una normativa específica de la adopción internacional y la regulación del nuevo instituto del acogimiento familiar.



# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Antonio PAU PEDRON  
Registrador de la Propiedad

## II. RESOLUCIONES \*

### I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

#### MANDAMIENTO DE EMBARGO DIRIGIDO CONTRA UNA JUNTA DE COMPENSACION URBANISTICA.

*No procede practicar una anotación preventiva de embargo sobre varias fincas que aparecen inscritas a favor de diversas personas jurídicas, sin que conste en el Registro de la Propiedad su integración en la Junta de Compensación Urbanística, que es la que ha sido demandada en el correspondiente juicio ejecutivo. (Resolución de 12 de enero de 1984, «B. O. E.» de 23 de febrero).*

A) ANTECEDENTES DE HECHO: El Juez de Primera Instancia núm. 4 de Madrid expidió mandamiento dirigido contra la Junta de Compensación de la Unidad Urbanística I de Peñagrande, ordenando la práctica de anotación preventiva de embargo sobre cinco fincas descritas en aquél.

La anotación fue denegada por aparecer las fincas embargadas inscritas a favor de personas distintas de la Entidad demandada.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Necesidad de que las situaciones urbanísticas estén reflejadas en el Registro de la Propiedad.*—Una de las materias en que es precisa la máxima coordinación es aquella que hace referencia a la constancia en el Registro de la Propiedad de las variadas situaciones urbanísticas que pueden producirse a causa de la legislación especial de urbanismo, al objeto de que la función de publicidad propia de los libros registrales muestre a todos los interesados la verdadera situación jurídica en que se encuentran las fincas afectadas y que a la vez puedan conocer las consecuencias que se derivan de este tipo de actividad.

b) *La propia legislación urbanística exige ese reflejo registral.*—La Ley del Suelo exige en diversos preceptos la necesidad de reflejar estas situaciones (art. 101, 2.º y 3.º) y en lo relativo al sistema de compensación, su art. 129, así como el art. 168 del Reglamento de Gestión Urbanística establecen la afección de los terrenos al cumplimiento de las obligaciones inherentes a este sistema, e igualmente el art. 169 del mismo texto legal señala que a instancia de la propia Junta de Compensación se extienda nota al margen de las fincas afectadas, y de esta manera se logra la coordinación registral con la nueva situación producida.

c) *Finalidad y efectos de la nota marginal acreditativa de la integración de las fincas en la Junta de Compensación Urbanística.*—La extensión de la mencionada nota sirve para cumplir además con la exigencia del principio de tracto su-

---

(\*) Primer semestre del año 1984.

cesivo recogido en el art. 20 de la Ley Hipotecaria, en cuanto que al hacer constar en los folios de las fincas afectadas la transmisión fiduciaria de las facultades dispositivas de la Junta de Compensación, se concreta registralmente esta circunstancia así como las fincas sobre las que puede actuar la mencionada Junta, sin perjuicio de los demás efectos que a la mencionada nota atribuye el Reglamento de Gestión.

#### SERVIDUMBRE QUE AUTORIZA A EDIFICAR Y ADQUIRIR LA PROPIEDAD DE LO EDIFICADO.

*Puede tener acceso al Registro de la Propiedad el derecho que el titular de dos parcelas colindantes establece a favor de los futuros titulares de una de ellas, de que el garaje del edificio que se construya en esta última pueda expandirse a parte del subsuelo de la otra de las citadas parcelas, y teniendo en cuenta que el suelo cuya parte subterránea se invade no es edificable en altura según impone la concesión de la correspondiente licencia administrativa.* (Resolución de 14 de mayo de 1984, «B. O. E.» del 16 de julio).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Don Carlos D. L., en nombre y representación de la Compañía Mercantil «V.S.A.», realizó en escritura pública, entre otros actos, la segregación de una parcela, reservando en favor de «V.S.A.» y de los futuros titulares de la parcela G-2 «el derecho a realizar construcciones bajo el suelo de la parcela colindante, denominada G-1, formada por segregación, haciendo suyas o de los futuros titulares, las edificaciones resultantes...».

El Registrador negó la inscripción aduciendo, como defecto fundamental, que en la reserva del derecho no se hacían constar los requisitos establecidos en el número 2 del art. 16 del Reglamento Hipotecario, apartados a) y b), es decir, la cuota que le corresponda o las normas para su fijación, así como las normas del régimen de comunidad.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *No se trata de un derecho de subedificación.*—Teniendo en cuenta que el edificio que se ha de construir en una de las parcelas e invade el subsuelo de la otra, no tiene ninguna salida por la parcela invadida, falta el presupuesto de hecho contemplado en el art. 16, 2.º del Reglamento Hipotecario, que parte de suponer la construcción hacia arriba o hacia abajo de un edificio ya construido, por lo que, necesariamente se hace preciso en este último caso señalar las cuotas que correspondan a las nuevas plantas o el sistema para su determinación.

b) *Coexistencia de derechos sin condominio, y por tanto sin cuota.*—Aunque haya coexistencia de derechos sobre un bien común —la parcela— no se trata de una incidencia de derechos subjetivos de idéntica naturaleza, como sería el condominio del que nace la razón de ser de la cuota, sino que se trata de derechos de diferente contenido a cuya simple coexistencia no es connatural la noción de cuota.

c) *Descripción técnica del derecho constituido por vía de reserva.*—En el caso discutido se trata de un derecho subjetivo creado a favor de un tercero, de carácter real inmobiliario, perpetuo, sin contraprestación de canon y limitado, ya

que no agota el contenido del objeto sobre el que recae, ni las facultades o poderes jurídicos de su titular, que solamente debe soportar la reserva o gravamen que implican las facultades concedidas al tercero, figura muy similar a la reconocida en la Ley 428 de la Compilación de Navarra, y que tiene su acceso al Registro de la Propiedad.

d) *Autonomía de la voluntad en la configuración de los derechos reales.*—La posibilidad de «*numerus apertus*» es palpable en materia de servidumbres prediales, donde aparece claramente establecida en los arts. 536 y 594 del C. c., que autorizan la constitución de servidumbres siempre que no contravengan la ley ni el orden público, lo que no sucede en este caso, en el que la servidumbre constituida es una exigencia de las relaciones socio-urbanísticas que la realidad genera, y en la que razones de necesidad utilidad y servicio imponen el que un edificio expanda su garaje a parte del subterránea de un suelo colindante no edificable.

e) *Folio en que ha de inscribirse el derecho constituido.*—De acuerdo con el art. 13 de la Ley Hipotecaria, la establecida limitación habrá de hacerse constar, para que surta efectos contra tercero, en la inscripción de la parcela que soporta el gravamen impuesto, y además, como cualidad del predio dominante, tal como dispone el párrafo 2.º del mismo artículo.

#### ESCRITURA OTORGADA POR UN EMANCIPADO. PRUEBA DE LA EMANCIPACION.

*La escritura pública de emancipación no es suficiente prueba del cambio de estado civil que refleja, sino que debe ir acompañada de la justificación de haberse instado ya, antes de la presentación en el Registro de la Propiedad, la inscripción en el Registro Civil, lo cual, aparte de por otros medios, puede ser acreditado mediante la propia escritura, en la que se recoja la nota extendida en la matriz relativa al hecho de haber enviado el Notario por sí mismo al Registro Civil el testimonio o copia bastante para la inscripción en este último Registro.* (Resolución de 14 de mayo de 1984, «B. O. E.» de 16 de julio).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Don Jesús L. G. emancipó en escritura pública a su hijo de diecisiete años de edad, quien aceptó la emancipación; por escritura otorgada a continuación, el mismo día y ante el mismo Notario, el emancipado junto con sus padres, casados en régimen de separación de bienes, compraron por terceras parte indivisas un local de negocio.

El Registrador suspendió la inscripción por *no acreditarse en la forma exigida por las disposiciones legales la adecuada capacidad del emancipado adquirente.*

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Efectos de la emancipación no inscrita.*—La falta de inscripción en el Registro Civil no impide la eficacia de la emancipación no inscrita y de los actos consiguientes, tanto entre partes como respecto de terceros, si bien esta eficacia general de la emancipación, aún no inscrita, debe excepcionarse, de acuerdo con lo que dispone el art. 318 del C. c., para dejar a salvo de perjuicio a los terceros de buena fe que puedan adquirir algún derecho en virtud de actos realizados no por el emancipado, sino por quien, sin la emancipación, tendría su representación legal.

b) *Ambito del art. 318 del C. c.*—Es necesario referir el precepto del art. 318 del C. c., al ámbito que, según su *ratio*, le es propio: es decir, la de la inoponibilidad del hecho inscribible no inscrito a fin de mantener la validez del acto mismo del que el tercero derive sus derechos; y, en cambio, es necesario no extender, más allá, el amparo que aquel precepto otorga al tercero hasta el punto de estimar incluso que, además, en la colisión producida entre los derechos adquiridos por aquel tercero protegido y los adquiridos por otros en virtud de actos realizados regularmente por el emancipado mismo con arreglo a las normas que rigen su nuevo estado civil, siempre hubiera de vencer el tercero que ignoraba la emancipación y de tal modo que, en beneficio de éste, el acto realizado directamente por el emancipado hubiera de considerarse un acto viciado.

c) *Colisión entre los actos realizados directamente por el emancipado y los realizados por el representante legal.*—Siendo tanto los actos realizados directamente por el emancipado y los realizados por el representante legal suficientes para la adquisición legítima de los derechos —los primeros por su concordancia con las normas ordinarias y los segundos por una disposición excepcional protectora de terceros—, la posible colisión de los derechos debe resolverse no ya por las normas que rigen la publicidad de la capacidad o de la consiguiente potestad sustitutoria de gestión —que ya ha tenido su efecto en el ámbito que le es propio—, sino por las reglas ordinarias que resuelven la colisión de los derechos, según la respectiva naturaleza real o personal de los mismos y con aplicación, en su caso, de las normas que rigen la publicidad ya no del estado civil, sino de los derechos mismos en los distintos Registros de bienes.

d) *Prueba del cambio de estado civil originado por la emancipación.*—Conforme al art. 2 de la vigente Ley del Registro Civil, éste constituye la prueba de los hechos inscritos y si bien en los casos como el presente de falta de inscripción se admitirán otros medios de prueba —concretamente aquí la propia escritura pública de emancipación, que es por sí prueba indudable de la misma—, para su admisión es requisito formal indispensable que «previa o simultáneamente se haya instado la inscripción omitida...».

e) *El defecto, que sólo afecta a uno de los compradores, no impide la inscripción a favor de los demás.*—A pesar del carácter unitario que tiene la venta en este caso, el defecto señalado, que afecta sólo a uno de los compradores y es de fácil subsanación, no debe impedir la inscripción de las adquisiciones proindiviso de los otros dos compradores, si así se hubiese solicitado.

## II. REGISTRO MERCANTIL

### CONSTITUCION DE SOCIEDAD ANONIMA. DENOMINACION SOCIAL.

*Una sociedad cuyo objeto no incluye una actividad bancaria no puede utilizar la denominación de «Banco», y por analogía, la de su exacta, homófona y extendida versión inglesa «Bank».* (Resolución de 12 de enero de 1984, «B. O. E.» de 23 de febrero).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Constituida en escritura pública la compañía mercantil anónima «Inverbank, S. A.», y presentada copia de aquélla en el Registro Mercantil, se suspendió su inscripción *porque la denominación de Banco no puede ser usada sin la previa autorización e inscripción administrativa.*

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: *La denominación bancaria está reservada a las personas que se dedican a tal actividad y han obtenido la correspondiente autorización e inscripción administrativa.*—Legalmente no se puede utilizar una denominación bancaria por la persona natural o jurídica que no se dedique a tal actividad, ya que ello induciría a un confusionismo en orden a la actividad mercantil desplegada, y porque además de tal denominación está reservada legalmente, según los arts. 37 y 38 de la Ley de 31 de diciembre de 1946, a quienes con habitualidad y ánimo de lucro reciben del público fondos que aplican por cuenta propia a operaciones activas de crédito u otras inversiones, y hayan obtenido la autorización administrativa correspondiente así como la inscripción en el Registro de Bancos y Banqueros.

#### CONSTITUCION DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

1. Transmisión «mortis causa» de participaciones sociales: *No es válido el pacto sucesorio establecido en Estatutos sociales, en cuya virtud las participaciones del socio causante se transmitirán en su totalidad al cónyuge supérstite que conserve el carácter de socio, por contravenir los arts. 99 y 103 de la Compilación de Aragón.*

2. Sucesión en el cargo de Administrador: *No es válido el precepto estatutario que fija un orden de sucesión en el cargo de Administrador, por disminuir la soberanía de los socios, vulnerando los arts. 11, 12 y 14 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.*

3. Voto plural: *Es válido el pacto que atribuye un voto plural al Presidente de la Junta en las Sociedades de Responsabilidad Limitada.*

4. Causas de exclusión de un socio: *Sólo cabe establecer causas de exclusión de un socio que supongan un incumplimiento de sus deberes y obligaciones para con la Sociedad.* (Resolución de 13 de enero de 1984, «B. O. E.» de 29 de febrero).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Los cónyuges, de vecindad foral aragonesa, don Valentín T. L. y doña Francisca V. R. y los cónyuges, de igual vecindad, don Joaquín P. L. y doña Agustina L. L., constituyeron en escritura pública otorgada en Zaragoza una Sociedad de Responsabilidad Limitada, estableciendo, entre otras normas estatutarias, que en el caso de transmisión «mortis causa» entre consortes fundadores, las participaciones del socio causante se transmitirían en su totalidad al cónyuge supérstite que conservare el carácter de socio; que si el referido socio causante tuviere además el cargo de Administrador, el cónyuge sobreviviente gozaría del derecho de asumir tal condición; que el Administrador que hiciere las veces de Presidente gozará de voto de calidad en todos aquellos casos en los que se produjere empate; y, por último, que podrá acordarse la baja de un socio, y por consiguiente la resolución del contrato social respecto del mismo, en

los casos de embargo de su cuota social, y en los de incapacidad, incapacitación, quiebra, concurso o insolvencia.

El Registrador Mercantil denegó la inscripción de la referida escritura: 1.º, porque dado el carácter personalísimo de los pactos sucesorios no cabe establecerlos en una escritura de constitución de Sociedad Mercantil; infringiendo además la regla de sucesión establecida para el cargo de Administrador el art. 11 de la LSRL; 2.º porque el voto plural del Presidente infringe lo dispuesto en los arts. 14 y 17 de la LSRL; y 3.º, porque las causas de exclusión establecidas en la escritura infringen los arts. 10 y 31 de la LSRL y el art. 128 del Código de comercio.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Régimen de la transmisión «mortis causa» de participaciones sociales.*—En la transmisión de las participaciones sociales por causa de muerte, la Ley prevé la continuación de la Sociedad con el heredero o legatario del socio fallecido —art. 21, 1.ª— si bien previene en el segundo párrafo de ese artículo y siempre que así lo establezca la escritura social, la posibilidad de que continúe sólo con los socios sobrevivientes, al poder éstos o varios de ellos adquirir las participaciones sociales del fallecido en la forma establecida en el art. 20 para las transmisiones «inter vivos».

b) *Pacto de continuación de la sociedad entre los socios sobrevivientes, pero atribuyendo sólo a uno de ellos el derecho de adquisición de las participaciones del premuerto.*—En este caso concreto se ha pactado en la escritura fundacional la continuación de la Sociedad sólo entre los socios supervivientes, si bien con la particularidad de que no todos sino sólo uno de ellos —el cónyuge del socio difunto— puede adquirir tales participaciones (lo que supone una renuncia anticipada de su derecho a la adquisición por parte de los restantes) y en el que cabe que confluya además la condición de heredero o legatario del difunto.

c) *El pacto citado se admite en el Derecho extranjero.*—Tales tipos de pactos establecidos en el acto constitutivo se han ido abriendo camino en el Derecho comparado, e incluso en legislaciones como la francesa que prohibía los pactos sobre herencia futura fueron válidamente admitidos por la jurisprudencia antes de que la Ley de Reforma de Sociedades de 1966 los recogiera en su arts. 44, 1.º.

d) *El pacto citado es lícito al amparo del art. 1.255 del Código civil.*—No supone un obstáculo para la validez del pacto la renuncia anticipada hecha por los socios en la escritura social a una futura adquisición de determinadas participaciones sociales, dado el principio general de autonomía de la voluntad sancionado en el art. 1.255 del Código civil, del que es una muestra el párrafo 2.º del art. 21 de la LSRL.

e) *Configuración válida del pacto.*—Hay que estimar, conforme a lo autorizado en el art. 21, 2.º de la LSRL, el pacto que atribuya a uno sólo de los socios ejercitar, dentro del plazo que se determine, el derecho a adquirir las participaciones sociales de otro socio —su esposo difunto— mediante el pago de su valor real si se adjudicaron en la partición dichas participaciones a persona distinta del cónyuge viudo, y sin que como es natural tenga que cumplirse tal prevención cuando directamente se hayan adjudicado por todos los interesados en la partición dichas participaciones sociales al propio socio viudo del difunto.

f) *En el presente supuesto se trata, además, de un pacto sucesorio, que incluido en unos Estatutos sociales, contraviene los arts. 99 y 103 de la Compilación de Aragón.*—El carácter de aforados aragoneses de todos los comparecientes obliga a tener en cuenta las normas que sobre los pactos sucesorios contiene la Compilación de Aragón, y fundamentalmente sus arts. 99 y 103, por lo que al haber convenido los cónyuges un pacto sobre su propia sucesión fuera de los capítulos matrimoniales contravienen el primero de los artículos citados, y de otra parte al estar integrado el mencionado pacto dentro de los Estatutos sociales, su modificación o revocación podría realizarse por acuerdo favorable de los socios obtenida la mayoría prevista en el art. 17 de la Ley, frente a la norma del art. 109 de la Compilación que exige para esta modificación o revocación un nuevo pacto sucesorio en la forma que este artículo indica.

g) *La regla de sucesión en el cargo de Administrador atenta contra la soberanía de los socios.*—La prevención establecida en los Estatutos de designar como Administrador de la Sociedad al cónyuge sobreviviente si en ese momento ostentaba ese carácter el esposo difunto, al prefijar un orden de suceder en el cargo, contradice y disminuye la soberanía de los socios o de la Junta en su caso, respecto a nombramiento y separación de Administradores, tal como establecen los arts. 11, 12 y 14 de la Ley.

h) *Distinto carácter del voto de calidad del Presidente de la Junta en las Sociedades Anónimas y en las Sociedades de Responsabilidad Limitada.*—La concesión de un voto de calidad al Presidente de una Junta de socios en caso de empate en la votación realizada, no fue admitida tratándose de una Sociedad Anónima por las Resoluciones de 16 y 17 de julio de 1956, negativa que se justificaba en que tal admisión supondría el otorgamiento de un voto plural a los socios, pero tal doctrina ha de examinarse con más detenimiento si se quiere trasladar a una Sociedad que como la de Responsabilidad Limitada presenta un cierto aspecto personalista junto al típico capitalista propio de la Sociedad Anónima.

i) *Argumentos en favor de la licitud del voto de calidad del Presidente en las Sociedades de Responsabilidad Limitada.*—La declaración de la Exposición de Motivos al indicar que los fundadores tienen amplia libertad para la formación de las mayorías, unido al carácter no puramente capitalista de esta sociedad, y a que no se establece de forma expresa una prohibición de voto plural como sucede en el art. 38 de la LSA, y a que se encuentra más difuminada que en esta última la distinción entre órgano administrativo y deliberante, por ser en general una Sociedad familiar integrada por un corto número de socios, todo ello autoriza a entender válido y susceptible de inscripción el precepto estatutario en que se confiere un voto de calidad a quien hace las veces de Presidente.

j) *Voto de calidad en las Sociedades de dos socios.*—En el caso singular que puede plantear la Sociedad de únicamente dos socios con participaciones iguales, la concesión de tal facultad al que hace las veces de Presidente supondría dejar al otro socio siempre a merced de las decisiones del primero, cuestión esta que fue resuelta por las Resoluciones de 20 de julio de 1957 y 20 de junio de 1963.

k) *Libertad de pacto —limitada— en la configuración de causas de exclusión de un socio.*—Teniendo en cuenta el carácter sancionador que toda exclusión de socio lleva consigo, aun cuando los supuestos previstos en el art. 31 de la LSRL

no constituyan un «*numerus clausus*», y quepa pactar otros nuevos no comprendidos en su texto, siempre habrán de tener la limitación de circunscribirse a conductas del excluido que supongan un incumplimiento de sus deberes y obligaciones para con la Sociedad.

#### CONSTITUCION DE SOCIEDAD ANONIMA. DENOMINACION Y ANAGRAMA SOCIAL.

*No se ha vulnerado el artículo 102 apartado a) del Reglamento Mercantil al indicarse tras el nombre de la Sociedad y la sigla S. A., la abreviatura entre paréntesis de la mencionada denominación.* (Resolución de 25 de abril de 1984, «B. O. E.» de 16 de julio).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Constituida en escritura pública la Sociedad «Altos de Miraflores, S. A.» (ALMISA), y presentada copia de aquélla en el Registro Mercantil, se suspendió su inscripción por infringir la citada denominación el apartado a) del art. 102 del RRM.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: *El anagrama no altera la denominación social.*—El art. 102 a) no aparece infringido, ya que la denominación adoptada es exclusivamente la de «Altos de Miraflores», por lo que al colocarse inmediatamente después la sigla S. A. se ha dado cumplimiento al mandato reglamentario, y sin que la abreviatura entre paréntesis puesta a continuación venga a alterar la denominación precedente.

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: EFICACIA RETROACTIVA DE LA CONSTITUCION

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. ¿Derogación o inconstitucionalidad sobrevenida?: A) Doctrina. B) Jurisprudencia constitucional.—III. Eficacia retriactiva de la Constitución.—IV. Conclusión.

### I. PLANTEAMIENTO

El tema de la eficacia de la Constitución en el tiempo ha sido abordado por el Tribunal Constitucional en diversos fallos, cuya doctrina trataremos de analizar en la presente noticia jurisprudencial. El problema se planteó muy tempranamente (Sentencia 4/81, de 2 de febrero, «BOE» de 24 de febrero) y sigue planteándose (Sentencia 125/83, de 26 de diciembre, «BOE» de 14 de enero de 1984), por lo que no ha perdido actualidad.

En los casos que más tarde hemos de examinar, el Tribunal Constitucional tuvo que determinar si la Constitución era aplicable a actos o situaciones anteriores a ella. El Tribunal se sirve para ello de ciertos principios lógico-jurídicos (que en algunas sentencias se dan por sabidos), en los cuales trata de insertar el fallo con el resultado que veremos.

Esos principios pueden sintetizarse así: La Constitución es una norma, pero norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y ha de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico.

Esta naturaleza singular, afirma el Tribunal Constitucional (1), se traduce en una incidencia muy intensa sobre las normas anteriores, que han de ser valoradas desde la Constitución, partiendo del doble carácter de Ley Posterior y Ley Superior que la Constitución posee:

a) El carácter de *ley posterior* da lugar a la *derogación* de las leyes y disposiciones anteriores opuestas a la misma, de acuerdo con su disposición derogatoria tercera, donde se lee: «Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución».

b) La naturaleza de *ley superior* se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, y en la *inconstitucionalidad sobrevenida* de aquellas normas anteriores incompatibles con ella. Inconstitucionalidad sobrevenida que afecta a la validez de la norma y que produce efectos de significación retroactiva mucho más intensos que los derivados de la mera derogación.

---

(1) Sentencia 9/81, de 31 de marzo («BOE» 14 de abril).

## II. ¿DEROGACION O INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA?

A) *Doctrina.*

García de Enterría y T. R. Fernández exponen un criterio de distinción entre la derogación y la inconstitucionalidad sobrevenida (2): La derogación afecta a todas las normas reguladoras de aquellas materias en que la Constitución tiene una pretensión de aplicación directa e inmediata, esto es, derechos fundamentales y parte organizativa y habilitante de los poderes públicos constitucionales. En cambio, la inconstitucionalidad sobrevenida puede extenderse a la totalidad de la legislación anterior a la Constitución, en cuanto le sea reprochable una contradicción cualquiera con alguna de las normas o principios constitucionales.

Los citados autores establecen, además, un paralelismo entre este criterio de distinción, basado en la aplicación directa de la Constitución, y el grado de contradicción entre la Ley ordinaria y la Ley constitucional, que consideran más grave en el caso de la derogación y no tan evidente en el de la inconstitucionalidad sobrevenida (3).

La distinción, así planteada, tiene importancia práctica, puesto que la inaplicación de las leyes *derogadas* por la Constitución es obligada y correspondería a los Jueces y Tribunales ordinarios en virtud del principio general de interpretación «lex posterior derogat lex anterior». En cambio, cuando se enjuicie la *inconstitucionalidad sobrevenida* (normas constitucionales no directamente aplicables) sería el Tribunal el único competente para conocer y decidir, en su caso, a través de la cuestión de constitucionalidad planteada por el Juez ordinario.

F. Santaolalla (4) coincide sustancialmente con la doctrina expuesta, aunque, quizá por exceso de síntesis, llega a la poco admisible conclusión de que, o bien se trata de derogación —que puede ser declarada por el Juez ordinario—, o bien se trata de inconstitucionalidad sobrevenida (respecto de preceptos constitucionales que no sean de aplicación directa), en cuyo caso no le parece posible ni declarar la derogación ni entablar ante el Tribunal Constitucional un procedimiento por inconstitucionalidad sobrevenida (5).

(2) Curso de Derecho Administrativo I, 1980, pág. 110.

(3) No hay, a mi parecer, razón para establecer este paralelismo, pues incluso aquellas normas que sean de aplicación inmediata no pasan de constituir formulaciones principales con las que puede no estar en contradicción la disposición antigua, si responde a los mismos principios y, aunque no sea así, las consecuencias normativas de grado remoto, reflejadas en la regulación de detalles, pueden entrañar una contradicción poco o nada evidente con la Constitución. Por el contrario, pueden existir leyes cuya contradicción por meros principios programáticos de la Constitución sea evidente y grave.

(4) Comentarios a la Constitución, pág. 1797.

(5) Este último recurso sí es posible, como ha entendido el Tribunal Constitucional 11/81, de 8 de abril, «BOE» 25 de abril, relativo al Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, regulador del derecho a la huelga y otros extremos.

B) *Jurisprudencia Constitucional.*

El Tribunal Constitucional se propuso expresamente en la Sentencia 4/81, de 2 de febrero (cit.), distinguir los conceptos de derogación e inconstitucionalidad sobrevenida. Ciertamente no lo consiguió. Ni de éste ni de otros fallos resulta claramente cuándo nos hallamos en uno o en otro caso y, por consiguiente, cuándo los efectos retroactivos de la Constitución alcanzan esa particular intensidad a que, como antes hemos dicho, se refiere el Tribunal:

a) En el fundamento 1 c) de la Sentencia 4/81 se afirma que el Tribunal Constitucional es competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de las leyes preconstitucionales, declarando, si procede, su inconstitucionalidad sobrevenida y, en tal supuesto, la derogación operada por virtud de la disposición derogatoria». En el fallo de esta sentencia se declararon «inconstitucionales y nulos, y derogados por la Constitución» determinados artículos de la Ley de Régimen Local (Texto Articulado y Refundido aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955).

b) El fundamento 7 de la Sentencia 10/81, de 6 de abril («BOE» de 14 de abril), afirma que «toda ley preconstitucional que se oponga a la Constitución debe entenderse no solamente derogada, sino también inconstitucional y, en consecuencia, tal invalidez sobrevenida...».

c) La Sentencia 11/81, de 8 de abril («BOE» de 25 de abril), afirma en su fundamento segundo —oscureciendo más la distinción entre los dos conceptos— que la inconstitucionalidad de las normas anteriores a la Constitución es la premisa que conduce a las consecuencias, que pueden ser concurrentes, de la derogación y la nulidad.

Por tanto, el Tribunal Constitucional: a) No establece un criterio preciso para distinguir la derogación de la inconstitucionalidad sobrevenida, y b) A diferencia de la doctrina de los autores, tampoco llega a distinguir el fuero competencial. Únicamente afirma que, en cuanto a las leyes posconstitucionales, el Tribunal Constitucional ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución; pero en cuanto a las preconstitucionales (únicas de las que aquí tratamos), los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas, si entienden que han quedado derogados por la Constitución o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de constitucionalidad (así, entre otras, Sentencia 11/81, cit.) (6).

De esta manera, se deja al arbitrio del Juez ordinario el sometimiento o no de la cuestión al Tribunal Constitucional, ya se trate de posible derogación o de inconstitucionalidad sobrevenida. También desde ese punto de vista, el Tribunal difumina la distinción entre ambos conceptos.

---

(6) De acuerdo con el comentario que hacíamos en nota 3, el Tribunal constitucional no vincula la «duda» sobre la constitucionalidad de una Ley al hecho de que ésta regule materias en las que la Constitución no sea de aplicación directa. Tanto si es de aplicación directa como si no, puede haber duda razonable sobre la constitucionalidad.

### III. EFICACIA RETROACTIVA DE LA CONSTITUCION

El Tribunal Constitucional ha declarado (7) que «la eficacia retroactiva de la Constitución es distinta en el caso de derogación y en el de inconstitucionalidad sobrevenida de normas anteriores que se opongan o sean contrarias a ella»; lo cual resulta paradójico, habida cuenta que no distingue con precisión los dos conceptos en ninguna de sus sentencias.

Según la Sentencia 10/81, la Constitución puede aplicarse retroactivamente —con mayor alcance en caso de inconstitucionalidad sobrevenida— a situaciones surgidas con anterioridad que produzcan efectos antes del comienzo de la vigencia de la Norma Fundamental.

Como existe la incertidumbre de cuándo el Tribunal considerará que existe derogación o por el contrario inconstitucionalidad sobrevenida, no puede determinarse «a priori» qué eficacia retroactiva se dará a la Constitución respecto a la situación nacida antes de la entrada en vigor de aquélla. Por ello, lo más interesante es el casuístico estudio de algunos de los fallos que han ido conformando la jurisprudencia sobre el tema.

A) *Sentencia 17/81, de 1 de junio («BOE» de 16 de junio)*: Recayó en la cuestión de constitucionalidad promovida sobre el artículo 252, 2.º y 3.º de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, en relación con el artículo 39, 2.º de la Constitución (8).

La cuestión se planteó en un juicio de mayor cuantía entablado para negar derechos sucesorios a una heredera y a un legatario, por haber mantenido relaciones adulterinas con el testador la primera y ser hijo ilegítimo no natural el segundo. Son éstos, demandados en el procedimiento, los que instan del Juzgado el planteamiento de la cuestión. Los demandantes se oponen a esta pretensión alegando que el testador había muerto en 1975 y que la sucesión debe regirse por la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento (art. 9, 8.º, del Código civil).

El Abogado del Estado también se planteó el problema de la eficacia temporal de la Constitución: Considera que la Norma Fundamental no puede aplicarse a situaciones como la presente, por cuanto es el momento de fallecimiento del causante el que ha de considerarse para apreciar la capacidad sucesoria de los instituidos (art. 758 Código civil). Y afirma que, si se declara

(7) Sentencia 9/81 y, más concretamente, sentencia 10/81, citadas.

(8) Estos preceptos dicen: artículo 252, párrafo 2.º: «la persona culpable de trato sacrilego adulterino o incestuoso con el causante en todos los grados de la línea recta de consanguinidad o afinidad, o hasta el segundo grado cibil de la colateral por consanguinidad» tendrán incapacitada relativa total para suceder. Art. 252, párrafo 3.º: también tendrán incapacitada relativa total para suceder «los hijos nacidos de las uniones a que se refiere el número anterior, y los padres en la sucesión de estos hijos; pero la incapacidad de los hijos no se extenderá a los nietos ni la de los padres a los abuelos. Los padres podrán, no obstante, atribuir a dichos hijos un legado de alimentos en sustitución del derecho que les concede el párrafo del artículo 127». Este régimen no se encuentra ya en vigor, tras la reforma de la Compilación catalana operada por la Ley de la Generalidad de 20 de marzo de 1984.

rase la inconstitucionalidad del artículo 252 de la Compilación catalana, se trataría en todo caso, de una inconstitucionalidad sobrevenida, pues la derogación opera sólo desde el momento de la entrada en vigor de la Constitución, sin modificar, por tanto, la situación anterior ni remover las incapacidades válidamente existentes; en cambio, la inconstitucionalidad opera «ex tunc» y retrotrae sus efectos a cualquier relación que sea objeto de un proceso no fenecido (9).

El Consejo Ejecutivo de la Generalidad y el Parlamento de Cataluña también se oponen a la declaración de inconstitucionalidad, por no ser relevante la norma cuestionada para la resolución del pleito principal, habida cuenta la fecha de fallecimiento del causante.

El Tribunal Constitucional acoge los argumentos de cuantos alegaron la no aplicabilidad de la Constitución con carácter retroactivo, lo que le lleva a decidir que no ha lugar a pronunciarse sobre la constitucionalidad del citado artículo, por no ser de aplicación la Constitución a fecha anterior a su entrada en vigor y por tanto, aun cuando se declarase la inconstitucionalidad, no dependería de ello el fallo del procedimiento principal, porque tal inconstitucionalidad sólo surtiría efectos en un momento muy posterior a aquel en que se creó la situación jurídica controvertida (10).

Es claro, afirma el Tribunal Constitucional, que los efectos que sobre la validez y la eficacia de las normas se derivan de su contradicción con la Constitución sólo surgen desde el momento en que se produce la contradicción misma, esto es, para las normas promulgadas con posterioridad a la Constitución, desde el momento de su entrada en vigor, y para las anteriores al Texto Constitucional, desde la fecha en que éste inició su vigencia.

En el presente caso, y de existir efectivamente la contradicción total o parcial entre el citado artículo 252 y la Constitución, la derogación total o parcial de aquella norma se habría producido el 29 de diciembre de 1978 y no podría tener repercusión alguna sobre los derechos y obligaciones nacidos con anterioridad a esa fecha, como son los que nacieron en el momento de la muerte (en 1975) del causante de la herencia (art. 657 del Código civil), fecha a la que hay que referir también la calificación de capacidad de los herederos y legatarios (art. 758 del Código civil).

Según el Tribunal Constitucional, en la medida en que el fallo del Juez haya de basarse precisamente en la existencia o inexistencia de capacidad sucesoria de los designados en el testamento, ese fallo no depende en modo alguno del pronunciamiento que el Tribunal pudiera hacer sobre los efectos derogatorios que hayan de atribuirse a la probable contradicción entre la norma cuestionada y la Constitución.

---

(9) Como ya hemos dicho, el Tribunal Constitucional no acepta la distinción en estos términos, sino que la retroactividad en uno y otro caso es una cuestión de grado.

(10) Ya se verá adelante qué distinto criterio siguió el Tribunal Constitucional en la sentencia 10/82, de 20 de diciembre, resolviendo un caso de estructura muy análoga y cuestionando también un precepto civil de derecho de familia, el artículo 137 del Código Civil.

Tras excusar por esa causa el pronunciamiento, el Tribunal Constitucional hace la siguiente declaración: «Cosa muy distinta es la interpretación que, una vez promulgada la Constitución, haya de hacerse de una norma que, en razón de ser anterior a la Constitución, puede ser inaplicable por el propio Juez si la considera contraria a ella...».

El comentario que merece esta sentencia es favorable en cuanto a la justicia de la resolución, pero resulta menos convincente el examen metódico que hace de los requisitos de admisibilidad de la cuestión, porque lleva a predeterminar qué norma es aplicable al caso, lo cual es competencia del Juzgado. Quizá pueda encontrarse la justificación en el grado de retroactividad que los demandados pretendían, aunque luego veremos la Sentencia 10/82, en la que el Tribunal aplicó la Constitución con un importante efecto retroactivo.

No parece lógica la declaración final remitiendo al Juez la posible interpretación derogatoria de una norma —ley— en «probable contradicción» con la Constitución, cuando ha sido el propio Tribunal el que ha declarado que dicha norma es aplicable al caso. Esta paradoja está llena de ambigüedad, produce perplejidad y causa la impresión de una «remisión del expediente».

B) *Sentencia 31/1982, de 3 de junio («BOE» de 28 de junio)*: Recaída en recurso de amparo, los hechos motivadores son, en síntesis, los siguientes: el recurrente había sido nombrado en 1923 funcionario por oposición del extinguido Cuerpo General de la Administración de la Hacienda Pública. En 1939 fue separado del servicio activo por aplicación de la «Ley de Responsabilidades Políticas» y dado de baja en el escalafón del cuerpo. En 1951 fue revisado su expediente de depuración y se readmitió al depurado al servicio activo del Estado, pero con las sanciones de inhabilitación para el desempeño de los puestos de mando y confianza y postergación por cinco años en el escalafón. En 1967 fue jubilado por edad.

Las sanciones sufridas supusieron para el recurrente pérdida de categoría administrativa y de haberes, respecto de los que en otro caso le hubieran correspondido. Los recursos administrativos y contencioso sobre reclamación de diferencias en haberes fueron desestimados. En amparo, el recurrente alegó la infracción del derecho de igualdad del artículo 14 de la Constitución.

El Tribunal considerando que la Constitución no había sido promulgada cuando se resolvió el asunto en vía administrativa ni cuando *se inició* la vía judicial (la Sentencia no aclara cuándo concluyó la vía judicial, pero se deduce claramente que fue tras la entrada en vigor de la Constitución), entiende que no es aplicable el art. 14 invocado.

La Sentencia interpreta la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (11), precisando que dicha norma está

---

(11) Que dispone: «1. Los plazos previstos en esta Ley para interponer el recurso de inconstitucionalidad o de amparo o promover un conflicto

prevista para actos posteriores a la vigencia de la Constitución que deriven de situaciones creadas con anterioridad y al amparo de leyes válidas en aquel momento, siempre que dichos actos se revelen contrarios a la Constitución. Como el recurrente sólo había planteado —tanto en los recursos previos como en el de amparo— la pretensión de que se le satisficieran los haberes dejados de percibir cuando estaba en activo, no la de que se revisase su pensión de jubilación, determinada en función de los emolumentos percibidos cuando estaba en situación de activo, el Tribunal deniega el amparo solicitado.

El fallo nos parece, en su conjunto, acertado, pero la interpretación que se hace de la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es poco esclarecedora, porque «acto posterior a la vigencia de la Constitución» es el del poder judicial que rechaza la pretensión del recurrente (12) y sin embargo no es aplicable aquélla. En realidad la razón es que los efectos de la situación cuya rectificación se solicita ya se han agotado (salvo en lo relativo a derechos pasivos, como dice el Tribunal); incluso se ha extinguido la situación misma en virtud de la jubilación y, además, el derecho a la percepción de los haberes ha prescrito conforme al artículo 46 de la Ley General Presupuestaria. El «derecho de igualdad» es en éste, como en otros casos, más que el derecho que se hace valer en el proceso, el *motivo* (a semejanza de los de casación o revisión) que abre la vía constitucional. Motivo que, claro está, no resucita los derechos fenecidos por el transcurso del tiempo.

C) *Sentencia 43/1982, de 6 de julio («BOE» de 4 de agosto)*: Los hechos que dan lugar al recurso de amparo en que recayó esta sentencia se remontan a 1959, año en que el recurrente pasó a la situación de retirado del Cuerpo de la Policía Armada por resolución de la Dirección General de Seguridad.

El interesado recurrió en su día contra el acto administrativo en solicitud de que se le reconociera que la edad para declarar su retiro era, no los 51 años que tenía, sino la de 58 años, en virtud de los preceptos que consideró de aplicación. El recurso fue desestimado en última instancia por el Tribunal Supremo en 1960.

El amparo, el recurrente alegó que la Sentencia del Tribunal Supremo constituye una violación del artículo 14 de la Constitución (derecho de igualdad), pues, afirma, el resto de los compañeros del recurrente fueron jubilados a los 58 años, lo que implica, respecto de él, una injusta discriminación. En consecuencia, solicita el reconocimiento de los derechos económicos inherentes a su retiro desde 1966, año en que cumplió los 58 años de edad.

---

constitucional comenzarán a contarse desde el día en que quede constituido el Tribunal..., cuando las leyes, disposiciones, resoluciones o actos que originen el recurso o conflicto fueran anteriores a aquella fecha y no hubieran agotado sus efectos».

(12) Así lo considerará el Tribunal en la sentencia 10/82, de 20 de diciembre.

Dejando a un lado los demás problemas en que entra la sentencia, el Tribunal Constitucional afirma que el «petitum» del recurrente...

«implica necesariamente la aplicación retroactiva de la Constitución Española de 1978, en concreto de su artículo 14. Ahora bien, sabido es que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario (art. 2, 3.º del Código civil) y que la Disposición final de nuestra Constitución estableció que ésta entraría en vigor el mismo día de la publicación de su texto oficial en el «Boletín Oficial del Estado», sin que ni en esta cláusula final, ni en ningún otro pasaje del texto constitucional exista precepto alguno que establezca su retroactividad... Es cierto, sin embargo, que el inciso final de la disposición transitoria 2.ª, 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (13) permite una débil eficacia retroactiva de la Constitución en relación con leyes... o actos *anteriores a ella* que no hubieran agotado sus efectos. Pero lo que aquí se nos solicita implica una retroactividad del tipo de la que la doctrina ha calificado como retroactividad en grado máximo... y una retroactividad de esta intensidad no tiene base en ningún precepto constitucional...»

En esta Sentencia puede apreciarse de nuevo la indefinición ya apuntada: Tras afirmar tajantemente que en ningún pasaje del texto constitucional existe precepto alguno que establezca su retroactividad, se dice que una retroactividad «de esta intensidad» no tiene base en ningún precepto constitucional. Y recordemos que en las Sentencias 9/81 y 10/81 el Tribunal parte precisamente de la posible retroactividad de la Constitución «distinta en el caso de derogación y en el de inconstitucionalidad sobrevenida».

En cuanto a la interpretación de la Disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, esta sentencia se contradice literalmente con la 31/82 examinada antes, pues mientras la 43/82 considera aplicable dicha disposición a «actos anteriores» a la Constitución, la sentencia 31/82 dice que está prevista para «actos posteriores a la vigencia de la Constitución». Aparte de esta contradicción, nos parece claro que la disposición comentada se refiere a un mero aspecto formal o adjetivo y está inspirada en la finalidad de evitar la caducidad de los derechos constitucionales por falta de funcionamiento del Tribunal. De ahí que al hablar la Ley de actos «anteriores a aquella fecha», esa fecha no pueda ser otra —así se dispone— que «el día en que quede constituido el Tribunal», nunca el día de entrada en vigor de la Constitución.

D) *Sentencia 67/1982, de 15 de noviembre («B.O.E.» de 10 de diciembre)*: Esta sentencia recayó en los autos de un recurso de amparo promovido por un nutrido grupo de funcionarios del extinguido Servicio del Mutualismo Laboral, por violación del principio de igualdad ante la Ley, reconocido en el artículo 14 de la Constitución.

El hecho que motiva el recurso es el pase forzoso a la situación de excedencia por matrimonio, que trajo consigo para las recurrentes, la baja en

---

(13) Citada en nota 11.

los Seguros sociales y en el Mutualismo laboral, conforme a las normas de personal entonces vigentes.

Aun cuando después de producirse la excedencia se promulgó la Ley 56/61 sobre igualdad de derechos civiles, políticos y de trabajo de la mujer, el Servicio del Mutualismo Laboral se negó a readmitir a las funcionarias basándose en la irretroactividad de la ley, criterio confirmado más tarde por el Tribunal Supremo.

El Estatuto de Personal del Mutualismo Laboral de 1970 permitió el reingreso de las recurrentes, una vez producido el cual, solicitaron que se les computase el tiempo d excedencia por matrimonio a efectos de antigüedad y derechos de Seguridad Social, en virtud de las normas reglamentarias que consideraron de aplicación. Desestimada su pretensión en vía gubernativa, la Magistratura de Trabajo la estimó en sentencia luego revocada por el Tribunal Central de Trabajo.

El Tribunal Constitucional, tras una larga exposición de hechos y fundamentos recoge la «ratio decidendi» en el fundamento 6, que trata, con bastante brevedad, de la aplicación de la Constitución en el tiempo, reiterando su conocida doctrina:

«Por lo que a la Constitución se refiere, es doctrina de este Tribunal que, por su significación para el establecimiento y fundamentación de un orden de convivencia política general y su carácter de norma suprema, la Constitución, si bien mira al futuro, ha de poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad y al amparo de leyes válidas en aquel momento, en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución, siempre que, naturalmente, dichas situaciones no hayan agotado sus efectos con anterioridad a la promulgación de la Constitución...» «... Ello implica, a la vez que una cierta modificación de efectos jurídicos del pasado en función de los nuevos principios, el límite que impone la irreversibilidad de este pasado en función de la seguridad jurídica».

El Tribunal termina por entender que, respuestas las recurrentes en sus derechos funcionariales ya con anterioridad a la Constitución, se ha «consolidado» una situación cuyos efectos lesivos «han de considerarse agotados»... y desestima el recurso.

En esta sentencia, el Tribunal insiste en la aplicación «retroactiva» de la Constitución sólo en cuanto a actos posteriores a su promulgación, no en cuanto a actos anteriores como declaró en cambio la sentecia 43/82.

La introducción del concepto jurídico indeterminado «seguridad jurídica», es oportuna, si bien, puesto que constituye una pieza clave en el razonamiento, debió dedicársele alguna somera explicación que aclarase por qué la estimación del recurso hubiera supuesto inseguridad jurídica. Tampoco aclara el Tribunal por qué «han de considerarse agotados» los efectos lesivos de la situación anterior; dichos efectos subsisten realmente y las recurrentes habían dedicado parte de sus razonamientos a justificar dicha

subsistencia y a resaltarla. El Tribunal debió ser más explícito en este punto.

E) *Sentencia 80/1982, de 20 de diciembre («BOE» de 15 de enero de 1983)*: Dictada en recurso de amparo promovido contra sentencias de la Audiencia Territorial de Sevilla y de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre reconocimiento de filiación extramatrimonial.

La recurrente en amparo alegaba ser hija natural de cierto Ticio, fallecido en 1972, en cuya herencia afirmaba astentar los derechos correspondientes a su condición. La Sentencia de primera instancia, dictada en marzo de 1978, desestimó la demanda por caducidad de la acción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 137 del Código civil: «Las acciones para el reconocimiento de los hijos naturales sólo podrán ejercitarse en vida de los presuntos padres...».

Durante la segunda instancia y la casación la recurrente alegó infracción del derecho de igualdad (arts. 14 y 39 de la Constitución, ya promulgada), por la discriminación que el artículo 137 del C. c. establecía para los hijos naturales respecto al régimen y plazo de reconocimiento de filiación legítima contenido en el artículo 118 del Código.

El Tribunal Supremo estimó que el artículo 137 era de aplicación al tiempo de dictarse la resolución en primera instancia y había sido interpretado correctamente, según criterio que además confirma la disposición transitoria 7.ª de la Ley de 13 de mayo de 1981 («las acciones de filiación se registrarán exclusivamente por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiera fallecido al entrar en vigor la presente Ley»).

El Tribunal Constitucional comienza considerando que la Constitución es nuestra norma suprema —y no una declaración programática— y su artículo 14 tiene vinculatoriedad inmediata. Este valor normativo inmediato «ha sido ignorado o abiertamente negado», prosigue el Tribunal Constitucional, tanto por la Sala de la Audiencia Territorial como por el Tribunal Supremo, que consideraron que el artículo 14 de la Constitución integraba una mera enunciación de principio.

Las dos sentencias judiciales impugnadas «han aplicado, después de entrar en vigor la Constitución, el artículo 137 del Código Civil en su redacción anterior, y como éste contenía un criterio discriminatorio por razón de nacimiento, contrario a la igualdad, contienen, en fallos contrarios al derecho de igualdad que perpetúan en el presente postconstitucional, un trato discriminatorio nacido al amparo de la legislación preconstitucional, por todo lo cual deben de ser anuladas...».

Ello no implica aplicación retroactiva de la Constitución, afirma el Tribunal Constitucional, sino el reconocimiento de su carácter normativo, el de la vinculatoriedad inmediata del artículo 14... «por lo cual no puede perpetuarse, vigente la Constitución, esta situación discriminatoria...».

«La inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 137 genera su nulidad y produce necesariamente efectos incluso sobre los procesos pendientes...».

Hasta aquí, lo que llama la atención de esta sentencia es la evidente diferencia de criterio respecto de fallos anteriores como el de la sentencia 31/1982, de 3 de junio (caso del funcionario depurado), en la que el momento de dictarse la resolución judicial que agotaba la vía previa a la constitucional no era tomado en cuenta, siendo importante únicamente la época de los hechos discriminadores, cuyos efectos se consideraron agotados antes de entrar en vigor la Constitución, a pesar de haber recaído resolución judicial después.

Pero lo más sorprendente es cómo el Tribunal Constitucional sortea la cita que el Tribunal Supremo hace de la disposición transitoria 7.ª de la Ley 11/1981 y el artículo 55/2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. que obligaría a la Sala del Tribunal Constitucional a elevar al Pleno la posible inconstitucionalidad de aquella disposición transitoria por ser contraria a la Constitución, al perpetuar una discriminación injusta después de su entrada en vigor): según el Tribunal Constitucional, la derogación del artículo 137 del Código Civil y la interpretación expansiva del artículo 118 del mismo Código han de ser tenidos en cuenta por la Audiencia Territorial y por el Tribunal Supremo «en el período posterior a la Constitución y anterior a la Ley 11/81».

Esta afirmación plantea dos dudas: 1.ª) ¿Por qué en ese período y no después de la Ley 11/81? Teniendo en cuenta que la Constitución es la norma superior, la Ley 11/81 no puede poner fronteras temporales a su eficacia. 2.ª) ¿Qué período es ese al que el Tribunal Constitucional se refiere? No es fácil comprenderlo ni tampoco determinar qué fase del procedimiento ha de haber tenido lugar en ese espacio de tiempo y por qué. En el caso resuelto por la sentencia, el causante había fallecido en 1972, la sentencia de 1.ª Instancia es de marzo de 1978, la sentencia en apelación es de enero de 1980 y la del Tribunal Supremo es de abril de 1982.

Si, como afirma el Tribunal Constitucional, «antes de la promulgación de la Ley 11/81, modificadora del Código Civil, que es el momento en que tuvo que sentenciar la Audiencia Territorial de Sevilla, el artículo 137 había quedado derogado por el juego del artículo 14 y de la disposición derogatoria 3.ª de la Constitución», no vemos la razón para que el citado artículo 137 «recupere» su antiguo vigor en virtud de la disposición transitoria 7.ª de la Ley 11/81.

F) *Sentencia 125/1983, de 26 de diciembre («BOE» de 14 de enero de 1984)*: Recaída en recurso de amparo interpuesto contra resolución del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 1977, por la que se impuso al recurrente, de plano, una sanción consistente en multa de cinco millones de pesetas y cierre de una cantera; y contra sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1981, que reduce la multa a dos millones de pesetas.

Estima el recurrente que dichos actos infringen el artículo 24.1 de la y asimismo entiende que el Tribunal Supremo ha debido tomar en cuenta

Constitución, *por haber sido impuesta la sanción sin procedimiento alguno*, y asimismo entiende que el Tribunal Supremo ha debido tomar en cuenta lo dispuesto en la Constitución, aunque el acto administrativo recurrido sea anterior a ella.

A diferencia del caso relativo al artículo 137 del Código Civil, el Tribunal Constitucional entiende que «si bien la sentencia del Tribunal Supremo se dictó después de la entrada en vigor de la Constitución, la resolución administrativa impugnada se adoptó el 16 de diciembre de 1977, de acuerdo con las normas de procedimiento que el Tribunal Supremo entendió vigentes, y no pudo vulnerar las garantías contenidas en un precepto constitucional inserto en un texto inexistente cuando aquélla fue dictada».

Añade el Tribunal Constitucional otra razón para denegar el amparo solicitado: la sanción impuesta en último término al recurrente, vigente la Constitución, ha sido fijada en un proceso judicial con todas las garantías.

Quizá siguiendo la lógica de la sentencia 80/1982, sobre el artículo 137 del Código Civil, el Tribunal Supremo debió anular el acto —cuyos efectos aún no se habían agotado—, en aplicación de la Constitución y ordenar que se retrotrajera el expediente administrativo o que se tramitase por primera vez. Pero una solución que se inspira en el principio de economía procesal y que no perjudica a la justicia es la adoptada en último término por el Tribunal Constitucional, si bien su sentencia no hace aplicación de la doctrina sobre la retroactividad de la Constitución, porque, tras exponer la jurisprudencia sobre la materia, resuelve, conforme se ha dicho, entendiendo que en el proceso judicial posterior a la vigencia de aquélla, la Constitución se ha respetado; y, en cuanto al acto administrativo anterior, el Tribunal Constitucional se limita a afirmar que no vulneró la Constitución —lo cual es evidente—, sin plantearse la aplicación de la misma a los efectos todavía no agotados.

#### IV. CONCLUSION

La conclusión de la presente noticia jurisprudencial sobre la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de aplicación retroactiva de la Constitución es la del enorme casuismo existente y la falta de conceptos definitorios precisos. El Tribunal Constitucional ha llegado únicamente a esclarecer las reglas abstractas de aplicación de la Constitución en el tiempo, que no siempre encuentran adecuada concreción en sus fallos, aunque sí ha demostrado una prudencia notable en el hallazgo de la solución justa en casi todos los casos.

Como dice la sentencia 125/1983 «esta doctrina de carácter general, que el recurrente aduce en apoyo de su pretensión, habrá de ser concretada como también a puesto de manifiesto este Tribunal, caso por caso, teniendo en cuenta las peculiaridades que en cada uno de ellos concurren».

Valeriano HERNÁNDEZ MARTÍN  
Abogado del Estado

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### PROPIEDAD INTELECTUAL, DOMINIO PUBLICO RELATIVO Y DOMINIO PUBLICO ABSOLUTO

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo  
de 14 de octubre de 1983)

LUIS-HUMBERTO CLAVERIA GOSALBEZ

Catedrático de Derecho civil de la Facultad de Derecho de Jerez  
(Universidad de Cádiz)

#### HECHOS:

Doña María Luisa García Sánchez, autora de la obra «El arte de cocinar», celebra el 1 de noviembre de 1976 con don Félix Cubero Valdivieso (que actúa como representante de Edival Ediciones, S. L.) un contrato en cuya virtud acuerdan la publicación de dicha obra en régimen de coedición; en sus cláusulas se establecía que se publicarían 20.000 ejemplares, con el fin de repartir el 50 por 100 para cada parte para una posterior comercialización y venta al público, a un precio de 450 pesetas ejemplar, especificándose que autora y editorial colaborarían en la edición repartiéndose los volúmenes producidos. En cuanto al *modus operandi* de ejecución de los trabajos de elaboración de los libros, se convino lo siguiente: Edival, S. L. encarga la impresión a Grifol, S. L., la cual encarga la encuadernación a Larmor, S. L., siendo, por tanto, Grifol, S. L. quien se obliga a entregar a la editorial la obra terminada, no existiendo relación entre Edival, S. L. y Larmor, S. L. Durante la vigencia del contrato cualquier entrega de la obra sólo podría ser realizada por Edival, S. L. o por la autora, la obra sólo podría imprimirse por Grifol, S. L. y, una vez concluida la relación contractual, sólo la autora podría editar la obra o encargar la edición a la entidad que eligiera. El mismo día, junto al mencionado contrato, se firma un anexo que contiene condiciones económicas, entre las cuales se encuentra una en cuya virtud doña María Luisa García se obliga a pagar 131 pesetas por ejemplar en concepto de gastos de edición. Transcurridos unos meses, surgen frecuentes controversias entre autora y compañía editorial, alegando ésta que aquella considera que casi todo el precio de venta es ganancia y que olvida que hay más gastos: distribuidores, comisiones, impuestos, publicidad, etc.; dicha situación de desconfianza lleva a que el día 12 de octubre (11, dicen Edival, S. L. y Cubero) de 1977, los señores Cubero y García firmen un nuevo contrato por el que —empleemos su expresión— rescinden el anterior. Como consecuencia de este contrato extintivo, la señora García reclamó los fotolitos, es decir, el material que sirve para la impresión de los libros (material que había pagado la editorial y que valía más de 500.000 pesetas), y Edival, S. L. se los entregó, imposibilitándose entonces la editorial para seguir publicando «El arte de cocinar». Transcurrido algún tiempo, la señora García se extrañó de que la obra siguiera saliendo al mercado, cuando lo previsible era que

ya se hubieran acabado las existencias; tras ciertas averiguaciones descubre que no se habían editado 20.000 ejemplares, como ella había convenido con Edival, S. L., sino exactamente 40.445, hecho que pretendieron disimular o encubrir el señor Cubero y la entidad editorial. Ante estos hechos, la señora García, tras la celebración de un acto de conciliación sin avenencia, presentó demanda en juicio declarativo de mayor cuantía en el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 2 de Valladolid, en la que suplicaba se dictase sentencia declarando de su dominio exclusivo la obra mencionada y condenando a Edival, S. L. y al señor Cubero, individual o solidariamente según los resultados de la prueba, a indemnizarla con el pago de la cantidad de 7.339.755 pesetas, más los intereses pertinentes y costas y gastos del juicio. Se opusieron los demandados, y, tras los trámites procedentes, el Juzgado declaró a la actora titular de la propiedad intelectual sobre la obra «El arte de cocinar» y condenó solidariamente a los demandados a indemnizarla por el número de ejemplares superior a los 20.000 convenidos que se hubiesen editado, a determinar en ejecución de sentencia, al precio de 150 pesetas ejemplar, sin rebasar la cifra de 7.339.755 pesetas. Presentado recurso de apelación por los demandados, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid dictó sentencia confirmando la sentencia apelada, sin pronunciarse sobre las costas. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley por parte de Edival, S. L. y del señor Cubero, declara el Tribunal Supremo no haber lugar a él, como se refiere seguidamente. Sobre el tenor de los motivos de los recursos tratará en el mismo comentario.

CONSIDERANDO: Que el derecho de autor, manifestado en el doble aspecto que la jurisprudencia y la doctrina señalan, es decir, el patrimonial o de contenido propiamente económico y el moral, faceta ésta que en esencia se traduce en el derecho personalísimo que el titular tiene a la paternidad de su obra, a que la misma no se deforme ni mutile y a reproducirla, según declaró este Tribunal en sentencia de veintiuno de junio de mil novecientos sesenta y cinco, se halla integrado, entre otras, por la facultad de disfrute o explotación económica (artículos cuatrocientos veintiocho del Código civil y dos, número primero, de la ley reguladora de la Propiedad intelectual), que le legitima para la obtención de las utilidades pecuniarias que la obra produce, y la facultad de su difusión, en ejercicio de la cual corresponde al autor decidir sobre la publicación y sus circunstancias, pues según dispone el artículo séptimo de la citada Ley de diez de enero de mil ochocientos setenta y nueve, nadie podrá reproducir obras ajenas sin permiso de su propietario, ni aún para anotarlas, adicionarlas o mejorar la edición realizada, situación de poder legalmente atribuida al autor que también despliega su eficacia, como es lógico, en el ámbito del contrato de edición, que sólo atribuye al editor el derecho a publicar la obra en la forma de explotación editorial y condiciones estipuladas con el primero (artículo veinte, párrafo uno, de la Ley de doce de marzo de mil novecientos setenta y cinco), y en debida correspondencia permite que el titular de la propiedad intelectual pueda comprobar el número de ejemplares de cada edición (artículo diecinueve, párrafo uno, d), de la misma Ley); y en el caso debatido las resoluciones de uno y otro grado entienden que a pesar de haberse extinguido el contrato de edición de uno de noviembre de mil novecientos setenta y seis por convenio de once de octubre de mil novecientos setenta y siete, los demandados procedieron a realizar tiradas de la obra «El arte de cocinar», propiedad de la actora recurrida, en número cuya determinación es

remitida a la fase de ejecución de sentencia, incurriendo así Edival Ediciones, S. L. y don Félix Cubero Valdivieso en una conducta claramente defraudatoria de la propiedad intelectual ajena, subsumible en el artículo cuarenta y dos de la Ley de diez de enero de mil ochocientos setenta y nueve, figura que consiste no sólo en el empleo del fraude civil o penal, sino que abarca también al acto que de cualquier modo menoscabe los derechos del autor, publicando ilegalmente su obra (sentencia de veintitrés de marzo de mil novecientos setenta y siete) o dañándolo de otra suerte, como sería el comportamiento del editor incurso en el abuso de derecho, que el artículo veinticuatro de la Ley de catorce de marzo de mil novecientos setenta y cinco prohíbe.

CONSIDERANDO: Que extingúible el contrato de edición no sólo por la íntegra publicación del número de ejemplares pactado, sino también por las causas generales del derecho de obligaciones (artículo veintitrés de la repetidamente citada Ley de doce de marzo de mil novecientos setenta y cinco), con toda evidencia podrá finalizar por mutuo disenso, en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, que autoriza a los contratantes para desligarse del negocio bilateral habiendo conformidad, en tanto no lo prohíba un precepto expreso o se produzca perjuicio de tercero; acuerdo de autora y editor existente en el conflicto que el proceso contempla, según aparece del documento privado de once de octubre de mil novecientos setenta y siete, conforme a cuyos términos Edival Ediciones, S. L. hace entrega a doña María Luisa García Sánchez de «la totalidad del material de fotolitos correspondiente al mencionado libro», al tiempo que se proclama el inquestionable derecho que a la autora asiste para lanzar «una nueva edición» una vez transcurrido el plazo de seis meses que entendieron suficiente para que la empresa editora pudiese vender los ejemplares que conservaba en su poder todavía.

CONSIDERANDO: Que estimadas sustancialmente las pretensiones de la demanda concernientes a la declaración de la propiedad intelectual que ostenta la reclamante sobre la obra «El arte de cocinar» y al resarcimiento consiguiente al ilícito proceder de los demandados, quebrantando lo pactado al efectuar una o más ediciones con flagrante vulneración de los derechos de la autora, el primer motivo del recurso formalizado por Edival Ediciones, S. L. se ampara en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia infracción por violación del artículo treinta y seis, párrafos primero y tercero, de la Ley de Propiedad Intelectual, que se entiende ocasionada al otorgar a la recurrida los beneficios propios del autor a pesar de que la inscripción en el Registro especial no se produjo hasta el día ocho de enero de mil novecientos setenta y ocho, alegación que se reitera en el motivo segundo, que por la propia vía procesal aduce el mismo vicio *in iudicando* con cita del artículo treinta y ocho de dicha normativa, sosteniendo que a pesar de haber editado la recurrente los ejemplares, no por ello habría infracción alguna de la Ley de Propiedad intelectual, ya que la demandante no es titular de la obra «El arte de cocinar», que ha entrado en el dominio público por falta de la oportuna inscripción registral; y ambos motivos tienen que ser rechazados, pues aun sin desconocer el significado que la regulación de la materia confiere al Registro, desvirtuando su verdadero carácter y convirtiéndolo en fuente de creación del derecho, lo que puede provocar, por carencia del asiento tabular harto frecuente en la realidad, la desposesión por parte de quien, desprovisto de buena fe, se

beneficia del trabajo del autor (artículo treinta y seis y treinta y ocho de la Ley especial y veintidós de su Reglamento de tres de septiembre de mil ochocientos ochenta), el tema que se suscita entraña una cuestión nueva en el recurso, contraviniendo la prohibición establecida en el artículo mil setecientos veintinueve, número quinto, de la Ley Procesal, lo que ya en principio determinaría su repulsa, pero además no consta la fecha de publicación de la obra por Edival Ediciones,, Sociedad Limitada a los efectos del cómputo del plazo de un año que el artículo treinta y seis de la Ley especial fija y que fundadamente hay que presumirlo cumplido por lo que toca a su observancia, pues el desarrollo de la relación contractual acontece en el primer semestre de mil novecientos setenta y siete (segundo documento de uno de noviembre de mil novecientos setenta y seis, punto primero) y la inscripción provisional en el Registro ha sido efectuada el ocho de enero de mil novecientos setenta y ocho, todo ello aparte de que insoslayables razones éticas y el principio que impide ir válidamente contra los propios actos, repelen la posibilidad de que la recurrente pretenda desconocer el derecho de autor que ostenta la recurrida, cuando lo ha reconocido paladinamente en los sucesivos contratos y en el curso de la situación negocial, lo que priva a Edival y el correcurrente de la condición invocada de «particular» tutelable por la falta de inscripción.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede alcanzar éxito el motivo tercero del recurso, pues mal puede sostenerse que la sentencia de la Sala comete aplicación indebida del artículo cuarenta y seis de la Ley especial, ya que «dicha obra es de dominio público», cuando según se razonó en manera alguna se da el supuesto regulado en los artículos treinta y seis, *a contrario sensu*, treinta y ocho y treinta y nueve, de donde se sigue que la inscripción en el registro haría desaparecer todo obstáculo para configurar la comisión de una conducta defraudatoria de los derechos de la autora; y la misma suerte ha de correr el motivo cuarto, basado en violación por inaplicación del artículo mil novecientos sesenta y ocho, número segundo, del Código Civil, pues no se trata en rigor de una pretensión fundada en culpa extracontractual sino de averiguar la existencia y valorar el alcance de los actos atentatorios a la propiedad intelectual de la recurrida, partiendo de la regulación acordada en unos contratos que la empresa editora vulneró, ni habría apoyo fáctico para entender operante la prescripción extintiva que se opone, pues no consta la fecha en que salieron a la luz para su venta los ejemplares fraudulentamente publicados y tal *dies a quo* es indispensable para fijar el nacimiento de la acción a los efectos del artículo mil novecientos sesenta y nueve del Código sustantivo.

CONSIDERANDO: Que los motivos quinto y sexto del recurso, también por el cauce procesal de los precedentes, son desestimables; aquél, porque mal puede hablarse de una pretendida violación de los artículos mil doscientos cincuenta y cuatro, mil doscientos cincuenta y cinco, mil doscientos cincuenta y seis y mil doscientos cincuenta y siete del Código Civil por la Sala *a quo*, una vez que ha sentado la afirmación, inalterable en este trance, de que pese a lo convenido en el pacto de once de octubre de mil novecientos setenta y siete Edival Ediciones, Sociedad Limitada y el codemandado defraudaron los derechos de la propiedad intelectual de la recurrida, y el motivo sexto, que invoca inaplicación de los artículos mil ciento uno, mil ciento seis, mil ciento siete y mil doscientos catorce

del mismo Cuerpo Legal, dado que la producción de perjuicios a la autora es palmaria consecuencia de la no percepción de unos rendimientos que le pertenecían como titular de la obra y de los que se le privó con la edición fraudulenta, amén de que este punto no fue objetado en el debate, en cuyo período expositivo los demandados se limitaron a negar la ilícita actividad reprochada en la demanda, y por otra parte no existe en lo actuado elemento demostrativo alguno, ni se cita como sería indispensable, que permita inferir que la cantidad de ciento cincuenta pesetas por cada ejemplar ilegalmente publicado resulta excesiva.

CONSIDERANDO: Que en cuanto al recurso interpuesto por don Félix Cubero Valdivieso, los tres primeros motivos son práctica reproducción literal de los correspondientes contenidos en el escrito de impugnación formalizado por Edival Ediciones, S. L., lo que hace innecesario todo razonamiento adicional para rechazarlos; y por lo que hace el cuarto, que arguye violación por inaplicación del artículo cuarenta y cinco de la Ley de Propiedad Intelectual, aduciendo que aquél no es editor ni el impresor, su inconsistencia es no menos clara, por cuanto incólume en casación el aserto de la instancia de que dicho demandado «personalmente hubo de intervenir en la defraudación», tal carácter de participante en la maniobra ilícita como sujeto activo, impone que la conclusión no pueda ser otra que la mantenida por la sentencia combatida, confirmando la de primer grado.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto deben ser íntegramente rechazados ambos recursos, con los pronunciamientos preceptivos en cuanto a la imposición de costas y pérdida del depósito constituido (artículo mil setecientos cuarenta y ocho de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

## COMENTARIO

Me propongo en estas líneas hacer, más que un auténtico comentario doctrinal de jurisprudencia, una mera nota a una sentencia de nuestro Tribunal de casación que juzgo interesante, lo que me impele a concentrar mi atención en un punto concreto, precisamente el nuclear del fallo.

Los recurrentes, Edival, S. L. y don Félix Cubero, basan fundamentalmente su petición en que, al haber transcurrido más de un año desde la publicación de la obra hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual, dicha obra ha pasado al dominio público, pudiendo, por ello, ser publicada por cualquier entidad y deviniendo algo jurídicamente ajeno a su autora, doña María Luisa García Sánchez. Tales afirmaciones justificarían, a su juicio, el hecho de haberse editado muchos más ejemplares de los originariamente pactados, careciendo de fundamento, por tanto, la reclamación de la autora y actora. Cualquiera lector que se haya tomado la molestia de refrescar sus conocimientos sobre la regulación de la propiedad intelectual en nuestro Derecho ya habrá comenzado, conscientemente o no, a censurar este planteamiento del abogado de los recurrentes, pues no es verdad que, pasado ese año mencionado, suceda lo que éstos dicen que sucede. Pero reparemos primero en lo que nuestro Tribunal Supremo contesta al recurso respecto de ese problema. Lo hace en el Considerando 3.º, que atiende a los motivos 1.º y 2.º del recurso, según los cuales, como he dicho, la sentencia recurrida viola los artículos 36 (párrafos 1.º y 3.º) y 38 —respectivamente— de la

Ley de Propiedad Intelectual, en cuanto que, inscribiendo la actora su obra pasado un año de su publicación, perdió su titularidad sobre ella, pasando ésta al dominio público. Para el Magistrado Ponente, «... ambos motivos tienen que ser rechazados, pues aun sin desconocer el significado que la regulación de la materia confiere al Registro, desvirtuando su verdadero carácter y convirtiéndolo en fuente de creación del derecho, lo que puede provocar, por carencia del asiento tabular harto frecuente en la realidad, la desposesión por parte de quien, desprovisto de buena fe, se beneficia del trabajo del autor..., el tema que se suscita entraña una cuestión nueva en el recurso, contraviniendo la prohibición establecida en el artículo 1.729, número 5.º, de la Ley procesal, lo que ya en principio determinaría su repulsa, pero además no consta la fecha de publicación de la obra... a los efectos del cómputo del plazo de un año que el artículo 36 de la Ley especial fija y que fundadamente hay que presumirlo cumplido por lo que toca a su observancia..., todo ello aparte de que insoslayables razones éticas y el principio que impide ir válidamente contra los propios actos, repelen la posibilidad de que la recurrente pretenda desconocer el derecho de autor que ostenta la recurrida, cuando lo ha reconocido paladinamente en los sucesivos contratos y en el curso de la situación negocial, lo que priva a Edival y al correcurrente de la condición invocada de «particular» tutelable por la falta de inscripción».

Dejemos aparte el punto atinente a la inadmisibilidad del recurso por infracción de normas procesales a la vista de lo establecido en el número 5.º del artículo 1.729 (en relación con el 1.728) de la Ley de Enjuiciamiento Civil: por lo visto, este tema de la violación de los artículos 36 y 38 de la Ley de Propiedad Intelectual se introdujo en los escritos de los recursos, al menos tal como lo conocemos a la luz del texto de la sentencia del Tribunal Supremo. Y demos por acaecido —lo que no es cierto— que el recurso era admisible. Aun así, el Tribunal de casación afirma que el argumento de los recurrentes no es aceptable porque, al no constar la fecha exacta de la publicación del libro, no es posible saber si transcurrió ese año que se invoca, debiendo darse, en favor de la autora, por no transcurrido; y porque ni la editorial ni su representante pueden mantener, en su favor, la tesis de que la señora García no es titular de la propiedad intelectual sobre la obra «El arte de cocinar» cuando antes afirmaron repetidamente lo contrario. Estos razonamientos merecen alguna reflexión.

Respecto del primero, obsérvese que el Tribunal Supremo no entra en el tema de si es correcta la afirmación de que, pasado un año de la publicación sin inscribir, la obra pasa definitiva e irreversiblemente al dominio público (para mí, es incorrecta). La sentencia declara que no le consta la fecha de la publicación y que, por ello, se ignora si transcurrió el plazo aludido: como los recurridos no le prueban que transcurrió, continúa —a mi juicio, acertadamente, en aplicación impecable de las reglas de la carga de la prueba— manteniendo la tesis de que doña María Luisa García sigue siendo propietaria (no me pronuncio, por no ser misión mía, acerca de si el Tribunal actúa correctamente cuando afirma que no le conste la fecha de publicación).

El asunto, no obstante, que quedaría claro con este único argumento, se complica mucho si lo relacionamos con el otro el relativo a la prohibición del *venire contra proprium*. En efecto, para que este argumento sea utilizable por el Tribunal Supremo, debe éste tener la certeza de que los recurrentes reconocieron a la recurrida como titular de la propiedad intelectual pasado el año de la publicación, pues,

si la reconocieron antes, no hacían más que obedecer a la Ley de 1789, no impidiendo ello que luego le negaran tal cualidad. ¿Y cómo puede el Alto Tribunal tener tal certeza si ha afirmado dos líneas antes que no la tiene, al afirmar que no le consta la fecha de la publicación, presumiendo, por esto, que aún no transcurrió el año? Esto es, una de dos: o no sabemos si pasó un año desde la publicación a la inscripción y entonces la autora tiene aún el derecho, o sí sabemos que ya pasó y sólo entonces tiene sentido plantear el tema de que Edival, S. L. y el señor Cubero reconocieran ese derecho después de dicho período, pues su reconocimiento dentro de éste no impide que luego, transcurrido el año, nieguen el derecho: si el Tribunal Supremo ignora si ha transcurrido el año, no puede saber si en el período que comienza al terminar ese año y que termina en el proceso los recurrentes han reconocido el derecho de la recurrida.

De todos modos, siendo cierta cualquiera de las aseveraciones, parece claro que el recurso no debe prosperar. Sobre todo si tenemos en cuenta además que los 20.445 ejemplares de más se editaron probabilísticamente dentro de ese período de tiempo tantas veces citado, e incluso dentro de la etapa de vigencia del contrato de coedición, cuando todavía la editorial poseía los fotolitos que recordémoslo, fueron devueltos a la autora tras la firma del contrato extintivo.

Pero esta pequeña nota debe aclarar que la interpretación que hacen los recurrentes de determinados preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual no concuerda con la que, en línea con la doctrina científica dominante —y concretamente con la monográfica más reciente— reputo defendible: a mi juicio, lo que sucede cuando ha transcurrido un año desde la publicación de una obra sin que haya habido inscripción es que entra en la fase de «dominio público relativo», fase que puede interrumpir en cualquier momento el autor —sujeto de un derecho debilitado pero susceptible de fortalecimiento— si inscribe, cosa que puede hacer hasta que se cumpla el duodécimo año desde la publicación—; llegado ese duodécimo año sin inscribir, la obra pasa al dominio público absoluto o dominio público propiamente dicho: en tal sentido escribe Rogel (*Autores, coautores y propiedad intelectual*, Madrid, 1984, pág. 90), enlazando con la opinión al parecer más consolidada, que «... es posible inscribir las obras en cualquier momento anterior al pase de las mismas al dominio público absoluto. Esto es, podría inscribirse la obra en el período que media entre el año siguiente a la publicación y el undécimo año siguiente a la misma. Esta afirmación no viene contradicha por los artículos 36 y 38 de la Ley de Propiedad Intelectual, ya que éstos, en ningún caso, prohíben la inscripción en el citado período. Lo único que sucedería es que, si en el momento de registrar, existe alguna otra publicación de la obra, hay que respetarla. Por el contrario, si no existe, vendría impedida por la inscripción practicada, a no ser que se cuente con el oportuno consentimiento al respecto del titular registral».

De ello se infiere, respecto del caso que nos ocupa, que es totalmente inexacto que, pasado el año, la obra pase al dominio público absoluto, dejando su autora de ser propietaria de ella. Al inscribir, incluso después de transcurrido ese año, pasa a ser, de nuevo, exclusiva titular de ese derecho de propiedad intelectual: sólo tendría la señora García Sánchez que respetar las obras editadas y publicadas por Edival, S. L. (o por cualquier otra persona o entidad) en el período comprendido entre el día en que se cumple el año de su publicación originaria y el día de su inscripción, siendo inadmisibles, a partir de ésta, salvo consentimiento

de la autora (por ejemplo, a través de un nuevo contrato editorial) que se hagan nuevas publicaciones. En el supuesto que comento, no aprobado el transcurso del año posterior a la primera publicación y constando la inscripción de la obra en el Registro especial, no caben dudas de ningún tipo, lo que no suele ser frecuente en la vida jurídica. Ocioso resulta, por consiguiente, el interesante tema de los actos propios que, desde luego, en línea con la doctrina monográfica atinente al tema (Puig-Brutau, Díez-Picazo) es invocable en el caso, en cuanto que resulta contraria a la buena fe —y, por esto, jurídicamente inadmisibile— la conducta consistente en defender, en provecho propio, algo incompatible con lo que precedentemente se defendió respecto de un punto determinado: si la señora García es, en opinión de Edival, S. L. y su representante, propietaria de la obra y de ello se sirven para invocar sus derechos derivados del contrato de coedición, no puede no serlo cuando ello les sea útil para continuar enriqueciéndose con la explotación comercial de la obra. El Magistrado Ponente de la sentencia, señor Castro García, no entra, como se dijo, en el tema de cuándo tenía sentido que los demandados reconociesen tal titularidad; y no lo hace porque tal vez no sea necesario para la claridad y solidez del fallo, que acude alternativamente a dos argumentos diferentes para alcanzar una solución perfecta.

Un comentario más extenso podría abordar otros temas sugeridos por los Considerandos de la sentencia, Considerandos de gran densidad. Por ejemplo, el suscitado en el 4.º, a propósito del motivo número 4.º del recurso de Edival, S. L., alejando relativamente la acción que ejercita la señora García de la acción de responsabilidad aquiliana; o el suscitado en el 6.º, a propósito del motivo número 4.º del recurso del señor Cubero, en cuanto que éste, *per se*, infringió los derechos de la señora García, y no sólo como representante de Edival, S. L., no debiendo olvidarse que la sentencia alude a la responsabilidad solidaria, en línea con la reciente, abundantísima y prácticamente unánime jurisprudencia atinente al tema fronterizo de la culpa extracontractual.

Existe, por otra parte, un claro incumplimiento de contrato editorial por parte de Edival, S. L., dado que, durante la vigencia del contrato, hizo imprimir, quebrantando el principio jurídico del deber de actuar con buena fe, muchos más volúmenes de los convenidos. Constando que tales impresiones hayan sido hechas antes de la celebración del contrato extintivo, podría la señora García haber acudido a los artículos 1.101 v ss. del Código civil para defender sus intereses.

## II. SENTENCIAS

A cargo de

Antonio CABANILLAS SANCHEZ

Gabriel GARCIA CANTERO

María del Carmen GOMEZ LAPLAZA

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. Parte General

1. *Simulación absoluta.*—La simulación absoluta no puede servir de título de dominio, sea cual fuere el que ostentara el aparente cedente sobre los bienes objeto de la transmisión; el cesionario tenía conocimiento de las condiciones en que adquiriría las fincas litigiosas, por lo que carece de la buena fe que exige el art. 34 L. H.

*Finalidad de la casación.*—Aparte de dar satisfacción al interés de los particulares, la institución de la casación tiene una finalidad nomofiláctica que se halla en la base de la creación del instituto, mediante la cual se protege el ordenamiento jurídico como un todo, y la función unificadora de la interpretación de las normas, indispensable para la seguridad jurídica y la garantía de los particulares, y, última y más propiamente, la que resulta del art. 1.6 C. c. que, sin incluir en la jurisprudencia entre las fuentes del derecho, le asigna la misión de complementar el ordenamiento jurídico a través de la tarea de interpretar, aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses, formulando criterios, que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa, como se lee en la E de M. del Decreto legislativo de 31 mayo 1974, por el que se sanciona con fuerza de ley el Título Preliminar del Código civil.

*Las leyes extranjeras en casación.*—Según reiterada jurisprudencia no pueden ser motivo de casación las infracciones de leyes extranjeras que no afecten a la uniformidad de nuestra jurisprudencia, pues no está atribuido a este Tribunal Supremo la misión de interpretar leyes y preceptos de legislaciones extranjeras, de modo que las leyes a que se refieren los arts. 1.891 y 1.692 L. E. C. son siempre las nacionales y nunca las extranjeras. (Sentencia de 15 julio 1983; no ha lugar.)

Todos los litigantes que intervienen en este pleito son de nacionalidad alemana, si bien los actos jurídicos impugnados y los bienes a que afectan radican en España (en particular, fincas urbanas situadas en las Islas Canarias). Un matrimonio celebrado en 1955 se divorcia en 1972 y dos años más tarde el ex marido transmite la propiedad de determinados inmuebles en pago de deudas simuladas a un amigo, negocios que se impugnan por la ex esposa alegando que con ello sólo se trata de defraudarla en los derechos que le corresponden en la liquidación del régimen de bienes. Es curioso que en el pleito se hable de *gananciales* con referencia a la *Zugewinengemeinschaft* existente entre los ex cónyuges, si bien este extremo es irrelevante para el fondo del asunto (G. G. C.).

### 3. Obligaciones y contratos

2. *Seguro de responsabilidad civil. Riesgos asegurados. Interpretación de cláusulas de exoneración de responsabilidad.*—Es de claridad sólo aparente la cláusula de un seguro voluntario de responsabilidad civil que exonera de toda responsabilidad cuando la reclamación del asegurado provenga de un accidente cubierto por el Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor, hallándose la máquina causante del daño precisada legalmente del mismo; por ello está necesitada de interpretación para captar la verdadera intención de los intervinientes que ha de prevalecer sobre las palabras, llegándose a la conclusión por la A. T. que, habida cuenta de lo que llama «entorno del contrato», en el que resalta la general asunción por la aseguradora de las responsabilidades civiles producidas en la actividad empresarial de la asegurada, y de la especial ambivalencia del objeto asegurado, así como de la importante cuantía de la prima satisfecha, es absurdo que quedasen excluidos en el pensamiento de los contratantes, los riesgos provenientes de una eventual circulación por vías públicas de la motoniveladora cuyo manejo, como fuente de responsabilidad civil frente a terceros, estaba generosamente cubierto por el seguro concertado; tesis que ha de aceptarse en atención a la observancia del principio de que la interpretación de los contratos, aunque cupiese alguna duda sobre su absoluta exactitud, es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, siempre que tal interpretación no sea notoriamente errónea, y no lo es en el presente caso, dada la amplitud de la cobertura de responsabilidad civil garantizada a la empresa asegurada que textualmente alcanza a la que pudiera sobrevenirle por los actos u omisiones de sus empleados, incluidos los subcontratistas, y de la personal en que hubieran podido incurrir los asalariados de la propia empresa, por los daños causados a terceros, en el ejercicio de sus funciones o actividad profesional; todo lo cual ratifica la conclusión de racionalidad de la interpretación hecha por la Sala, al incluir en este contrato de adhesión la cobertura del limitado supuesto de responsabilidad subsidiaria, derivada de los daños causados por la máquina al trasladarse por sus propios medios, de un lugar de trabajo a otro, dentro de la misma zona de trabajo, utilizando al efecto vías públicas, siendo tanto más inexplicable la tesis contraria cuanto que se trata de una empresa, con dedicación a tareas de urbanización, saneamiento y obras públicas y civiles, que obviamente han de llevar consigo desplazamientos por vías públicas. (Sentencia de 25 febrero 1984; no ha lugar.)

NOTA.—La «letra pequeña» de las pólizas de seguro, motivo de sobresalto para no pocos asegurados, ha sido objeto de una reiterada interpretación por la Sala 1.ª del T. S., que ha anticipado la moderna dirección de protección de los consumidores. En esa dirección, digna de aprobación, se sitúa la S. extractada (Pte. Casares Córdoba), cuyo problema fundamental era el de calificar de dudosa la cláusula debatida, lo que se logra, a mi modo de ver, acertadamente en el marco general de la cobertura contractual de riesgos (*interpretatio ab absurdum*)

3. *Compraventa de piso en construcción formalizada en documento privado. Condición de elevación a escritura pública en favor de tercero por designar.*—El convenio reflejado en el documento privado fue con supeditación a que la escritura pública definitivamente reflejadora de la compraventa concertada a medio de aquél, fuere otorgada a favor de la persona que designase el comprador, quien lo hizo a favor de una hija suya y de su marido, a nombre de los cuales se otorgó la escritura pública con subsiguiente inscripción registral, generando en su virtud un módulo adquisitivo eficaz, ya que como pone de manifiesto la S. de 24 noviembre 1894, los preceptos legales que se refieren al otorgamiento de escritura en las ventas de inmuebles, no varían la naturaleza del contrato ni establecen una condición especial del mismo, dado que, como también se argumenta en la S. de 10 julio 1889, no se perfecciona la venta por el consentimiento cuando se hace depender su eficacia del otorgamiento de la escritura, que es lo ocurrido en este caso.

*Contrato a favor de tercero. Adquisición directa a favor del designado.*—El contrato convenido en documento privado entre promitente y estipulante contiene, en su cláusula 5.ª, estipulación en favor de tercero, en cuanto que el adquirente acepta el otorgamiento de la posterior escritura de venta del piso a favor de la persona que él indicase, lo que determina que se produzca, por creación del derecho de tercero, una adquisición directa por parte de los designados, al no haberse producido revocación anterior a la efectividad del derecho por éstos, quienes lo aceptaron, debiendo añadirse que el tercero existe lo mismo cuando viene designado *nominatim* en el contrato o por circunstancias, o bien resulte de ulterior designación del promisorio, como ha ocurrido en el presente caso. (Sentencia de 13 mayo 1983; no ha lugar.)

En el proceso formativo del contrato —especialmente si se trata de pisos en construcción— es relativamente frecuente la utilización de fórmulas como la que muestra esta S. El que aparece como primer comprador en documento privado, abonando parte del precio, es el padre u otro ascendiente de la persona a quien definitivamente se destina el piso, con frecuencia en preparativos de boda; se pacta expresamente que la escritura pública se otorgará, bien sea a su favor, bien sea a favor de la persona que en su momento designe. No es una opción de compra, ni la suma adelantada constituye arras o señal de un futuro contrato, sino que las partes quedan ya vinculadas de presente con una estipulación a favor de tercero. Con acierto pasa por alto la relación que pueda haber entre el estipulante y el tercero; en el presente caso, muy probablemente constituye una liberalidad de parte del primer comprador al beneficio de la cláusula, habiéndose denunciado el incumplimiento de las reglas de las donaciones. En realidad se trata de una cuestión interna (relación de valuta) ajena a la validez del contrato en favor de tercero. (G. G. C.)

4. *Reclamaciones judiciales tendentes a la satisfacción periódica del derecho contractual.*—No pueden asimilarse a la facultad optativa o de elección que el artículo 1.124 del Código civil concede al acreedor para decidir entre instar el cumplimiento o la resolución.

*Incumplimiento del contrato.*—De su incumplimiento voluntario y reprochable, como nacido de la libre voluntad, en modo alguno puede ser libe-

rado o purgado de culpabilidad contraventora del pacto por el hecho de haber pagado las cantidades y letras objeto de las reclamaciones judiciales vigente el contrato, pues de suyo resulta que esa actitud no fue voluntaria sino judicialmente impuesta por la acción del acreedor, y que viene a demostrar indudablemente su voluntad obstativa al cumplimiento o al menos un incumplimiento objetivo o justificado en autos.

*Resolución por incumplimiento.*—No se puede llevar a extremos insostenibles la expresión tantas veces utilizada de «voluntad deliberadamente rebelde de no cumplir», que conduciría en buena lógica a la conclusión de exigir «dolo» cuasipenal y a la consecuencia de admitir la posibilidad también racional de calificar ese comportamiento contractual como engañoso, defraudatorio o delictivo, sino que hay que matizar esta exigencia de culpa rayana en el dolo y concluir que lo que se precisa para sancionar judicialmente la resolución de la parte es la apreciación de una conducta contractual renuente que produzca un verdadero incumplimiento, en el sentido de frustrar la legítima expectativa de la parte cumplidora en cuanto al fin del contrato ínsito en la causa.

*Frustración del interés del acreedor.*—Los gastos judiciales hechos para cobrar y el tiempo transcurrido sin percibir el total precio tienen su relevancia en la frustración.

*Cumplimiento parcial. Ejercicio de la acción resolutoria.*—Ya la sentencia de 24 de abril de 1959 había declarado que la ejecución parcial de cada obligación no excluye el ejercicio de la acción resolutoria porque en el artículo 1.124 del Código civil no se distingue entre ejecución total o parcial.

*«Ius variandi».*—El hecho de instar el cumplimiento no veda después pedir la resolución (*ius variandi*), posibilidad que en la interpretación más razonable del artículo 1.124 del Código civil, en cuanto a la opción que concede, permite concluir que si bien instada la resolución no cabe variarla por el cumplimiento, por el contrario si es dable la facultad o posibilidad inversa, es decir, la de optar por la resolución después de ejercitar la acción de cumplimiento, bien que sólo cuando éste resulte imposible.

*Imposibilidad del cumplimiento.*—La noción de imposibilidad no hace referencia, sin más y únicamente, a la física, objetiva o de hecho, sino también a la jurídico-económica, es decir, a la frustración (no a la mera conveniencia) del acreedor por deficiencia, anormalidad o tardanza, resistencia o demora excesiva del deudor en un cumplimiento que no será purgativo por la desaparición del interés en la contraprestación originariamente pactada, convertida en inútil o perjudicial por esa conducta o resistencia a cumplir, auténtico quebrantamiento de la mutua y buena fe contractual y del principio y norma que obliga a estar a lo pactado (artículo 1.091 del Código civil). (Sentencia de 18 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se declaró resuelto por la Audiencia Territorial el negocio celebrado, ya que una de las partes no había abonado totalmente el precio pactado, habiendo sólo pagado determinados plazos a través de compulsión judicial. No prospera el recurso de casación.

**NOTA.**—En esta sentencia se aborda una serie de interesantes cuestiones sobre la resolución del contrato por incumplimiento del deudor, siguiéndose la doctrina jurisprudencial en torno al artículo 1.124 del Código civil.

Pueden verse en este sentido las sentencias de 28 de febrero de 1981 (anotada en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1093-1094) y 30 de junio de 1981 (anotada en este ANUARIO, 1983, II, p. 626) relativas al significado de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento; 25 de febrero de 1983 (anotada en este ANUARIO, 1983, III, pp. 1026-1029) y 5 de junio de 1980 (anotada en este ANUARIO, 1981, I, pp. 201-202) sobre la opción entre exigir el cumplimiento y la resolución del contrato; y 9 de octubre de 1981 (anotada en este ANUARIO, 1982, II, pp. 541-543) sobre el *ius variandi*. (A. C. S.)

5. *Diferencia entre la culpa contractual y la extracontractual. Relación análoga a la contractual. Aplicación preferente de la responsabilidad contractual.*—La culpa extracontractual presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica precedente entre las partes, salvo el deber genérico, común a todos los hombres, del *alterum non laedere*; la contractual presupone una relación preexistente, generalmente un contrato, entre el responsable y la víctima del daño, debiendo aclararse que también puede ir precedida de una relación jurídica que no sea un contrato, sino de otra clase, como la comunidad de bienes o una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado; siendo de tener en cuenta que, como ha observado la S. de 3 octubre 1968, aunque no haya obligación derivada de contrato, si hay otra relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, ello excluye la aplicación del art. 1.902 C. c., pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos sobre la responsabilidad contractual.

*Incumplimiento contractual. Responsabilidad de la empresa municipal encargada del servicio de alcantarillado. Daños por filtraciones.*—Entre la empresa recurrente y la actora y actual recurrida, existía una relación jurídica, si no contractual de derecho privado, al menos enmarcada en el ámbito de los servicios municipales, por virtud de la cual la recurrente se hace cargo de la conservación y reparación de la red de alcantarillado a cambio de la percepción de una suma periódica, a la que contribuye la recurrida, de modo que la obligación de reparación de la red a consecuencia de las filtraciones que causaron daños a la actora no surgió *ex novo* sino que deriva de la relación jurídica preexistente entre ambas, sin que pueda alegarse caso fortuito, ya que debió prever, a consecuencia del deber de vigilancia que le afecta, tales daños y tratar de evitar que se produjeran adoptando las medidas conducentes a ello. (Sentencia de 26 enero 1984; no ha lugar.)

El tema de la acumulación o concurrencia de culpas (contractual y extracontractual), no resuelto legislativamente, tampoco ha merecido una solución jurisprudencial con criterio unánime. Unas veces se deja a la elección de la parte actora y otras se intenta dar criterios objetivos, como ocurre en el presente caso. El tema de fondo es el de la posible prescripción de la acción basada en el art. 1.902, que se soslaya sobre la base de construir una relación análoga a la contractual entre la empresa municipal encargada del alcantarillado y los usuarios, dando por supuesto que la tasa por este servicio es una forma de contribuir a la prestación del mismo, lo que administrativamente puede resultar discutible. (G. G. C.)

6. *Donación conjunta de padres a hija. Revocación por ingratitud. Prueba.*—Según una constante doctrina jurisprudencial, los testimonios de ac-

tuaciones penales y civiles no son documentos auténticos a efectos de demostrar el error de hecho, pues, amén de haber sido objeto, en su mayor parte, de valoración por las sentencias de instancia, no son idóneos, por su propia naturaleza, para impugnar en casación los hechos declarados probados por las sentencias recurridas.

*Prescripción de la acción. Interrupción.*—La apreciación de la prueba suministrada por las partes, acerca de la interrupción, o no, del plazo de prescripción, es de la exclusiva soberanía de la Sala sentenciadora.

*Cuestión sobre la naturaleza del plazo. Suspensión de la caducidad.*—La aplicación de la caducidad a la acción de revocación de donaciones por ingratitud, regulada en el art. 652 C. c., choca con la precisa terminología que el texto legal emplea (S. de 6 abril 1979), y en el presente caso obligaría a trasladar la discusión acerca de la interrupción, o no, del plazo prescriptorio a la determinación de si ha transcurrido el de la caducidad invocada, realizando un cómputo cuya corrección habría de ser planteada en esta instancia por la vía del error de hecho, tomando en consideración las actuaciones penales y civiles llevadas a cabo antes de la facultad actuada en este proceso, habida cuenta de que jurisprudencialmente se ha entendido (SS. de 11 mayo 1966, 20 diciembre 1969 y 21 mayo 1970) que la acción de caducidad debidamente ejercitada —sea en vía administrativa, en acto de conciliación, etc.— permanece viva aunque esté parada, como sucede en los casos de suspensión para tramitar el incidente de pobreza o por consecuencia de actuaciones penales.

*Ingratitud por comisión de algún delito. Irrelevancia civil del indulto penal.*—El auto de procesamiento fue dictado contra la hija donataria por haber causado lesiones al padre con duración superior a los quince días, debiendo entenderse que la agresión al padre en presencia de la madre supone para ésta una vejación, de indudable naturaleza penal, aunque no llegaran a ser punibles por el indulto anticipado de la conducta de la procesada, lo que no impide al juez civil enjuiciarlas y calificarlas, en su dimensión punible, a los solos efectos de fundar la ingratitud. (Sentencia de 23 octubre 1983; no ha lugar.)

NOTA.—Es evidente que las no escasas referencias contenidas en el C. c. a conceptos penales, plantean al intérprete difíciles problemas de interpretación, sobre todo porque el legislador civil no ha previsto las posibles vicisitudes de los hechos punibles en el ámbito de la jurisdicción penal, y su incidencia en el orden civil. Cuando el art. 648-1.º dispone que «podrá ser revocada la donación... por causa de ingratitud... si el donatario comete algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante», no se aclara si el juez civil debe limitarse a «recibir» del penal unos hechos calificados como tales, aplicando entonces la consecuencia establecida en el C. c., o si, por el contrario, podrá gozar de cierta autonomía a la hora de valorar las conductas constitutivas de la ingratitud.

En el 4.º Considerando, y como *obiter dictum*, la S. del TS. (Pte. Casares Córdoba) exterioriza «la más que fundada duda de si el C. c. emplea la expresión «delito» en su acepción técnica generalmente aceptada la acción típicamente antijurídica, culpable y punible o, en el lato sentido, de conductas penalmente sancionables y, como tales, ostensiblemente reveladoras de ofensa e ingratitud del donatario para con el donante, ya que si esta última interpretación amplia parece contraria a la expresión literal «delito» que la norma civil emplea, de aquella otra estricta surgen problemas que

impugnan seriamente su aceptación, entre ellos todos los nacidos de la extinción de responsabilidad penal por los Tribunales de ese orden (indulto anticipado, muerte del reo, etc.), o de la no punibilidad de la conducta, no obstante contener, como en el supuesto de la excusa absolutoria de próximos parientes (respecto de los delitos en que esta excusa entra en juego) el mayor coeficiente de desconsideración e ingratitud para con el donante cuyo techo cobija al donatario; si a ello añadimos la certidumbre de que el texto legal no usa las expresiones «delitos contra la persona, la honra o los bienes del donante» con precisión técnica alguna, puesto que, de no entenderlo así, se llegaría al absurdo de que, de toda la gama de delitos que el Código penal comprende, sólo determinan ingratitud, a efectos de la revocación de donaciones, los contra la vida e integridad corporal, los que lo sean contra la honra (por cierto, no figurados penalmente bajo esta rúbrica) y los atentados contra la propiedad, dando a estos últimos una acusadísima preferencia como reveladores de ofensa al donante víctima de ellos. sobre aquellos otros, indudablemente más graves, como son los tipificados contra la libertad y seguridad, honestidad, etc., que quedarían excluidos de la nota de ingratitud, todo lo cual agudiza los problemas que suscita la interpretación literal del Código. A continuación señala el contraste con la clara amplitud del término en las causas de indignidad para suceder o de desheredación.

Esta discreta llamada de atención por el TS. acerca de los problemas exegéticos de la revocación de donaciones por ingratitud, parece que debe ser recogida, tanto por la doctrina para profundizar en su estudio, como por el legislador para propiciar una reforma. (G. G. C.)

7. *Venta a ensayo o prueba.*—Configurable por los contratantes bajo condición resolutoria o suspensiva en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial, se presume siempre hecha bajo la segunda modalidad de evento condicionante de no constar voluntad de los intervinientes en el contrato, según preceptúa el artículo 1.453 del Código civil, lo que significa que la operación se perfecciona cuando, una vez comprobadas las cualidades de la cosa y su utilidad para el destino previsto, es aceptada por el comprador, asumiendo las obligaciones que le incumben y por lo tanto la del pago del precio.

*Condición «si voluero».*— Autorizar al comprador para desistir a su antojo de un convenio perfecto y consumado, sin otra condición que la de su libre querer (*si voluero*), equivaldría a dejar el cumplimiento del contrato a la sola voluntad de uno de los contratantes, vulnerando la prohibición establecida en el artículo 1.256 del Código civil, y no puede olvidarse, además, el criterio de este Cuerpo legal contrario a las estipulaciones que hacen depender la purificación la subsistencia o la fijación de uno de los elementos del negocio de la unilateral decisión de cualquiera de los otorgantes (arts. 1.115. 1.119 y 1.449).

*Hermenéutica contractual.*—Plantea un problema de hermenéutica contractual, que tendría que ser suscitado por la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

*Interpretación del contrato.*—La tarea interpretativa constituye materia reservada a los organismos jurisdiccionales de instancia y sólo cabe su censura en casación cuando los resultados a que se ha llegado han de tenerse por desorbitados o ilógicos, aunque quepa alguna duda sobre la cabal exactitud. (Sentencia de 15 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Según afirman las sentencias de una y otra instancia, las sucesivas operaciones de compraventa de maquinaria para la industria de con-

fección propiedad del recurrente, atendidas por el demandado recurrido, expresando en los respectivos albaranes que se trata de «entrega condicional», fueron seguidas en la generalidad de los casos por la total conformidad del adquirente, teniendo a las máquinas por aptas en razón de sus características, haciendo pagos en numerario y aceptando letras de cambio por las sumas aplazadas, sin que en manera alguna pueda ser admitida la versión de los hechos dada por el recurrente, en el sentido de que el comprador estaba facultado para desligarse a su arbitrio del vínculo contractual, si libremente entendía que a las circunstancias de su establecimiento no era conveniente proseguir la utilización de la maquinaria adquirida.

NOTA.—En el marco de las ventas hechas a calidad de ensayo o prueba, no cabe la condición «si voluero», como señala el Tribunal Supremo en la sentencia que anotamos y la doctrina (cfr. Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, II, 4.ª ed., Madrid, 1983, p. 380). Es indudable que en este tipo de ventas, la condición no depende del libre querer del comprador. *Objetivamente*, por medio del ensayo o prueba, se comprueba si la cosa tiene o no las cualidades que han sido determinantes de la compra. Una vez que la prueba ha sido positiva, el comprador carece de facultad de desistir del contrato. (ACS).

8. *Resolución en los casos de venta de inmuebles.*—La operancia de la resolución que el artículo 1.504 del Código civil contempla en los casos de venta de inmuebles, no actúa por el simple hecho del requerimiento sino que exige concurrencia de una voluntad reiteradamente rebelde al cumplimiento de sus obligaciones por parte del vendedor, que en la sentencia impugnada no ha sido apreciada.

*Interpretación de los documentos.*—Para disentir de la interpretación que en la instancia se hace de los mismos sólo cabe el cauce del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley procesal, con denuncia de las normas de hermenéutica contractual infringidas, pero no por el número séptimo de dicho artículo.

*Incongruencia positiva.*—Ha de utilizarse necesariamente el cauce del número tres y no del dos del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

*Reconvención implícita.*—Es reiterada doctrina de esta Sala, que cualquier pretensión del demandado que no se reduzca a pedir que se le absuelva de la demanda, implica una reconvención implícita, lo que supone actuar una nueva pretensión que obligaba al Tribunal a pronunciarse sobre ella, sin que al hacerlo incida en la incongruencia que se denuncia, como ya dijo la sentencia de 27 de octubre de 1967. (Sentencia de 1 de diciembre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de compraventa de un piso. El comprador solicitó en la demanda que se declarase su derecho a que el contrato fuese elevado a escritura pública. Los vendedores pidieron en reconvención que se declarase resuelto el mencionado contrato de compraventa. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron ambas pretensiones. No prospera el recurso de casación interpuesto por los vendedores.

NOTA.—Al dirigirse la concurrencia de una voluntad reiteradamente rebelde al cumplimiento en esta sentencia, se pone en clara relación el artículo 1.504 con el 1.124 del Código civil. Como señala en la Sentencia de 30 de octubre de 1981, anotada en este ANUARIO (1983, II, p. 635), el artículo 1.124 tiene un carácter genérico que complementa al específico del 1.504. También en este artículo es de aplicar la necesidad de que medie una voluntad rebelde al

cumplimiento. Con ello, sin embargo, como apuntan Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de derecho civil*, II, Madrid, 1983, 4.ª ed., p. 370), los efectos del artículo 1.504 son muy debilitados. (ACS).

9. *Arrendamiento de finca urbana. Daños por incendio. Responsabilidad del arrendatario. Presunción de culpabilidad.*—El artículo 1.563 C. c. dispone que el arrendatario es responsable del deterioro o pérdida que tuviera la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya, de donde deriva una presunción *iuris tantum* de culpabilidad contra el arrendatario; y como la ley presume también que el arrendatario recibió la cosa en buen estado, salvo prueba en contrario, y en el presente caso no se ha acreditado que el arrendador entregase al arrendatario el inmueble locado en deficientes condiciones para su utilización, y, menos aún, que tales no probadas deficiencias hayan influido, con relación causa-efecto, en el siniestro operado, es clara la responsabilidad del arrendatario.

*Facultad moderadora de la responsabilidad contractual.*—La facultad de moderación de la responsabilidad por negligencia contractual que se contempla en el artículo 1.103 C. c., según aclara una reiterada doctrina de esta Sala, tiene un carácter eminentemente discrecional que, si bien no tiene un sentido absoluto, es una facultad soberana de la Sala, irrevisable en casación. (Sentencia de 24 de septiembre de 1983; no ha lugar.)

10. *El «leasing» o arrendamiento financiero.*—El Decreto-Ley de Ordenación Económica de 25 de febrero de 1977, aunque de carácter predominantemente fiscal y financiero, recoge en su artículo 19 sus rasgos característicos, tal como aparecen en la realidad social cotidiana, al conceptuarlos como aquellas operaciones que cualquiera que sea su denominación consisten en el arrendamiento de bienes de equipo adquiridos para dicha finalidad por empresas con dicho objeto social y según las especificaciones señaladas por el futuro usuario a cuyo arrendamiento acompaña una opción de compra

*La distinción entre el «leasing» o arrendamiento financiero y la venta a plazos de bienes muebles con reserva de dominio.*—Estos contratos son jurídicamente distintos pues como dice la sentencia de esta Sala de 8 de abril de 1981 el parecer más autorizado conceptúa al «leasing» de contrato complejo o atípico gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el «leasing» opera como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos lo que permitiría la aplicación del artículo 2 párrafo 2.º de la Ley de 17 de julio de 1965 habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el «leasing» como si fuera una compraventa de aquella modalidad pues la finalidad económica respectivamente perseguida por una y otra operación es distinta

*La distinción entre el «leasing» o arrendamiento financiero y el préstamo de financiación a comprador de bienes a plazos.*—Viene determinada por ser éste un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado su

importe por el precio aplazado de la compraventa y estar limitado el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno.

*Naturaleza arrendaticia del «leasing».*—No puede sacarse consecuencia alguna contraria a la naturaleza arrendaticia del contrato.

*Obligación de devolución.*—Dicha tenencia es consecuencia obligada de la cesión de uso que el contrato de arrendamiento supone e implica a la vez la obligación de devolver el rodillo autopropulsado al dueño a la finalización del contrato locativo. (Sentencia de 18 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se celebró un contrato de «leasing» por cuya virtud la sociedad de leasing cedió al usuario un rodillo autopropulsado. Debido a que un acreedor del usuario embargó esta máquina, la sociedad de «leasing» interpuso demanda de tercería de dominio, alegando principalmente que era propietaria de la misma. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda de tercería de dominio. Prospera el recurso de casación interpuesto por la sociedad de «leasing».

**NOTA.**—La doctrina de esta sentencia es, a nuestro juicio, plenamente acertada, ya que afirma el carácter esencialmente arrendaticio del «leasing financiero y con toda lógica no considera aplicable la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, tal como precedentemente había señalado nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 10 de abril de 1981, que anotamos en este ANUARIO (1981, IV, pp. 1096-1099). De notable interés es el resultando 1.º de la sentencia, ya que aparecen en él reflejadas diversas cláusulas que son comúnmente utilizadas en el tráfico y que configuran su contenido esencial. En ellas se apoya el Tribunal Supremo y la doctrina científica para afirmar el carácter arrendaticio del «leasing» financiero (cfr., nuestro trabajo *La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales*, en este ANUARIO, 1982, I, p. 41 ss.). (ACS).

11. *Pago sin reserva de los aljibes construidos. Protesta tardía.*—Motivo que ha de decaer habida cuenta de que, en efecto, la denotada afirmación de la resolución impugnada tiene incontrovertible soporte fáctico en los documentos de liquidación y finiquito de fechas primero de julio y primero de septiembre de 1977 afectantes, respectivamente, al primero y segundo aljibe, no siendo lógico ni racional admitir que lo que se saldó sin protesta en unas fechas determinadas pueda desvirtuarse por lo alegado en otra bastante posterior y menos al efecto de deducir de tal tardía protesta que la sentencia que apreció la trascendencia de aquella prueba documental incurriera en error de hecho.

*Prueba pericial.*—Como ha sancionado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala tanto el artículo 1.243 del Código civil como el 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no tienen el carácter de preceptos valorativos de la prueba a efectos del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal sino que constituyen una regla formal que no puede ser citada en casación como Ley infringida quedando dicha prueba a la apreciación y criterio del juzgador.

*Desistimiento unilateral del comitente. Determinación de la indemnización.* Mas olvida al argumentar así que la referida sentencia, según sus razonamientos, en trance de concretar la indemnización precedente lo verifica, a falta de otros elementos probatorios, acogiendo como criterio estimativo el generalizado que da como presupuesto una utilidad del quince por ciento con carácter

neto, pues no es dable inferir que gastos cual los de dirección de obras y otros generales no fueran comprendidos con criterio lógico en los de «ejecución material de lo contratado», provocando ello la desestimación del motivo.

*Cálculo del beneficio industrial.*—Es por ello obvio que a los fines del cálculo del beneficio industrial debe incluirse en el presupuesto de ejecución de la obra el importe de los materiales. (Sentencia de 13 de mayo de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se celebró un contrato de obra para la construcción de seis aljibes. Al concluirse la construcción del segundo, el comitente comunicó al constructor que no construyese los restantes. Por este motivo el constructor lo demandó solicitando indemnización por los gastos, trabajo y utilidad dejada de obtener. El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda, fijando una determinada suma de dinero por los perjuicios sufridos por el constructor, que fue aumentada por la Audiencia Territorial. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comitente.

**NOTA.**—En esta sentencia nuestro Tribunal sigue la doctrina acogida en otras anteriores sobre la interpretación del artículo 1.594 del Código civil, referente al desistimiento unilateral del comitente. Entre las más recientes cabe citar a las sentencias de 7 de octubre de 1982, que anotamos en este ANUARIO (1983, II, pp. 648-649), y 15 de diciembre de 1981, también anotada en el mismo (1982, III, pp. 953-955).

Muy interesante es la relevancia que da nuestro Tribunal Supremo al pago sin reserva por el comitente de los aljibes entregados. Ya hemos puesto de relieve que el pago del precio implica normalmente la aceptación de la obra entregada al comitente (*La recepción de la obra*, en este ANUARIO, 1978, II, pp. 295-296) y es lógico que, una vez pagada y recibida sin ningún tipo de reservas, éste, al cabo de los años, no pueda alegar la existencia de defectos, irregularidades o anomalías que conocía o debía conocer por su carácter aparente y no denunció al recibirla, pagando el precio convenido. Esta es, además, la solución acogida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de diciembre de 1982, que también hemos anotado en este ANUARIO (1983, III, pp. 1031-1032), y en determinados ordenamientos jurídicos, como hemos expuesto en la anotación a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1983 (en este ANUARIO, 1983, III, pp. 1026-1029). (ACS).

12. *Contrato de arquitecto. Estatuto jurídico.*—El contrato llamado de arquitecto (*Architektenvertrag*), modalidad del contrato de ejecución de obra y del de prestación de servicios, puede admitir en la práctica matices muy variados según hasta donde alcance la actividad de aquel profesional; su estatuto jurídico si bien se rige principalmente por las normas del Código civil y las reglas generales de la contratación contenidas en dicho Cuerpo legal, no se sustrae a la intervención administrativa paraestatal, en cuanto que su configuración interna está prefijada a tenor de las normas contenidas en los Estatutos para el régimen y gobierno de los Colegios de arquitectos, aprobados por Decreto de 13 de junio de 1931.

*Intervención del Colegio de arquitectos.*—La regulación de efectos internos profesionales repercute para el particular transformando el contrato con el arquitecto en un contrato de adhesión, al menos en cuanto hace relación al alcance de la vinculación del arquitecto a su Colegio; de todo ello deriva, por un lado, la intervención del Colegio en el cobro de honorarios y en su fijación y por otro, la postulación que desde un punto de vista sustantivo ejerce la compañía para reclamar el pago de honorarios, y también, como

faceta ineludible de su fijación según tarifa vigente, en su intervención procesal, cuando, como en el caso debatido, se solicita una rectificación de aquella fijación de honorarios

*Legitimación del Colegio de arquitectos.*—Está legitimado tanto para demandar como para ser demandado y su vinculación a un litis donde, en definitiva, se discute la fijación de honorarios en un caso concreto.

*Función del Colegio de arquitectos. No actúa como mandatario de sus colegiados.*—No puede aceptarse que el Colegio recurrente en su función cuasi pública, de supervisión y de defensa de los derechos e intereses profesionales y de promulgación de normas reglamentarias de tipo interno, aplicando las tarifas vigentes, actúe como mandatario de sus colegiados, sino precisamente todo lo contrario, pues su actuación se desarrolla en un plano de superioridad y de defensa de intereses corporativos, sin tener que sujetarse a mandato alguno de sus miembros integrantes en concepto de profesionales individuales. (Sentencia de 29 de septiembre de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El actor encargó al arquitecto demandado la realización de un proyecto para la edificación de determinadas viviendas. En la demanda interpuesta contra el arquitecto y el Colegio de arquitectos al que pertenecía, se solicitó que se declarara que la cuantía de la minuta era excesiva y se condenara a los demandados a la devolución de la cantidad indebidamente percibida. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial consideraron excesiva la cuantía de la minuta. No prospera el recurso de casación, en uno de cuyos motivos se señaló que el Colegio de arquitectos actuaba como mandatario del arquitecto demandado.

**NOTA.**—Esta sentencia es fundamental para comprender el significado de la intervención de los Colegios de arquitectos, tanto en el ámbito procesal como en el extraprocesal. Destaca especialmente la afirmación de que el Colegio de arquitectos no actúa como mandatario del arquitecto colegiado cuando defiende los intereses profesionales de éste. El argumento fundamental se encuentra en que la actuación del Colegio de arquitectos se enmarca en la defensa de intereses «corporativos».

En nuestra doctrina, un punto de vista semejante en torno al contrato de arquitecto y la función de los Colegios de arquitectos es mantenido por SANTOS BRIZ (*El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*, en Revista de Derecho Privado, 1972, p. 385 ss.; también en *Derecho civil. Teoría y práctica*, IV, Madrid, 1973, p. 341 ss.). Véase también FERNÁNDEZ COSTALES, que analiza el régimen jurídico del contrato de arquitecto y de los Colegios de arquitectos en su monografía *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1977. (ACS).

13. *Arbitraje. Excepción dilatoria.*—En consonancia con el carácter de procedimiento privado de la jurisdicción arbitral, para que el otorgamiento de un compromiso arbitral impida a los jueces y tribunales conocer de la controversia sometida a árbitros es necesario que la parte a quien interese invoque el compromiso mediante la correspondiente excepción, que tendrá carácter previo en aquellos procedimientos que admitan defensas de esta clase, como preceptúa el artículo 19 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, de 22 de diciembre de 1953.

*Contratos verbales.*—La jurisprudencia de esta Sala, atendiendo a los términos literales de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil, ha declarado que no son aplicables a los contratos verbales.

*Alegación conjunta de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil.*—No es admisible, puesto que como ya declaró la sentencia de esta Sala de 17 de marzo del año en curso, se falta al mandato del artículo 1.720 de la Ley Procesal Civil al no señalar qué párrafo del 1.281 es el invocado y se olvidó que el artículo 1.282 es supletorio únicamente del párrafo segundo del 1.281 y no del primero.

*Interpretación del contrato. Elementos objetivos.*—El haber de atender a una voluntad «común», no es lo que cada uno de ellos quiso, sino lo que decida un observador imparcial, es decir, el Tribunal «a quo», con arreglo a lo pactado, a la buena fe, al uso y a la ley, como se deduce del artículo 1.285, y en esta operación, como manifiesta la regulación legal, hay un predominio de elementos objetivos.

*Interpretación integradora. Pacto sobre revisión de precios en el contrato de obra.*—El uso y la costumbre del país a que alude el artículo 1.287, según lo anteriormente razonado, sirven para suplir en contra de los intereses de la recurrente la omisión de la cláusula o pacto sobre revisión de precios, tenidas en cuenta las circunstancias de tiempo y sobre la realidad social en que se han venido desarrollando los contratos de ejecución de obras de larga duración.

*Daños morales y patrimoniales.*—Su apreciación y valoración es cuestión de hecho, que corresponde a la exclusiva y soberana apreciación de los Tribunales de Instancia. Sentencia de 8 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se convino mediante un contrato verbal efectuar unas obras de urbanización. No obstante la no existencia de contrato originario escrito, el contratista reclamó una determinada suma de dinero, a la que llegó previa aplicación de la revisión de precios acordada por Decreto de 19 de diciembre de 1970 sobre contratos del Estado. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial negaron que durante los diez años de vigencia del contrato de obra rigieran los precios originarios y consideraron de equidad aceptar, al menos como tácitamente convenida, la revisión de precios efectuada por el contratista. No prospera el recurso de casación del comitente.

**NOTA.**—Hay que tener en cuenta que es doctrina constante del Tribunal Supremo que es posible la revisión de precios en el contrato de obra, siempre que exista una concorde voluntad de las partes. El artículo 1.593 del Código civil no contiene una norma de derecho necesario y no implica, por tanto, una limitación legal a la voluntad contractual, sino un complemento de la misma (Sentencias de 29 de junio de 1981, anotada en este ANUARIO, 1982, I, pp. 262-263, y 4 de abril de 1981, que anotamos en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1105-1106). Sucede, sin embargo, que en el caso de la sentencia que anotamos no existía un pacto de revisión de precios, lo cual planteaba problemas para la aplicación de dicha doctrina. Por ello nuestro Tribunal Supremo tiene en cuenta el artículo 1.287 del Código civil, que establece un criterio de interpretación integradora del contrato. Pero la aplicación de este precepto no deja de plantear problemas en este caso ya que es el uso o la costumbre del país lo que según el mismo, ha de tenerse en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos. Parece indudable que nuestro Tribunal Supremo estima que la cláusula de revisión de precios en el contrato de obra es una cláusula «usual» en nuestra realidad social, y de aquí deduce la aplicación del citado precepto.

Conviene destacar que, al margen de todo acuerdo de las partes y de la problemática aplicación del artículo 1.287, nuestro Tribunal Supremo, y también numerosos autores, han considerado pertinente la aplicación de la

teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* si se cumplen una serie de condiciones determinadas con exactitud por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1957, comentada por DIEZ-PICAZO (*Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1973, pp. 566-569). En este sentido la sentencia de 7 de noviembre de 1980, que anotamos en este ANUARIO (1981, III, pp. 899-901). (ACS).

14. *Relación entre aparejador y dueño de la obra.*—Es obvio que la relación aparejador-dueño de la obra es contractual y su posible responsabilidad por contravención exigible al amparo del artículo 1.104 del Código civil, pero sin aplicar a su conducta la especial temática de la culpa aquiliana referente a la teoría del riesgo, que responde a una motivación distinta en aras de la seguridad exigible en las relaciones generales de la vida no previstas por el cauce particular y concreto de un contrato como es el caso de autos.

*Inaplicación de las reglas de la responsabilidad aquiliana a la contractual.* Como ya se dijo en sentencias de 11 de marzo de 1967 y 7 de abril de 1983, son netamente diferenciables los regímenes de las dos clases de responsabilidad y sería excesivo aplicar las reglas de la aquiliana a la contractual, al estar dotada ésta de precisiones de hecho y normativas concretas o más susceptibles de precisión.

*Presupuesto de aplicación del artículo 1.591 del Código civil.*—La aplicación de este precepto al aparejador presupone que su conducta sea calificada como negligente o culposa.

*Deuda de intereses. Falta de liquidez.*—No puede calificarse de condena de cantidad líquida cuando se remite su fijación y exigencia al período ejecutivo del fallo, momento procesal en el que es posible, lícitamente, la discusión o controversia de partidas o cantidades por obras y gastos hechos por el Patronato reclamante, circunstancia que excluye la noción de liquidez en los términos y tiempo del fallo, al estar necesitada de concreción, según para otros supuestos declaran las sentencias de 30 de marzo y 8 de junio de 1981.

*Distinción entre el contrato civil y el administrativo.*—Tanto la doctrina moderna como la jurisprudencia han matizado la distinción entre el contrato civil y el administrativo en el sentido de cargar el acento diferencial en el fin perseguido por el convenio, es decir, que sería administrativo cuando lo fuese referido a obras y servicios públicos, no cuando meramente interviene la Administración, con la característica de integrar una proyección directa al interés público, al servicio de la colectividad.

*Interpretación y aplicación de las normas jurídicas.*—El criterio finalista ha de presidir en última instancia tanto la interpretación como la aplicación de las normas, sean sustantivas o procesales, según enseña el artículo 3,1 del Código civil

*Acto propio de asunción de responsabilidad.*—Consta de modo explícito, bajo su firma, esa aceptación de responsabilidad en unión de los otros presuntos responsables, acto que evidentemente le vincula de modo concreto en cuanto al contrato que le ligaba y en general por las disposiciones de ese orden del Código civil (arts. 1.088 y siguientes).

*Responsabilidad solidaria.*—Tiene lugar cuando no sea posible discriminar la específica responsabilidad de los partícipes en el resultado dañoso final. (Sentencia de 5 de octubre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Por graves vicios de construcción en dos grupos de viviendas, la Audiencia Territorial, rectificando el fallo del Juez de Primera Instancia, condenó solidariamente a los contratistas y al arquitecto y absolvió a los herederos del aparejador y al Colegio de arquitectos. Se tiene en cuenta que dichos contratistas y el arquitecto se comprometieron a reparar los efectos y abonar los gastos y perjuicios. No prosperan los recursos de casación interpuestos.

NOTA.—En esta importante sentencia se abordan numerosas cuestiones de índole diversa. Es interesante la diferenciación que se establece entre el régimen de la responsabilidad contractual y de la aquiliana. Ciertamente, cualquier intento de unificación del régimen jurídico de uno y otro tipo de responsabilidad tropieza inevitablemente con obstáculos, aunque, como dicen Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de derecho civil*, II, Madrid, 1983, p. 611), no hay más diferencias de régimen, pues el asiento es el mismo dentro del Código civil: una acción u omisión culposa que daña a otro. Véanse las interesantes apreciaciones de VINEY (*Traité de droit civil*, bajo la dirección de GHESTIN, t. IV, *Les obligations. La responsabilité - Conditions*, París, 1982) y AUBERT (*Droit civil. Les obligations*, vol. 2, *Sources: Le fait juridique*, París, 1981) sobre la cuestión.

En relación con el controvertido problema de la distinción entre el contrato civil y el administrativo se sigue en esta sentencia el criterio mantenido de forma constante por la jurisprudencia. Véase la sentencia de 11 de mayo de 1982, anotada por ELIZALDE en este ANUARIO (1983, I, p. 317), que como dice este autor atribuye al contrato administrativo un ámbito de aplicación tan amplio como el señalado por la doctrina administrativista y la jurisprudencia contencioso-administrativa. La tendencia hacia la ampliación se encuentra claramente indicada en los artículos 4 de la Ley de Contratos del Estado y 7 de su Reglamento.

Respecto del contrato de obra y la responsabilidad de los profesionales de la construcción se sigue manteniendo el reiterado criterio jurisprudencial del carácter solidario de la responsabilidad de éstos (consúltense las anotaciones a las sentencias de 6 de octubre de 1982 y 22 de noviembre de 1982, en este ANUARIO, 1983, II, pp. 649-655). También se afirma que la aplicación del artículo 1.591 presupone una conducta negligente o culposa; pero en la reciente sentencia de 11 de noviembre de 1982, que anotamos en este ANUARIO (1983, II, pp. 635-655) se afirma que para la aplicación del artículo 1.591 basta que quien en él se ampare acredite que se ha producido una situación de ruina generante de daños y perjuicios apreciados y denunciados dentro de los diez años contados desde que se concluyó la construcción y que sea debida a vicios del suelo.

A nuestro juicio, como hemos señalado en la anotación de esta sentencia, el citado precepto configura una responsabilidad en buena medida objetivada, que justifica la existencia de una presunción *iuris tantum* de culpa en caso de ruina acaecida durante el plazo de garantía decenal. (ACS).

15. *Contrato de obra. Cláusula «rebus sic stantibus»*.—Tanto los Tribunales como esta Sala han admitido y admiten la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» como solución justa de los problemas planteados, si bien con la exigibilidad de ciertos presupuestos y requisitos, entre ellos el de la concurrencia de hechos o acontecimientos imprevisibles e imprevistos para las partes, y de tal entidad o enjundia que puedan provocar el desequilibrio de las prestaciones básicas del contrato como fundantes de la justa reciprocidad de los intereses en juego; pero cuando esas circunstancias no aparecen, bien porque la desigualdad sobrevenida no traspasa los límites tolerables para la economía contractual, ora porque las partes previeron o anunciaron anticipadamente los riesgos, es evidente que los Tribunales han de sopesar e incluso

respetar esa previsión como integrante del negocio o contrato, como cláusula expresa que invalida la implícita «rebus sic stantibus».

*Elección de la acción ejercitable: la resolutoria o la de desistimiento del artículo 1.594 del Código civil.*—No puede exigirse ni imponerse a una parte contratante el ejercicio de una u otra acción, es decir, la resolutoria que ejercita o la del desistimiento, ya que a él corresponde su elección y en este sentido, por tanto, se cometería incongruencia si se estimara infringido por el Juez el artículo 1.594 del Código civil por no aplicarlo. (Sentencia de 16 de junio de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se celebró un contrato de obra para la construcción de un chalet. En la cláusula quinta del contrato suscrito se disponía que «no se considera como justificación de demora... las huelgas de los trabajadores del ramo de la construcción». Debido a la huelga de la construcción y a otras causas, el contratista dejó paralizada la obra. Por tal motivo el comitente resolvió el contrato por incumplimiento. A ello se opuso el contratista, que invocó la doctrina de la cláusula «rebus sic stantibus». El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial consideraron procedente la resolución del contrato de obra por incumplimiento. No prospera el recurso de casación interpuesto por el contratista.

**NOTA.**—Es indudable que la *ratio* de esta sentencia se encuentra en la cláusula quinta del contrato de obra suscrito por las partes, pues parece claro que, de no mediar semejante cláusula, si sería lógica la aplicación de la doctrina de la cláusula «rebus sic stantibus». En este sentido esta sentencia nos recuerda a la de 27 de enero de 1981, que también anotamos en este ANUARIO (1981, IV, pp. 1100-1102), en la que tampoco se considera aplicable la doctrina de la cláusula «rebus sic stantibus» porque no se cumplían los requisitos necesarios para ello, que aparecen señalados en la importante sentencia de 17 de mayo de 1957, comentada por Díez-PICAZO, en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. 1.º, Madrid, 1973, pp. 566-569. Véase también sobre esta problemática la sentencia de 7 de noviembre de 1980, que anotamos en este ANUARIO (1981, III, pp. 899-901).

Nuestro Tribunal Supremo deja a elección del comitente el ejercicio de la acción resolutoria o de la de desistimiento, lo cual sólo tiene sentido en la medida en que se cumplan los requisitos de una y otra acción. En el caso de la sentencia tenía una gran trascendencia jurídica la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria, porque si se hubiera aplicado el artículo 1.594 del C. c. el comitente debería indemnizar al contratista de todos los gastos, trabajo y utilidad que hubiera podido obtener con la obra.

(A. C. S.)

16. *Contrato de obra. Alteración de la obra proyectada.*—No puede desconocerse que el texto del contrato suscrito al contemplar en la cláusula séptima el supuesto de alteración de la obra proyectada, no sólo no exige la previa autorización de la dueña para cualquier cambio del proyecto inicial, sino que, literalmente, aceptar la valoración y reembolso de toda rectificación que se haga con tal de que hubiera sido «autorizada por escrito por el Sr. Arquitecto Director», estableciendo así una normativa perfectamente válida, al amparo, precisamente, del principio de libertad de contratación, que excluye la necesidad de aquel permiso previo de la dueña de la obra en que el motivo de casación pretende cobijo para hacer reembolsables las alteraciones llevadas a cabo con el correspondiente visado técnico. (Sentencia de 16 de septiembre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra para la construcción de determinadas viviendas. Los contratistas reclamaron al comitente la diferencia existente entre el costo de lo ejecutado y lo percibido en pago. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial condenaron al comitente a abonar una determinada suma de dinero a los contratistas. En el recurso de casación se alegó que se introdujo un cambio en el proyecto que no fue autorizado por el comitente, como exige el artículo 1.593 del Código civil. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto.

NOTA.—La solución de la sentencia que anotamos se explica por existir una cláusula en el contrato celebrado por el comitente y los contratistas. No cabe duda que si no hubiese existido tal cláusula, que se considera lícita en virtud del principio de libertad de contratación (art. 1.255 del C. c.), hubiese sido preceptiva la autorización del comitente en atención a lo dispuesto en el artículo 1.593 del Código civil ya una doctrina constante del Tribunal Supremo que admite que la autorización puede ser expresa o tácita. Véanse las sentencias de 28 de enero de 1983, que anotamos en este ANUARIO (1983, III, pp. 1025-1026), 31 de mayo de 1982, que anotamos en este ANUARIO (1982, III, pp. 952-953), 17 de diciembre de 1980, que también anotamos en este ANUARIO (1981, III, p. 898) y finalmente la de 26 de diciembre de 1979, anotada en este ANUARIO, 1980, IV, pp. 1100-1101).

(A. C. S.)

17. *Legitimación activa del comodatario para reclamar contra terceros causantes de daños en la cosa comodada. Responsabilidad del constructor y del arquitecto por mal estado de la conducción de agua. Inaplicabilidad del artículo 1.752 C. c.*—En modo alguno puede admitirse que de todo evento dañoso que el comodatario pudiera sufrir, cualquiera que sea el agente productor, sea necesariamente responsable el comodante, por aplicación del artículo 1.752 C. c., pues lo que en dicho precepto es objeto de específica regulación, son las consecuencias deducidas de las relaciones entre las partes, como derivadas del contrato, de aquí que si los eventos dañosos son atribuibles a un tercero, y dimanen de culpa extracontractual, la legitimación del comodatario es incuestionable, como sucede en el caso de las mercancías almacenadas en un sótano, por cesión gratuita del propietario, que resultan dañadas por el mal estado de las conducciones de agua, del que son responsable el arquitecto y el constructor con arreglo a los artículos 1.902 y 1.909. (Sentencia de 14 febrero 1984; ha lugar.)

NOTA.—Estamos ante otro caso de superposición o concurrencia, al menos parcial, de obligaciones contractuales y extracontractuales, que la sentencia extractada resuelve acertadamente. Demostrada la realidad del daño causado al comodatario, el evento dañoso y la relación de causalidad, el problema radica es decidir contra quién se dirige la acción. Si atendemos a cierta dirección jurisprudencial (últimamente sentencia de 26 enero 1984, extractada en este mismo ADC), cabría apoyarse en el artículo 1.752 C. c. para exigir responsabilidad al comodante por los vicios de la cosa conocidos por él. Sin embargo, no hay que olvidar la especial naturaleza de este contrato, que hace calificar —con la doctrina más reciente (MARÍN PÉREZ, *Comentarios Albaladejo*, tomo XXII-1.º, p. 85)— de impropiedad del C. c. el que hable de obligaciones del comodante, dando al contrato un sabor de reciprocidad que en sí no tiene, pues los deberes del comodante son de constitución o derivados de la teoría general de las obligaciones. La clara legitimación del comodatario para reclamar los daños al arquitecto y constructor apoya la doctrina de la naturaleza legal o extracontractual de la responsabilidad ex art. 1.591, al que, en definitiva, se reconduce el artículo 1.909

(G. G. C.)

18. *La distinción entre los contratos administrativos y los civiles.*—Que este primer motivo del recurso replantea el tema, siempre vivo y por lo demás arduo, de la delimitación entre los contratos civiles y los administrativos a que viene entregada una larga e inacabada elaboración doctrinal y jurisprudencial, cuya proyección sobre el artículo 4, regla 2.ª de la Ley de Contratos del Estado, en la redacción dada por la de 17 de marzo de 1973, que amplía el criterio diferenciador finalista —obras y servicios públicos— del apartado a) del artículo 3.º de la Ley Jurisdiccional, incluyendo, en la consideración de contrato administrativo, al lado del tradicional de suministro, aquellos otros de contenido patrimonial, entre ellos el de préstamo, a los que la ley atribuya tal carácter administrativo, así como a los que estén vinculados al desenvolvimiento regular de un servicio público o que revistan características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato, obliga a rechazar la tesis que propugna la naturaleza administrativa del cuestionado.

*Naturaleza civil del contrato.*—Es manifiesto que ni existe vinculación, del discutido convenio, a un servicio público en su desenvolvimiento regular, ni el mismo —el convenio— reviste caracteres que hagan precisa una especial tutela del interés público para su desarrollo, ni, en él, aparece siquiera un actuar de la Administración, funcionalmente revestida de tal carácter, en orden a introducir cláusula exorbitante alguna, ni es observada ninguna particular regla de formación del contrato, el cual, en suma, no puede decirse que acuse, al hilo de la distinción preconizada en gran parte de la doctrina y en recientes sentencias de este Tribunal de que es muestra la de 11 de mayo de 1982, modulación o particularidad alguna fruto de la presencia de la Administración dentro del estricto giro o tráfico administrativo entendido como ámbito de actuación que corresponde a las funciones peculiares de la misma Administración, a la cual, por otra parte, en fuerza del principio de buena fe, que ha de regir sus relaciones con los administrados, no le es lícito, en este caso, ampararse en sutiles y discutibles elaboraciones acerca de la naturaleza administrativa de un contrato celebrado con un particular bajo un pie de igualdad para dilatar por más tiempo su enfrentamiento con la postulada indemnización por unos daños acaecidos en el, ya lejano, primer semestre de 1976 y de los que el correspondiente Departamento ministerial tuvo noticia.

*Incongruencia.*—Existe sustancial alteración del «petitum» al señalar quiénes han de ser los concretos peritos llamados a intervenir, mandato que, además de no postulado, incide en la facultad de concordancia que, en este punto, ostentan los litigantes para decidir quiénes han de ser los llamados a dictaminar acerca del alcance de sus intereses privativos, provocando una incongruencia que se acentúa al otorgarse, en la misma sentencia, al demandante la potestad —tampoco pedida— de optar por la restauración de la obra a cargo de la Administración demandada y al acordar por último, que, en función de esta unilateral decisión, sea fijada la indemnización procedente, todo lo cual establece una zona de ultra y extra peticiones, en la que, claramente, se infringe el principio de congruencia que amparado por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil limita los poderes del ór-

gano jurisdiccional, cuya extralimitación provoca la estimación del motivo de casación examinado.

*Responsabilidad del comodatario.*—La supuesta violación del artículo 1.101 del Código civil es a todas luces inexistente dado el reconocimiento e incontestada declaración de acreditamiento del daño —por lo demás notorio— y la igualmente aceptada existencia de un contrato de comodato entre las partes, que obliga al comodatario —con responsabilidad más rigurosa que la de los deudores ordinarios— a responder del deterioro causado por motivo distinto del uso para el que se prestó la cosa (art. 1.744 y 1.745 del C. c.), máxime cuando la sentencia en que así se declara parte de la existencia de una previa tasación de la obra entregada, llevada a cabo al contratar el seguro que la Administración concertó con un tercero conforme se afirma en los considerando 4.º y 5.º de la sentencia de Primera Instancia, cuyo contenido ha permanecido intocado en el recurso. (Sentencia de 3 de junio de 1983; ha lugar.)

**HECHOS.**—El demandante había prestado un cuadro de su propiedad a la Comisaría Nacional de Museos y Exposiciones, que iba a realizar diversas exposiciones en París y Londres. El cuadro sufrió importantes daños, por lo que el propietario prestamista solicitó una indemnización superior a los dieciséis millones de pesetas. El Abogado del Estado se opuso a la demanda alegando que no era competente la jurisdicción ordinaria debido a la naturaleza administrativa del contrato celebrado. El Juez de Primera Instancia admitió la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. El Tribunal Supremo acoge parcialmente el recurso de casación.

**NOTA.**—En esta sentencia se ponen de manifiesto los diversos criterios establecidos para determinar cuándo un contrato tiene naturaleza civil o administrativa, cuestión muy importante en el supuesto de la sentencia que anotamos, puesto que de la calificación del contrato celebrado dependía la competencia del Tribunal. Con buen criterio nuestro Tribunal Supremo considera que el contrato tiene naturaleza civil. Es indudable que por ser una de las partes del contrato la Administración no ha de calificarse automáticamente como administrativo. En el supuesto de la sentencia es indudable que no existía particularidad alguna, fruto de la presencia de la Administración, para excluir el contrato del ámbito del Derecho civil.

En la sentencia que anotamos no se considera aplicable el artículo 1.101 del Código civil, de conformidad con el criterio de la Audiencia, que hubiese determinado la necesidad de probar la conducta negligente de la Administración en relación con el daño sufrido por el valioso cuadro, sino que se tiene en cuenta la objetivación de responsabilidad que deriva de los artículos 1.744 y 1.745 del Código civil, basados en el carácter gratuito del comodato (art. 1.741 del Código civil y antecedentes históricos). Sin embargo, conviene puntualizar que el artículo 1.744 sólo se aplica cuando el comodatario destina la cosa a un uso distinto de aquel para el que se prestó o la conserva en su poder por más tiempo del convenido, supuestos que no parece que se diesen en el supuesto fáctico de la sentencia que anotamos; tal vez sea más acertada la aplicación del artículo 1.745, al que se refiere el Tribunal Supremo, citándolo y poniendo de relieve la previa tasación del cuadro entregado. En este precepto se contempla un supuesto de responsabilidad marcadamente objetiva, en el que la existencia de tasación configura una obligación de garantía. La pérdida, aunque sea fortuita, constituye al comodatario en deudor de valor.

Tampoco parecía aplicable el artículo 1.746 del Código civil, ya que el daño sufrido por el cuadro no se debió al solo efecto del uso.

(A. C. S.)

19. *Depósito de dinero. Apropiación indebida por el depositario. Extinción de la responsabilidad penal por muerte. Obligación de restitución de los herederos.*—De lo que se parte, tanto en primera como en segunda instancia, es de la existencia de un contrato verbal de depósito regular, y conforme al artículo 1.766 C. c., se impone al depositario la obligación de restituir y caso de no hacerlo, se remite al título I del Libro IV.

*Acción civil derivada de delito.*—El artículo 1.092 C. c., dada su generalidad, no puede servir por sí y exclusivamente de sustentáculo a un recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, debiendo ser puesto en conexión con algún precepto más específico y concreto; debiendo observarse que en la demanda sólo se habla de la acción penal a título meramente anecdótico a la par que corroborador de la celebración del contrato de depósito, y en todo caso, aun en el supuesto de que se tratara de la acción civil derivada de un ilícito penal, como el evento punible tiene aquí su asiento en el apoderamiento del importe de un depósito constituido en la persona del causante de quienes recurren, habría que acudirse necesariamente a la prescripción de quince años del artículo 1.964 C. c. (Sentencia de 10 junio 1983; no ha lugar.)

Se trata de un contrato verbal de depósito de 1.500 contos celebrado el 15 febrero 1969 en Madrid, entre dos súbditos portugueses. Al negarse el depositario a la restitución, se sigue procedimiento penal, recayendo sentencia condenatoria de la Audiencia, falleciendo el condenado mientras se tramitaba la casación. En el pleito se ejercita la acción restitutoria contra los herederos del depositario.

20. *Revocación del mandato.*—Según tiene declarado esta Sala en sentencias de 6 de diciembre de 1924 y 21 de diciembre de 1963, si ciertamente la revocación es uno de los medios de extinguir el mandato, sin embargo, cuando para él se ha establecido un plazo de duración, evidentemente en interés común de ambas partes contratantes, aunque la facultad de revocación subsiste si se impone antes de la expiración del plazo sin haberse demostrado que mediase justa causa dimanante del cumplimiento de lo pactado por parte del mandatario, entonces el mandante debe indemnizar a aquél los daños y perjuicios que con la extemporánea revocación le ocasiona.

*Indemnización de daños y perjuicios por revocación extemporánea.*—En los ámbitos de hecho y jurídico, una cosa es el pacto de prohibición de revocación y otra el convenido en el presente caso, de duración del mandato durante un determinado período de tiempo, al ser el primero un impeditivo absoluto de revocación y el segundo un simple módulo temporal por no poderla efectuar sin previa indemnización de daños y perjuicios cuando no se aprecie por la Sala sentenciadora de instancia causa que lo justifique. (Sentencia de 25 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se celebró un contrato por cuya virtud el demandante se comprometió a administrar determinadas fincas. La duración del contrato se fijó en seis años, prorrogables por tácita reconducción. Los demandados enviaron una carta al demandante considerando extinguido el contrato. Frente a ello el demandante interpuso una demanda solicitando la canti-

dad de dinero que se le adeudaba e indemnización de daños y perjuicios. En reconvencción los demandados solicitaron la resolución del contrato por incumplimiento del demandante. La Audiencia Territorial, revocando el fallo del Juez de Primera Instancia, condenó a los demandados al pago de una determinada suma de dinero y declaró resuelto el contrato celebrado con la correspondiente indemnización de daos y perjuicios. No prospera el recurso de casación interpuesto por los demandados.

NOTA.—En esta sentencia se parte de la validez del pacto de irrevocabilidad del mandato, lo cual es admitido por la jurisprudencia y la doctrina. No cabe duda que el pacto de irrevocabilidad es admisible cuando obedece a una justa causa (cfr. CASTRO, *Temas de derecho civil*, Madrid, 1972, pp. 113-114; DÍEZ-PICAZO, *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979, pp. 304 ss.; GULLÓN, *Curso de derecho civil. Contratos en especial*, Madrid, 1972, p. 300). Llama la atención que se afirme en esta sentencia que el pacto de prohibición es un impeditivo absoluto de revocación, a diferencia del mandato sometido a un determinado período de tiempo, en cuyo caso la revocación del mandato dará lugar a indemnizar de daños y perjuicios si no existe causa que lo justifique.

A nuestro juicio, aunque exista un pacto de irrevocabilidad, la revocación unilateral por el mandante no supone otra cosa que el incumplimiento de una convención, que dará lugar a indemnización de daños y perjuicios, a no ser que se pruebe que obedece a una justa causa. No se puede convertir al mandatario en dueño de los intereses del mandante. Tal vez por ello GARCÍA GOYENA, en el comentario al artículo 1.623 del Proyecto de 1851, decía que el mandato se puede revocar, aunque se haya pactado lo contrario, como sucede en el depósito, artículo 1.681. (A. C. S.)

21. *Culpa extracontractual. Daños causados por pala excavadora en cable coaxial subterráneo de la telefónica. Negligencia.*—El palista que realizaba las obras de la excavación fue plenamente advertido por empleados de la Compañía Telefónica de la presencia del cable coaxial en el terreno en donde se realizaban las obras de excavación, las cuales, si bien fueron interrumpidas ante los requerimientos de aquéllos, luego las reanudó cumpliendo órdenes del encargado de la obra, dependiente directo del empresario que asumió contractualmente la responsabilidad de la ejecución, incidiendo con su actuar en la causación de un daño que hubiera sido evitado solicitando una información precisa y concreta de los lugares por donde discurría el cable coaxial.

*Error de hecho. Valor probatorio de las actas notariales.*—Según sentencias de 5 junio 1928, 12 marzo 1962 y 14 febrero 1983, el valor probatorio de las actas notariales, como tales documentos públicos, queda reducido a lo que el Notario certifica y deriva de observación personal, pero nunca alcanza a aquellas manifestaciones que, a pesar de su inserción en el acta, no tienen más valor que el que corresponde a su propia naturaleza, que no es otro que el de una prueba testifical preconstituida, carente de eficacia frente a terceros, en tanto tales manifestaciones no sean ratificadas dentro del proceso con las consiguientes garantías de contradicción, en cuyo caso se convierten en una prueba testifical que no puede amparar el error denunciado.

*Confesión judicial.*—No tiene carácter de documento auténtico a efectos de casación, ni es siquiera documento en sentido técnico, con el que no puede ser confundido el testimonio de la misma que es un simple medio de

prueba, y carece del carácter de prueba plena que la haga primar sobre los demás, salvo en el supuesto de ser prestada bajo juramento decisorio como dijeron las sentencias de 22 febrero, 21 junio y 12 octubre 1982. (Sentencia de 25 noviembre de 1983; no ha lugar.)

NOTA.—La reiteración de daños causados por palas excavadoras —de la que es indicio la frecuencia con que estos asuntos están llegando últimamente ante el T. S.— obliga a un análisis pormenorizado de los hechos. En este caso se trataba del cable coaxial Madrid-Sevilla, a su paso por Toledo, que fue dañado por una máquina excavadora. El cable subterráneo no estaba señalizado a su paso por el lugar del accidente, pero el T. S. basa su declaración de negligencia en el incumplimiento por parte de la empresa ejecutora de las obras de excavación de su deber de información sobre la exacta situación del cable en cuestión, una vez advertida por los empleados de la C.T.N.E. La condena a reparar aparece plenamente justificada, no sólo bajo el prisma de la culpa *stricto sensu*, sino incluso a la luz de la responsabilidad por riesgo (la realidad social muestra que el empleo de tales máquinas excavadoras es un factor creador de riesgo). Marginalmente cabría hacer alguna otra consideración: ¿No parece llegado el momento de exigir a la C.T.N.E. que señalice adecuadamente la existencia de sus cables subterráneos, sobre todo si son de tanta importancia como el averiado? (G.G.C.).

22. *Responsabilidad por riesgo. Doctrina general.*—Está consagrada en la doctrina y en la jurisprudencia (ss. de 27 abril 1981, 10 mayo y 20 diciembre 1982 y 6 mayo 1983) la orientación según la cual, en la esfera del Derecho de daños, el deber de indemnizar se basa también en la teoría del riesgo, a no ser que el suceso tenga su causa en la culpa exclusiva y manifiesta del perjudicado, sin actuación culposa concurrente de la otra parte. (SS. de 27 mayo y 4 octubre 1982).

*Culpa extracontractual. Muerte por electrocución. Ausencia de indicadores de peligro.*—En la fecha del luctuoso suceso la instalación carecía de toda indicación de peligro, contraviniendo lo ordenado en el artículo 12, número 7, del Reglamento de líneas aéreas de tales características, lo que revela una clara negligencia por omisión de la entidad recurrente.

*El cumplimiento de disposiciones administrativas no exonera de culpa.*—Según S. de 2 febrero 1976, la mera observancia de las garantías exigidas por el Reglamento de 28 noviembre 1968 en materia de conducción eléctrica, no exonera de responsabilidad cuando, como aquí ocurre, no han ofrecido resultado alguno para evitar los daños previsibles y evitables, máxime cuando es manifiesto el censurable proceder de la empresa recurrente al tener sin protección alguna una torreta conductora, en zona muy frecuentada y de acceso harto fácil para los niños, con el peligro de electrocución, pues podrían trepar sin obstáculo hasta la cima.

*Concurrencia de culpas.*—Además de la intervención de culpa en la empresa demandada se aprecia la culpa de la víctima, pues debe reprocharse al menor que con su acción imprudente de encaramarse al poste de conducción de energía eléctrica, contribuyó de forma decisiva a la producción del resultado dañoso, por lo que procede moderar la responsabilidad, (Sentencia de 22 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

A destacar la afirmación de principio de la responsabilidad por riesgo, y su aplicación a los accidentes mortales en las líneas de conducción de energía eléctrica, que se mantiene por la Sala 1.ª, en forma casi ininterrumpida.

23. *Culpa extracontractual. Daños por excavadora en cable coaxial. Negligencia.*—Realizando los demandados un movimiento de tierras en las proximidades de un cable coaxial, propiedad de la entidad demandante, la máquina excavadora que los primeros utilizaban, conducida por uno de ellos, produjo la caída de tierra dura sobre el expresado cable, que se hallaba en una zanja abierta, dando lugar a daños en el mismo, que motivaron su reparación, con pérdida de las conferencias telefónicas que durante ese tiempo hubieron de tener lugar; siendo evidente que el conductor de la excavadora no se atuvo a las circunstancias del lugar, ni observó la diligencia que las mismas le exigían al remover la tierra, haciéndolo con tal descuido que causó unos daños a un cable descubierto, cuya existencia conocía previamente y no obstante no adoptó las precauciones debidas

*No hay concurrencia de culpa. Ausencia de negligencia en la C.T.N.E. por tener el cable al descubierto.*—No puede equipararse a efectos de la causación de los daños, el hecho de tener unos cables coaxiales al descubierto en un zanja, sin que ello se acredite que vulnera normativa alguna, con el hecho de realizar unas obras de remoción de terrenos en sus proximidades sin adoptar las debidas precauciones para que tales obras, realizadas con máquinas apropiadas, no causen daño al cable que se halla próximo

*Cuantía de los daños.*—Según dictamen pericial practicado y apreciado en la instancia, la cuantía total del daño ha resultado ser menos de la cuarta parte de la suma solicitada en la demanda; daños consiguiente y adecuadamente debidos a la conducta culposa del conductor de la máquina excavadora, sin intervención alguna de la entidad demandante en dicha conducta (Sentencia de 6 de octubre de 1983; no ha lugar.)

NOTA.—Como ya se dice en nota a S. de 25 noviembre 1983 (en este mismo ADC) los daños en cables coaxiales de la Compañía Telefónica son muy numerosos y ofrecen una rica casuística. Aquí se trataba del cable coaxial Valencia-Barcelona, que en razón a obras se encontraba al descubierto y su existencia era conocida por la empresa causante de los daños. No deja de suscitar alguna reserva la afirmación de que resulta irrelevante a la hora de fijar la causa productora del daño, el hecho de que la C.T.N.E. tuviera al descubierto el citado cable, pues con ello no vulnera normativa alguna. ¿No cabe exigirle que extreme la diligencia, yendo más allá de las previsiones reglamentarias, dada la importancia del mencionado cable para las comunicaciones telefónicas, nacionales e internacionales? En la S. extractada no se suministran más datos acerca de las razones por las cuales dicho cable se encontraba al descubierto, pero no parece que tal conducta de la C.T.N.E. pueda considerarse normal. (G.G.C.).

24. *Culpa extracontractual. Muerte de obrero en maniobra de marcha atrás de camión de recogida de basura. Legitimación pasiva del empresario oculto.* Se declara probado que los aludidos señores V. T. y R. H., a cuyo nombre se formalizó la referida concesión, no fueron otra cosa que la simple y mera cobertura de la empresa «Cía. Técnica y Servicios Urbanos, S. A.», delibera-

damente utilizada por ésta, de acuerdo con los concesionarios nominales, para conseguir la adjudicación del servicio de limpieza, totalmente afín a su cometido social, en cuanto es propietaria de vehículos utilizados en tal actividad, y, mediante ella, la obtención de las contrapartidas económicas inherentes a su prestación, que comporta el haber de soportar todas las responsabilidades sobrevenidas en su cumplimiento, como consecuencia del proceder culposo en la conducta de sus empleados o dependientes

*Presunciones. Impugnación en casación.*—La apreciación de las presunciones llamadas judiciales o *ad hominem*, no puede ser materia de casación más que sobre la base de que se acredite no ser ciertos los hechos de que se parte para establecer la inducción, o cuando en ésta no se siga el rigor lógico requerido, puesto de manifiesto por el enlace y deducción acogida no absurda, ilógica e inverosímil según las reglas del criterio humano. (Sentencia de 10 de octubre de 1983; no ha lugar.)

25. *Responsabilidad por riesgo. Doctrina general.*—Si bien el puro sistema objetivista de la culpa no viene siendo admitido jurisprudencialmente de forma expresa y concluyente, como determinante de la responsabilidad de los daños recibidos por un tercero, lo cierto es, como dijeron las SS. de 15 diciembre 1982 y 16 mayo 1983, que tal principio de responsabilidad por culpa, inspirador de nuestro sistema positivo, viene siendo matizado, en su alcance y consecuencias, por la doctrina legal más reciente, obediendo a imperativos surgidos en la realidad de nuestros días, al compás de los avances técnicos y la consiguiente creatividad del riesgo, orientación jurisprudencial que, sin acoger plenamente la llamada responsabilidad objetiva, que se asienta exclusivamente en la causación del daño, introduce cortapisas o límites al criterio subjetivo de la culpabilidad.

*Muerte y daños en paso a nivel insuficientemente señalado. Negligencia de la R.E.N.F.E. Cuestión jurídica.*—La determinación de la conducta culposa del agente es una neta cuestión jurídica, revisable al amparo del núm. 1.º del artículo 1.692 L. e. c., atendiendo a las circunstancias concurrentes en las personas, tiempo y lugar, y atención al sector del tráfico o de la vida social en el que tenga proyección tal conducta, determinando «si el tal agente obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesaria, con vistas a evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos».

*El cumplimiento de previsiones reglamentarias no elimina la responsabilidad por riesgo.*—La acreditación por parte del causante del resultado dañoso, de haber acomodado su conducta a las previsiones legales o reglamentarias, no excluye su responsabilidad, por cuanto que si la adopción de tales garantías para evitar resultados dañosos, previsibles y evitables, no han ofrecido el resultado positivo apetecido, claramente vienen a evidenciar su insuficiencia, y por ello que algo quedaba por prevenir, deviniendo la diligencia incompleta (SS. de 12 febrero y 17 marzo 1981 y 20 diciembre 1982); especificándose en las de 11 enero 1979 y 27 mayo 1982, reiterando otras anteriores, en un caso análogo en que se produjo la muerte de una persona en un paso a nivel ferroviario, carente de barrera o guardabarrera, que las medidas reglamentarias observadas fueron insuficientes para enervar el ré-

sultado, medidas no solamente a adoptar o mejorar, si preciso fuere por la Administración, sino por la propia R.E.N.F.E., «al crear y mantener para su propio beneficio el servicio ferroviario en tales condiciones de peligrosidad», incurriendo ella exclusivamente «en la responsabilidad patrimonial aquiliana que deriva del artículo 1.902 C. c., por la sencilla razón de que quien crea un riesgo, es el que ha de responder de sus consecuencias».

*Responsabilidad de la R.E.N.F.E.*—La conducta observada por la R.E.N.F.E. aboca a la estimación de responsabilidad culposa, visto que el resultado dañoso se produjo, pese a la insuficiente señalización consistente en un poste que dice «ojo al tren-paso sin guarda», con una plaza debajo donde se lee «atención al tren», para evitar aquél, en este caso incrementado por el retraso horario del convoy, por la velocidad que llevaba de 95 kilómetros por hora. (Sentencia de 3 de diciembre de 1983; ha lugar.)

La circunstancia de estimarse el recurso de casación, siendo constantes en sentido absolutorio las sentencias de instancia, obliga a llamar la atención sobre las siguientes cuestiones: 1.ª) La declaración de principio sobre la responsabilidad por riesgo que se mantiene por la Sala 1.ª, pese a ciertas decisiones recientes que parecían haberla abandonado. 2.ª) La inequívoca de claración de que en el tráfico ferroviario rige el principio de responsabilidad por riesgo. 3.ª) Lo extrañamente reducido de la indemnización concedida que asciende a 954.500 pesetas por la muerte de una señora de setenta y dos años y del percimiento del ganado que conducía (dos vacas y una oveja) sin que en la sentencia se invoque para nada una supuesta culpa de la víctima, lo que se agrava si se tiene en cuenta que la sentencia de casación se pronuncia a los seis años de producido el accidente. 4.ª) La inequívoca apelación del T. S. a que la R.E.N.F.E. elimine los pasos a nivel sin guarda. Junto a todo ello, es mera anécdota que se alegue como causa que evidencie la culpabilidad del autor del daño el que el tren —circulando con retraso— llevaba una velocidad de ¡95 kilómetros por hora! (G.G.C.).

26. *Culpa extracontractual. Muerte en accidente de trabajo. Omisión de la diligencia exigible.*—No puede ofrecer duda un notorio grado de culpabilidad del empresario al no adoptar en la realización de la obra, no ya las medidas de seguridad necesarias, sino ni siquiera las reglamentarias, y en concreto la falta de una red de cáñamo o similar sobre el hueco del patio de luces tendente a proteger al trabajador cuando, por exigencias de la obra, quedará prácticamente efectuando su labor sobre un vacío amenazante, siendo la omisión de la ludida medida la determinante de que la caída del operario desde la sexta planta del edificio, en construcción, ocasionase su muerte. (Sentencia de 6 de junio de 1983; no ha lugar.)

27. *Culpa extracontractual. Daños causados por excavadora en conducción telefónica subterránea. «Culpa in vigilando» de la empresa concesionaria de las obras.*—Se declara probado que fue la recurrente, como concesionaria de la obra a ejecutar la que facilitó a un empleado los antecedentes precisos para su realización, que a la vista del resultado devinieron insuficientes, pues al tratarse de trabajos realizados en la vía pública, debió adoptar las

previsiones necesarias para evitar el daño, ausencia denotadora de una culpa *in vigilando* que determina la aplicación del artículo 1.903, párrafo. 4.º C. c.

*Ausencia de culpa en el causante material de los daños.*—Según ha proclamado esta Sala en SS. de 23 marzo 1982 y 7 febrero 1983, constituye cuestión jurídica la calificación culposa de una conducta, en atención a las circunstancias concurrentes, y partiendo de la premisa fáctica sentada en ambas sentencias, el recurrente era un simple operario que recibió órdenes concretas de la empresa realizadora de los trabajos, sin otra admonición que la existencia de un plano de proyecto de alcantarillado, sin advertirle de la posible existencia de instalaciones eléctricas, telefónicas, de gas o de otro tipo, por lo cual no le era exigible una diligencia específica cuando, como acaece en el presente caso, actuó siempre de acuerdo con las instrucciones recibidas que no superan la diligencia normalmente exigible a un buen padre de familia, siendo achacable la responsabilidad únicamente a la empresa realizadora de las obras que incidió en culpa *in vigilando*

*Falta de reclamación previa en vía gubernativa.* Es un «vicio *in procedendo*» no atacable por el recurso por infracción de ley.—El incumplimiento de un requisito de procedibilidad sólo puede ser invocado por la Corporación Municipal interpelada y no por un codemandado, y, además, no puede ser atacado por el cauce hábil sólo para los errores *in iudicando*, al ser un vicio *in procedendo*. (Sentencia de 16 de junio de 1983; ha lugar.)

28. *Responsabilidad penal y civil. Diferencias.*—Es doctrina constante de esta Sala que la responsabilidad penal derivada de delito de imprudencia y la civil dimanante de hechos u omisiones culposos 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 que de los hechos pueda hacerse en vía civil, pudiendo los Tribunales de este orden apreciar y calificar los efectos que de los mismos se deriven, pudiendo sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica.

*Culpa extracontractual. Incendio en inmueble al instalar moqueta.*—El incendio sobrevino cuando el demandado extendía con una espátula el pegamento, compuesto por sustancias altamente inflamables, en el suelo y en las inmediaciones de un enchufe de la línea eléctrica, lo que produjo una llamada que determinó la rápida propagación con destrucción del establecimiento instalaciones, mercancías, etc., lo que revela que no se adoptaron por el operario las precauciones precisas para evitar el daño.

*Solidaridad entre los responsables de un acto ilícito.*—Del vínculo de solidaridad que liga a todos aquellos a quienes alcanza la responsabilidad de reparar el daño causado por la ejecución de un acto ilícito en los supuestos del artículo 1.903 C. c., deriva que el perjudicado pueda dirigirse contra cualquiera de los obligados, lo que excluye que puedan oponerse con éxito situaciones de litisconsorcio necesario; además, en el presente caso, se trata del aprendiz que actuaba a las órdenes del oficial que dirigía la ejecución real de la obra, y cuya conducta en nada influyó en la producción del resultado.

*Concurrencia de culpas. Moderación de la responsabilidad.*—Se aprecia junto a la culpa del operario, la propia de los dueños del establecimiento siniestrado, dado que la instalación no se encontraba en condiciones adecuadas, aunque se aprecia esta última como de menor entidad que la primera, por lo cual se modera la responsabilidad reduciéndola en una cuarta parte (Sentencia de 1.º de julio de 1983; no ha lugar.)

29. *Culpa extracontractual. Unidad de la culpa civil. Doctrina general.*—Si bien las responsabilidades contractual y extracontractual tienen su punto de arranque en la existencia o no de una relación negocial, tanto la doctrina de esta Sala como autorizados sectores de la científica estima que no existen entre ellas esenciales diferencias y sí fundamentos y finalidad comunes, siendo puntos de coincidencia en ambas manifestaciones: a) la producción de un daño o lesión, b) la atribuibilidad del mismo a un sujeto o imputabilidad, y c) el deber de indemnizar o resarcir, llamado también responsabilidad; y esta unidad de culpa civil, puesta en conexión con los principios procesales de instancia de parte y congruencia, imponen al juzgador la necesidad de atenerse a la acción ejercitada, razón por la cual, y aun existiendo una sola relación contractual, el Tribunal ha de respetar la relación jurídica formal establecida por las partes, a menos de incidir en incongruencia.

*Accidente laboral. Compatibilidad de indemnizaciones.*—Se admite reiteradamente por esta Sala la compatibilidad entre indemnizaciones civiles y laborales en los casos de accidentes del trabajo.

*Concurrencia de culpas.*—Se declara en forma clara y terminante la existencia de una culpa compartida del trabajador y el patrono, con base en hechos extraídos de la valoración conjunta de la prueba y, especialmente, del informe de la Comisión Calificadora Provincial del Ministerio de Sanidad y Seguridad que advirtió la infracción de los artículos 21 y 151 de la O. M. de 9 marzo 1971, y sancionó al demandado por carecer el productor del cinturón de seguridad, y el murete de barandilla rígida de protección de 90 centímetros como mínimo. (Sentencia de 5 de julio de 1983; no ha lugar.)

30. *Culpa extracontractual. Lesiones a menor por explosión de artefacto pirotécnico. Concurrencia de culpas.*—De una parte, no es admisible que una fábrica de productos pirotécnicos tenga averiada la cerca destinada a impedir, o, al menos, dificultar, el acceso a la misma, careciendo de vigilancia dentro de su recinto al menos en las dependencias donde se almacenan los productos elaborados, y deje abierta la puerta de una caseta destinada a tal fin de almacenamiento; y, de otra, no puede menos de calificarse de culposa la conducta del menor víctima del accidente derivada de los hechos de penetrar subrepticamente en el recinto de la fábrica, sustrayendo la bomba o artefacto de plástico y golpeándolo imprudentemente con una piedra hasta conseguir su explosión o deflagración, de lo que deriva la existencia de dos causas en la producción del evento dañoso, causas que actuaron sucesivamente, no siendo las omisiones de que es responsable la entidad demandada suficientes para producir el resultado dañoso, pero habiendo de ser calificadas de causa eficiente con carácter parcial en cuanto sin su inicial concurso el resultado dañoso no se hubiera originado, preparando las

referidas omisiones la producción de la causa última exclusivamente atribuible a la actuación del menor víctima del accidente, habiendo de ser calificadas tales concausas —como declaró la S. de 9 junio 1969— como mediata a inmediatamente originarias del evento dañoso que, por su acción concatenada se produjo.

*Moderación de la responsabilidad.*—Cooperaron a la producción del evento dañoso las culpas concurrentes, de manera sucesiva, imputables, respectivamente a la entidad demandada y al menor lesionado, por lo que, al no apreciarlo así, la sentencia recurrida incurrió en la violación del artículo 1.902 C. c., quedando como único punto a dilucidar el de las consecuencias en orden a la indemnización de tal concurrencia de culpas, y como no es dable predicar una total absorción de la culpa de la entidad demandada, en razón al riesgo que su industria comporta, por aquella otra atribuible a la actuación de un niño de doce años de edad, se está en el caso de moderar la indemnización reclamada que se fija en un millón de pesetas. (Sentencia de 27 de junio de 1983; Ha lugar.)

NOTA.—Los supuestos de concurrencia de culpas son complejos y en el presente caso quizá se simplifican en exceso dado el planteamiento procesal del recurso, frente a dos sentencias igualmente absolutorias en la instancia. Por un lado, son varios los menores de edad que penetran en el interior de la empresa pirotécnica y cooperan en la sustracción del artefacto. ¿No cabría haber planteado la responsabilidad de sus padres o guardadores al amparo del artículo 1.903? Por otro, ¿no incurrió asimismo en culpa *in vigilando el actor*, padre de la víctima, que no se preocupa de que su hijo deje de asistir a la escuela? Quizá el T. S. ha llegado a la conclusión de que, en definitiva, se resolvía en un concurso mayor de culpas, y de que siendo de mayor entidad la de la empresa pirotécnica, el resultado podía ser el mismo, a saber, la reducción de la indemnización reclamada, de dos millones y medio a uno. (G.G.C.).

31. *Culpa extracontractual. Abordaje de embarcación por dique flotante remolcado. Irresponsabilidad del propietario del dique flotante. Doctrina general sobre relación de dependencia.*—Según reiterada jurisprudencia la responsabilidad tipificada en el artículo 1.903, párr. 4.º C. c., requiere como presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada, sin olvidar que, según tiene declarado la S. de 18 julio 1979, cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar el artículo en cuestión, puesto que, por lo general, no puede decirse que quien encarga cierta obra o trabajo a una empresa, autónoma en su organización y medios y con asunción de los riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder de los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado la ingerencia o participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia o dirección; doctrina aplicable al presente caso en el que entre la sociedad demandada, propietaria del dique flotante, y el remolcador o la falúa que dirigieron el transporte, no existe relación de dependencia de las contempladas en el artículo 1.903 párr. 4.º C. c., o derivada de pacto específico con reserva de actuación directiva o vigilante de ningún tipo. (Sentencia de 2 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

NOTA: La doctrina de la presente sentencia corrobora y ratifica la jurisprudencia más reciente encaminada a mantener dentro de unos límites razonables la responsabilidad ex pár. 4.º del art. 1.903. Para hacer valer esta responsabilidad hace falta demostrar la existencia, o de una relación de dependencia, o una reserva negocial de dirección y vigilancia, ninguno de cuyos requisitos concurren en el presente caso, en el que los daños causados a una embarcación por un dique flotante se reclaman infructuosamente al propietario del mismo, y no al dueño del remolcador, cuya conducta los produjo al dejar aquél a la deriva. (G. G. C.)

32. *Alquiler de vehículos sin conductor. Interpretación del contrato. Cláusula exoneratoria de responsabilidad por daños a terceros.*—La cláusula exoneratoria de responsabilidad del arrendador por daños a terceros debe aplicarse únicamente a los casos en que la conducción del vehículo por persona distinta del arrendatario sea consecuencia de la cesión, préstamo o subarriendo del vehículo por el locatario y no cuando la posesión arrendaticia la conserva éste y el tercero se limita a la materialidad de la conducción; si se prohíbe expresamente que el arrendatario, con el coche alquilado, enseñe a conducir a otra persona, está admitiendo tácitamente hipótesis en las que el automóvil sea conducido por persona distinta del arrendatario, pues, en caso contrario, sería inútil esta previsión al quedar subsumida en la prohibición general de ceder la conducción a terceros.

*Contrato de adhesión. Interpretación de cláusulas oscuras.*—Cualquier duda que pueda ofrecer una cláusula impresa en el contrato, no puede nunca favorecer a quien produjo la oscuridad, en este caso el arrendador, al tratarse de un contrato de adhesión.

*Seguros de daños a terceros. Responsabilidad del arrendador del vehículo y de la compañía aseguradora cuando el conductor es distinto del arrendatario.*—Procede declarar la responsabilidad solidaria del arrendador del vehículo de la compañía aseguradora por los daños causados a tercero, aunque el conductor del vehículo en el momento del accidente sea distinto del arrendatario. (Sentencia de 20 de septiembre de 1983; ha lugar.)

NOTA.—Sentencia importante respecto del contrato atípico de alquiler de vehículos sin conductor, de la que ha sido Ponente el Magistrado Sr. Pérez Gimeno. Se trata de interpretar la cláusula siguiente: «El arrendatario se compromete a no ceder, prestar o subarrendar el vehículo, ni aun a título gratuito, ni enseñar a conducir a otra persona». El T. S. considera no infringida dicha cláusula cuando el arrendatario, que sigue ocupándolo, «cede el volante» a persona legalmente habilitada para conducir, pero que no había alquilado el coche. ¿Se incluye esta figura en el «servidor de la posesión»? Adviértase que las motivaciones pueden ser muy plausibles: necesidad de relevar al conductor en trayectos largos, incluso cumpliendo recomendaciones de la D. G. de Tráfico. La indemnización a que se condena es muy elevada por haberse producido una invalidez permanente, y se acerca a los tres millones de pesetas. Una última observación: No parece convincente el argumento de que «si el arrendatario del vehículo no se le exige otro requisito que el de estar en posesión del correspondiente permiso de conducir sin que se le someta a prueba alguna previa, no es admisible que pueda entenderse extendida la prohibición al acompañante que está igualmente habilitado para ello» (primer considerando *in fine*). Prueba demasiado y cabría adaptarlo al cesionario, subarrendatario, etc. (G.G.C.)

33. *Culpa extracontractual. Responsabilidad del padre de un menor por daños causados a otro menor. Responsabilidad por riesgo.*—Se declara probado que el 27 mayo 1977 el menor José Luis G. Ll., de once años, se hallaba jugando con el también menor Juan Carlos F. T., lanzando piedras al aire; el primero de ellos lanzó una que fue a dar en el ojo derecho del segundo, causándole una lesión que ha dado lugar a la pérdida total de visión de dicho ojo. El hecho de lanzar piedras por un niño de once años, hallándose cerca otras personas permite prever que puede causar daños a las mismas, actos que fácilmente pueden evitarse, lo que constituyen circunstancias totalmente contrarias a las normas legales del caso fortuito como causa exoneratoria de responsabilidad civil extracontractual; por otra parte dada la complejidad de la vida moderna y su consiguiente aumento de riesgos es patente la tendencia a hacer responder de los daños derivados de esos riesgos a quienes los crean y en este sentido el padre o cuidador de un menor responde los daños que éste causa a un tercero pues creó el riesgo de una conducta nociva del menor traducida en daño efectivo y real y debe por ello resarcirlo a menos que pruebe haber utilizado la diligencia exigida por la ley.

*Hechos probados ante la jurisdicción tutelar de menores. Prevalencia de la jurisdicción penal sobre la civil.*—La jurisdicción de los Tribunales Tutelares de Menores es una jurisdicción especial para enjuiciar los actos de los menores de dieciséis años que actúa con finalidad protectora de reforma y protección de la infancia y de la adolescencia teniendo muchas veces sus medidas un carácter preventivo en cuyas funciones dicta acuerdos e impone sanciones con el presupuesto institucional de que el menor no posee el mínimo de condiciones sobre las que se apoya la imputabilidad penal y que está situado fuera del ámbito del Derecho penal ya que se busca un sistema tutelar y reformador y no meramente expiatorio o punitivo; nuestra legislación acoge el principio en términos claros y categóricos de prevalencia de la jurisdicción penal sobre la civil sin distinguir cuál sea la jurisdicción ordinaria o especial que conozca del hecho delictivo dentro de sus privativas atribuciones y sin comprender ninguna excepción; de aquí que el Tribunal de apelación no infringió norma ninguna al admitir como hechos probados los considerados tales por la jurisdicción penal especial de menores. (Sentencia de 10 de junio de 1983; no ha lugar.)

NOTA.—En la más reciente jurisprudencia a propósito de la responsabilidad de los padres tutores por los actos dañosos cometidos por los menores sujetos a patria potestad o tutela abundan las declaraciones que califican de casi-objetiva tal responsabilidad o que invocan la inversión de la carga de la prueba enfatizando sobre la dificultad de demostrar el empleo de la diligencia debida. A lo que me consta es la primera vez que el T. S. acude al término de «responsabilidad por riesgo», cuyas características difícilmente se encuentran en este caso. No parece que la paternidad constituye una empresa productora de beneficios cuya contrapartida sea la asunción de tales riesgos. Pienso que se trata de un *obiter dictum* que en nada refuerza la indiscutible justicia del fallo. (G.G.C.)

34. *Seguro de daños. Reembolso de la aseguradora. Prescripción de la acción. Interrupción por acto de conciliación.*—Es constante y reiterada la

doctrina de esta Sala al proclamar que aunque la acción estuviera viva, el efecto interruptivo opera siempre que la demanda iniciadora del proceso se interponga dentro de los dos meses siguientes a la celebración del acto conciliatorio, conforme establece el artículo 479 L. e. c., lo que no ocurre en el presente caso; sin que, por otra parte, las sentencias que se citan como infringidas digan lo contrario, pues tanto la de 9 diciembre 1954, como la de 16 noviembre 1968, parten del supuesto de que se da cumplimiento al indicado precepto procesal.

*Prueba.*—Es doctrina reiterada de esta Sala, desde su S. de 27 abril 1925, hasta la más próxima de 14 junio 1982, que la apreciación de la prueba suministrada por las partes acerca de la interrupción del plazo prescriptivo, es de la soberanía exclusiva del Tribunal de instancia, que sólo puede ser combatida con éxito acudiendo al cauce del ordinal 7.º del artículo 1.692 L. e. c., acusando el error de hecho o de derecho. (Sentencia de 17 de junio de 1983; no ha lugar.)

35. *Culpa extracontractual. Solidaridad entre los responsables.*—La regla general de la mancomunidad del artículo 1.138 C. c. es válida, referida a las obligaciones convencionales, cuando de su texto «no resulta otra cosa», y en esta clase de responsabilidad extracontractual, basada en la ley y no en el pacto, es conocida por lo reiterado la doctrina legal, ajustada al fin perseguido, cual es el asegurar al máximo la protección del interés más digno de ello, que permite estimar que efectivamente es «otra cosa» lo que resulta de la obligación de reparar el daño que se causó.

*Incongruencia.*—No la hay si la demanda se limitaba a pedir que fueran condenados los responsables al pago de la cantidad reclamada y la sentencia dice que lo harán solidariamente, lo cual ni varía la pretensión que se dedujo en la demanda, ni supone la agravación de la responsabilidad de ninguno de los condenados, pues funcionando la solidaridad, el que paga siempre tendrá el derecho de reintegro frente al otro, por la parte de éste, que le concede el artículo 1.145, párr. 2.º C. c.

*Motivo inexistente del recurso.*—Se alega infracción del artículo 359 L. e. c. por el concepto de desobediencia, que no existe legalmente. (Sentencia de 28 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

36. *Responsabilidad solidaria por ruina del edificio colindante.*—La obligación de resarcimiento cuestionada es de carácter solidario para todos aquellos a quienes se considere causantes de los daños y perjuicios producidos por la ruina, por cuanto todos ellos forman subjetivamente un solo y único foco causal pluripersonal engendrado por la función directiva que les incumbía.

*Inviabilidad de la ampliación de la condena al codemandado.*—Reducida la pretensión del arquitecto aquí recurrente a su mera absolución, aparece procesalmente inviable el utilizar la vía de los recursos para ampliarla a la condena del codemandado constructor.

*Cuestiones de naturaleza fáctica.*—En el motivo escogido, a través del cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no tienen cabida las cuestiones de naturaleza fáctica.

*Indemnización por daños morales.*—No es en manera alguna cierto que no quepa reparar otros daños que los materiales y los morales a la fama o al honor, siquiera los morales hayan de serlo siguiendo otras pautas que las de la estricta equivalencia económica.

*Perjuicios sufridos. Aplicación del artículo 1.106 del Código civil.*—No debe negarse aquí la indemnización que constantemente viene otorgando el artículo 1.106 del Código civil, el cual es aplicable no sólo a los daños de origen contractual, sino asimismo a los causados extracontractualmente, conforme a constante jurisprudencia de esta Sala, que, si bien establece rigurosas cautelas, tampoco desconoce que el acreditarlos no puede menos que hacerse por medio de aprecios o cálculos teóricos, basados en una cierta probabilidad objetiva inscrita en el curso normal de los acontecimientos. (Sentencia de 31 de mayo de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Como consecuencia de los trabajos de excavación en un solar se produjo la ruina del edificio colindante. Por este motivo los propietarios del mismo demandaron al arquitecto, al constructor y a los aparejadores que llevaron a cabo la obra. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial condenaron solidariamente al arquitecto y a los aparejadores a indemnizar a los propietarios perjudicados y absolvió al constructor. El recurso de casación, que no prospera, se encaminó a que el constructor fuese declarado también responsable.

**NOTA.**—Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo en que se aborda el problema de la responsabilidad de los constructores en el supuesto en que, a consecuencia de determinadas obras, se produce la ruina del edificio colindante. La responsabilidad de los constructores es, como señala la sentencia que anotamos, extracontractual y solidaria, siguiéndose el criterio adoptado anteriormente por el Tribunal Supremo. Véanse las sentencias de 19 de marzo de 1982 (anotada en este ANUARIO, 1983, I, p. 330), 20 de diciembre de 1980 (anotada en este ANUARIO, 1981, II, p. 574) y 23 de octubre de 1978 (anotada en este ANUARIO, 1979, II-III, pp. 566-567).

(A. C. S.)

37. *Interdicto de obra nueva. Daños por suspensión provisional de la obra. Inexistencia de culpa extracontractual. Ausencia de nexo causal.*—No ha existido una conducta culposa por parte del actorinterdictal, ni tampoco un adecuado nexo causal entre el daño producido por la paralización de la obra y la conducta del recurrido, por lo cual resulta obvio la inaplicabilidad del mandato reparador del art. 1.902 C. c.

*Inexistencia de abuso de derecho.*—En la resolución recurrida cuyos fundamentos fácticos no han sido impugnados en casación, no sólo no se desprende la concurrencia de las circunstancias subjetivas y objetivas que se exigen para apreciar el abuso del derecho, sino aparece expresamente sentado que no existe una conducta dolosa reveladora de un abuso de derecho en la denuncia de obra nueva por los demandados, y que el ejercicio de aquella acción de denuncia no fue gratuita y carente de causa o motivación real, sin otra finalidad que la de causar daño al hoy actor al impetrar el auxilio judicial para suspender la obra que estaba construyendo, de donde deriva la conclusión de la inexistencia de abuso de derecho.

*Condena en costas en el interdicto. No induce necesariamente obligación de indemnizar en el actor.*—Si bien es cierto que, en principio, puede esti-

marse que no cabrá apreciar conducta negligente en una conducta litigiosa cuando no haya merecido una condena en costas por parte del Juez que la resolvió, esto no quiere decir que todos los supuestos de condena en costas contengan, ya de por sí, una negligencia esencial en la conducta de que quien interpuso la acción que mereció la repulsa de la condena en costas, en tal grado, que comporte necesariamente la obligación de indemnizar. (Sentencia de 17 marzo 1984; no ha lugar.)

Los diversos supuestos dispersos en la L.E.C. en que hay obligación de indemnización como consecuencia de determinadas conductas procesales, están necesitados de un adecuado esclarecimiento doctrinal que ponga al descubierto su último fundamento y su régimen jurídico. En el presente caso lo único claro es que por causa de la suspensión provisional de unas obras acordada en un interdicto de obra nueva, se habían causado daños de fácil determinación. Pero el perjudicado invoca, sea la culpa extracontractual del art. 1.902, sea el abuso del derecho del art. 7.º C. c. Para mayor complejidad, en la sentencia interdictal se habían impuesto las costas al actor. En la sentencia desestimatoria del recurso (Pte. Albarca López) se hace un fino análisis para excluir la responsabilidad en el actor del interdicto, en atención, sobre todo, a las relaciones previas existentes en las partes, que justifican la presentación de aquél.

(G.G.C.)

38. *Culpa extracontractual. Daños por desmonte de ribazo entre fincas colindantes. Prescripción. Interrupción por acto de conciliación no seguido de demanda. Derogación por el C. c. del art. 479 L.E.C.*—El régimen jurídico aplicable a la interrupción de la prescripción extintiva es el establecido en el art. 1.973 C. c. denegatorio de la legislación anterior en cuanto se oponga o contradiga la normativa que introduce, y, por tanto, derogatorio del artículo 479 de la L.E.C. en el particular relativo a la necesidad de promover el correspondiente juicio dentro de los dos meses siguientes al acto de conciliación, requisito, sin embargo, exigible en la prescripción adquisitiva por así disponerlo el art. 1.947 C. c.

*Diferencias entre la prescripción extintiva y la adquisitiva en cuanto a los requisitos de la interrupción.*—La diferente regulación es acorde con la diferencia de fundamento de ambos tipos de prescripción, pues así como la prescripción adquisitiva o usucapión se apoya en el hecho positivo de la posesión, en cambio la extintiva se asienta sobre el requisito negativo de la inactividad del titular del derecho, por lo cual el acto que exterioriza su voluntad de mantener tal titularidad interrumpe, sin necesidad de ningún otro acto complementario posterior, la prescripción que estaba operando, y dicha voluntad es evidente que se manifiesta de modo indiscutible por el cauce del acto de conciliación que tiene, sobre otros medios interruptivos extrajudiciales, la superioridad de su fehaciente constatación documental.

*Prueba. Error de derecho.*—Sólo se comete cuando se infringe un precepto de valoración legal de prueba, pero no sucede respecto a los preceptos de carácter admonitivo como los arts. 1.243 C. c. y 643 L.E.C. Sentencia de 29 septiembre 1983; no ha lugar.)

NOTA.—La doctrina de esta sentencia en orden a las diferencias entre la prescripción extintiva y la adquisitiva respecto a los requisitos de la interrupción, ya no puede mantenerse después de la nueva redacción dada al

art. 479 L.E.C. por la Ley de 6 de agosto 1984, ya que ahora «la presentación con ulterior admisión de la petición de conciliación interrumpirá la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, en los términos y con los efectos establecidos en la Ley desde el momento de la presentación».

(G. G. C.)

39. *Culpa extracontractual. Daños causados por excavadora en cable coaxial telefónico. Irresponsabilidad del ejecutor material que sigue instrucciones del Ayuntamiento.*—No obstante el matiz objetivo que desde hace ya algún tiempo viene dándose por la doctrina de esta Sala a la interpretación de todos los preceptos contenidos en el cap. II, Tit. XVI, Libro IV del C. c., no puede eliminarse el carácter culpabilista que sirvió de base al referido capítulo; en el presente caso se declara probado que el ejecutor de la obra no se apartó en ningún momento del trazado que le fue señalado previamente por el agente al servicio del Ayuntamiento, quien marcó el sitio exacto por donde debía abrirse la zanja en cuestión, señalando su trazado mediante líneas blancas hechas con polvo calizo, sin que se facilitara al demandado para la ejecución de sus trabajos ningún plano, croquis ni indicación alguna de emplazamiento del cable telefónico. (Sentencia de 10 febrero 1984; no ha lugar.)

NOTA.—La ya abundante casuística de daños causados en líneas telefónicas se enriquece con una hipótesis, en cierto modo singular. Un Ayuntamiento leridano adjudica los trabajos de apertura de zanjas a determinada empresa, la cual, a la hora de llevarlos a cabo, sigue al pie de la letra las instrucciones de un empleado del Ayuntamiento, causando daños en el cable coaxial Madrid-Barcelona. La demanda fracasa por estar mal dirigida, pero cabe plantearse la posible influencia de esta sentencia y de su argumentación, en el sucesivo proceso que previsiblemente se entablará contra el autor real de los daños.

(G. G. C.)

#### 4. Derechos reales

40. *Venta de cosa común. Resolución. Legitimación activa.*—No son susceptibles de estimación ninguno de los seis primeros motivos del recurso, relativos a la repercusión del régimen de comunidad en que se encontraban los vendedores respecto de la cosa vendida, porque parten de un concepto equivocado de comunidad tal y como está configurada en los artículos 392 y ss. del C. c., a cuya virtud los dos copropietarios lo eran de la totalidad de la finca, para cuya venta se requería el consentimiento de ambos, según preceptúa el artículo 397, como acto máximo de carácter dispositivo. Dicha venta, por sí, no extingue la comunidad pues permanece sobre la contraprestación a causa del principio básico de subrogación real, y cuya efectividad, por otra parte, depende del cumplimiento, efectivo también, del propio contrato, en el sentido de que, caso contrario, como aquí sucede en el que tiene que procederse a la resolución, la situación de titularidad común continúa vigente con todas sus consecuencias, readquiriendo íntegramente la forma original a causa de la inevitable retroactividad «ex tunc» que la resolución lleva consigo, lo que supone que uno sólo de los comuneros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 394, podrá servirse de la cosa común

conforme a su destino y de manera que no perjudique el *interés de la comunidad*, donde por supuesto se incluye la posibilidad de realizar todo lo que redunde en beneficio de ésta, entre otras cosas, ejercitar las acciones pertinentes en su defensa, sin que pueda aquí ponerse en duda dicho beneficio porque se trata de la resolución contractual para recuperar precisamente el objeto común vendido. Esto impide considerar mal constituida la relación jurídica procesal puesto que dicha relación estaba desde el primer momento válidamente constituida, con independencia de la intervención en trámite de réplica del otro comunero que, al hacerlo, ratifica lo iniciado por el primero y constata la existencia del interés de la comunidad, sin que pueda ser considerado como un tercero ajeno al interés que se ventilaba en el proceso.

*Voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.*—El motivo séptimo alega interpretación errónea del artículo 1.504 del C. c. que se pone en relación con la exigencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de parte del contratante requerido de resolución por incumplimiento, que fue justo lo que, interpretando correctamente el indicado precepto, hizo en este caso la sentencia recurrida, de acuerdo con la relación de hechos declarados probados en la instancia, acreditativos de aquella voluntad, frente a los alegatos que en ésta hizo la compradora, relativos a su situación económica y a una hipotética compensación respecto de los vendedores.

*Alcance de la devolución. Mejoras en la cosa.*—Por tratarse de la resolución de un contrato de compraventa, sus efectos se retrotraen al momento en que el contrato se celebró, con la consiguiente devolución de la cosa en el estado anterior, siendo de aplicar, porque de resolución se trata, la normativa relativa a lo único que aquí puede entrar en juego, es decir, a las *mejoras* que, según el artículo 1.123 habrá de ser la contenida en el número 6 del 1.122, a cuyo tenor el comprador sólo tiene el derecho que el 487 concede al usufructuario, que es el de retirarlas si ello es posible, pues el Juzgador, después de valorar en su *conjunto* la prueba practicada, declara que lo vendido «no fue un solar como parece sostener la recurrente, sino un inmueble con edificaciones en el que venía ejerciéndose con anterioridad una industria de panadería», declaración puramente fáctica que impugnan los recurrentes y que es de imposible estimación porque denuncia error de hecho y de derecho en la apreciación probatoria, sin tener en cuenta que esta se apoya en el *conjunto* de la misma, que no puede resarticularse con algún medio aislado. Lo cual impide estimar el motivo undécimo en donde se alega interpretación errónea de 1.504 del C. c. en relación ahora con los 361 y 453 del propio Cuerpo legal, con lo que se está haciendo supuesto de la cuestión, afirmando, frente al resultado probatorio referido, que no se trata de simples mejoras, sino de construcciones de nueva planta y pretendiendo aplicar las normas de los preceptos también citados, ajenos por completo a la situación fáctica y jurídica contemplada. (Sentencia de 6 de febrero de 1984; no ha lugar.)

41. *Legitimación de la Comunidad de propietarios para dirigirse contra el arquitecto director y el constructor por defectos de construcción.*—El mo-

tivo no puede prosperar, porque los defectos aludidos, que lo son de construcción, se refieren a la planta sótano de las viviendas que, en cuanto el título constitutivo no le atribuye carácter privativo, constituye, como tal, un elemento común por destino, como, para casos semejantes, proclamó la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, especialmente en las sentencias de 10 de mayo de 1965 y 12 de noviembre de 1969, entre otras, en la interpretación del artículo 396 del Código civil, en relación con el 3, apartado b) y párrafo 1.º del 5, ambos de la Ley de 21 de julio de 1960 con independencia de su distribución para el uso en plazas de garages de los ocho propietarios integrantes de la Comunidad, cuya representación ostentan los órganos de la misma; aparte de que a idéntica solución habría que llegar con la tesis del recurrente constando como consta el consentimiento de dichos propietarios individuales en su totalidad para que la Comunidad reclamase en su nombre y representación, por lo que es evidente que ésta estaba legitimada para actuar en la forma como lo hizo.

*Ruina de la obra inmobiliaria.*—Es conocida por reiterada la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo en el sentido de que el término *ruina* que utiliza el legislador no debe entenderse reducido al supuesto de derrumbamiento o destrucción total o parcial de la obra, sino que hay que extenderlo a aquellos defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato de obra, que es lo que el Juzgador declara probado en este caso, de acuerdo con el resultado de la prueba practicada que no es impugnado por el único cauce adecuado del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

*Responsabilidad solidaria del constructor y del arquitecto director.*—Igualmente se declara justificado y tampoco fue desvirtuado en casación, que el suceso origen de todas las actuaciones fue provocado por una acción pluralista imputable tanto a defectos de dirección como a vicios de construcción y mala calidad de los materiales empleados, que al no poderse precisar la proporción respectiva, conduce a la responsabilidad solidaria del contratista y del arquitecto director de la obra. (Sentencia de 9 de mayo de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se vendieron determinados pisos a los actuales componentes de la Comunidad de propietarios. Después de que los adquirentes ocuparan las viviendas, aparecieron graves defectos de construcción. Por este motivo la Comunidad de propietarios demandó al constructor y al arquitecto director para que los subsanen. La Audiencia Territorial, revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia, condenó solidariamente a los demandados a subsanar los defectos denunciados. No prospera el recurso de casación.

**NOTA.**—En esta sentencia se sigue lo afirmado en numerosas sentencias del Tribunal Supremo en torno al artículo 1.591 del Código civil. Sobre la legitimación de la Comunidad de propietarios, pueden consultarse las anotaciones a las sentencias de 30 de abril de 1982 (en este ANUARIO, 1982, III, pp. 957-959) y 21 de diciembre de 1981 (en este ANUARIO, 1982, III, pp. 959-960). Sobre el concepto amplio de la ruina, las anotaciones a las sentencias de 11 de noviembre de 1982 (en este ANUARIO, 1983, II, pp. 947-948) y 21 de abril de 1981 (en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1099-1100). Finalmente, sobre la responsabilidad solidaria véase la anotación a la sentencia de 15 de julio

de 1983, en este fascículo de este ANUARIO, donde citamos otras sentencias precedentes que siguen este criterio constante y que hemos anotado.

(A. C. S.)

42. *Legitimación del Presidente de la Comunidad de Propietarios.*—Además de ostentar legalmente la representación de la Comunidad en juicio y fuera de él, conforme al artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, reúne la condición de comunero que le faculta para cualquier pretensión en beneficio común, máxime cuando en su intervención, en la acreditada condición de Presidente de las Comunidades demandantes, no hizo sino actuar con arreglo al acuerdo comunitario.

*Comunicación de acuerdos de la Junta de Propietarios.*—Es patente que, unas veces por su asistencia personal o representado y otra por comunicación orgánica acreditada, tuvo conocimiento de lo acordado con fehaciencia que no ha de ser necesariamente con intervención notarial o judicialmente, que el apartado primero del mencionado artículo exige para los supuestos en él contemplados.

*Obligación de contribuir a los gastos.*—La obligación de la Junta de Propietarios de establecer un plan previo de gastos no excluye el deber de los asociados de pagar en los términos y plazos dichos lo convenido y reclamado para los fines que el apartado quinto del artículo 9 establece conforme al artículo 20 de la Ley de Propiedad Horizontal.

*Impugnación de acuerdos sociales.*—Aun en el supuesto de que los acuerdos contuviesen alguna modificación estatutaria, el haber tenido lugar la impugnación fuera de los treinta días del plazo previsto en el artículo 16-4.º de la Ley de Propiedad Horizontal determina la desestimación del recurso. (Sentencia de 25 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—El propietario de diversos pisos y locales de la planta sótano y baja dejó de abonar las correspondientes cuotas a las Comunidades actoras. Por este motivo éstas lo demandaron. La Audiencia Territorial, revocando en parte la sentencia del Juez de Primera Instancia, condenó al demandado a satisfacer determinadas cantidades y estimando en parte la reconvención declaró que las Comunidades actoras estaban obligadas a permitir al demandado realizar el sistema necesario para ventilación del sótano que le pertenecía. No prospera el recurso de casación del propietario.

NOTA.—Véase nuestro comentario a la sentencia de 3 de octubre de 1979, en el que aludimos a la importante cuestión de la legitimación del Presidente de la Comunidad de Propietarios. En esta sentencia se plantea precisamente el problema de la posible legitimación de un Presidente que no ha probado su condición de propietario de alguno de los pisos que integran la Comunidad (en este ANUARIO, 1980, I, pp. 194 ss.). También tiene interés las sentencias de 25 de marzo de 1982, que anotamos en este ANUARIO (1983, II, pp. 671-672) y 30 de abril de 1982, anotada en este ANUARIO (1982, III, pp. 958-960).

(A. C. S.)

43. *Propiedad horizontal. Destino de las viviendas. Prohibición de ejercer profesión. Cosa juzgada.*—Haciendo caso omiso de las diversas teorías mantenidas acerca de la cosa juzgada material por lo que hace a su naturaleza, que el artículo 1.251 C. c. define como presunción *iuris et de iure* de verdad, sin duda reflejo del viejo aforismo *res iudicata pro veritate habetur*

recogido en el Derecho histórico, basta señalar que es indefectible la eficacia vinculativa que entraña, con la preclusión de todo ulterior juicio sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta el fallo precedente; habiendo declarado la jurisprudencia que la sentencia, en cuanto decide sobre el fondo, significa una situación de estabilidad que no sólo permite actuar en consonancia con lo resuelto, sino que impide toda ulterior discusión en futuro litigio, siempre que se den los presupuestos para que la institución opere, pues razones de seguridad jurídica, y hasta de prestigio del organismo jurisdiccional, imponen el mantenimiento de lo declarado o que se actúen pretensiones que contradigan el contenido de la sentencia firme, siempre partiendo de una resolución previa sobre idéntico conflicto, aun recaída en proceso de distinta naturaleza.

*Proceso abreviado de cognición contra acuerdos de la junta de propietarios. Impugnación en juicio ordinario. Caducidad de 30 días.*—En el proceso abreviado de cognición establecido para el ejercicio de acciones por infracción de las prohibiciones estatutarias sobre el ejercicio de actividades en las viviendas litigio que la junta representada por su Presidente puede promover con arreglo al artículo 19 de la Ley de P. H. el juzgador ha de efectuar una labor interpretativa de las cláusulas de los Estatutos que se consideran vulneradas por el propietario al que se demanda, y, por lo tanto, la sentencia que recaiga desplegará los efectos que le son propios, entre ellos el ejecutivo; litigio y resolución que no vedarán la facultad que asiste al titular dominical afectado para promover el juicio declarativo que corresponda, a fin de combatir el acuerdo que valora contrario a los Estatutos, según lo autoriza la norma 4.ª del artículo 16 de la Ley especial y se desprende de la S. de 13 junio 1967, pero deberá hacerlo antes de que transcurra el plazo de caducidad de 30 días que el párrafo 2.º de la citada norma señala al titular disidente, lapso cuyo cómputo se inicia al día siguiente de la fecha del acuerdo o al de su notificación, si hubiera estado ausente, sin perjuicio de la ejecución provisional, de manera que el transcurso del plazo legal sin ejercitar el derecho provoca inexorablemente su extinción, con el cierre de toda posibilidad de ignorar la irreversibilidad y la plena vinculación de la sentencia; y en el presente caso, en el proceso de cognición aludido, el problema de la interpretación del artículo 7.º de los Estatutos no constituyó propiamente una cuestión prejudicial, ni aparece tratado incidental o tangencialmente, sino que fue la materia principal del debate, debiendo añadirse que el propietario vencido dio cumplimiento a la sentencia que le prohibió el ejercicio profesional en la vivienda, y no interpuso la demanda en juicio ordinario hasta después de haber transcurrido más de siete años desde que fueron tomados los acuerdos que conceptúa contrarios a los Estatutos.

*Requisitos de la cosa juzgada.*—Es irrelevante, para eludir la excepción de cosa juzgada, la introducción en el segundo proceso de un nuevo demandado, existiendo la identidad objetiva, máxime cuando la interpelación del citado es, a todas luces, superflua; por lo que toca al objeto, en su doble manifestación de *causa petendi* y *petitum*, es el mismo en ambos procesos, ya que toda la controversia gira sobre la aplicación del artículo 7.º de los Estatutos, no desapareciendo la identidad por el dato irrelevante de que en el proceso de cognición la condena se limitara al ejercicio de la Abogacía

y en el actual litigio se hable de la misma concreta profesión y de cualquier otra, ya que claramente no varían la fundamentación fáctica ni la jurídica del tema en uno y otro caso.

*Vinculación a los estatutos privativos.*—Aunque el recurrente no intervino en la aprobación inicial de los Estatutos, al adquirir su piso en escritura pública se hace constar que la Comunidad se registró por los mismos, e incluso, se añade para disipar dudas que «son leídos y aceptados por el comprador, transcribiéndose con la primera copia de la escritura, con lo que resulta patente el insoslayable efecto normativo del negocio jurídico en que los Estatutos se plasmaron, con trascendencia real por haber sido inscritos en el Registro, y lo improcedente de invocar la doctrina jurisprudencial relativa al supuesto de un adquirente del piso por documento privado que se ve sorprendido por unos Estatutos posteriores, redactados sin su intervención, y que no asume.

*Naturaleza de las costas en los procesos de un propietario contra la comunidad.*—Fundada la obligación que a cada propietario alcanza de contribuir a los gastos generales en la necesidad de acudir al «adecuado sostenimiento del inmueble», o de afrontar las responsabilidades o cargas comunes, con el régimen consiguiente de distribución, es de toda lógica concluir que si la Comunidad de Propietarios no actúa de consumo, sino que rota la armonía surge la contienda judicial, enfrentándose aquella y uno de sus componentes, los desembolsos impuestos por la situación litigiosa no merecen la calificación de «gastos generales» con relación al segundo, y en consecuencia, si el enfrentado al grupo ha de soportar el pago de las expensas propias, no podrá imponérsele contribución en el de las correspondientes a la otra parte aplicando la cuota de participación; ello, además de que no se trata propiamente de gastos comunes sino de extraordinarios desembolsos impuestos por un conflicto que lleva ya aparejado para el disidente el pago, por su condición de parte, de las expensas correspondientes. (Sentencia de 5 de octubre de 1983; Ha lugar en parte.) )

NOTA.—Sentencia docta y, en cierto modo, ejemplar por su profundidad, análisis riguroso de los problemas planteados y exhaustividad. Si bien, en cuanto al fondo (posibilidad, o no de ejercicio de una profesión en la vivienda) la *quaestio iuris* estaba claramente decidida ya en la instancia al apreciarse la cosa juzgada, la sentencia extractada añade nuevos argumentos, y hace una fina exposición de la naturaleza jurídica de los gastos de comunidad que conduce a la estimación parcial del recurso y declarar reembolsables las cantidades proporcionales que en el proceso anterior se le cobraron al recurrente, así como las costas del actual. Ha sido Ponente el Magistrado señor De Castro García. (G.G.C.).

## 5. Derecho de familia

44. *Matrimonio. Separación por malos tratos. Derecho transitorio.*—La existencia de dos malos tratos de obra del marido a la esposa, en uno de los cuales no hubo intencionalidad del marido en causarle mal, y en el otro acto de violencia, el resultado de la prueba no permite determinar el grado de culpabilidad del esposo, no constituye causa de separación al amparo del

artículo 105, causa 2.ª C. c. en su versión derogada; se desvanece así la acusación de una reiterada conducta violenta o vejatoria del marido sobre la mujer, y no se dan las condiciones que para la prosperabilidad de esta causa de separación exige la doctrina legal recogida en la S. de 15 julio 1982.

*Prueba.*—La declaración de la interesada prestada ante la Comisaría de Policía en un atestado, impropriadamente calificado como declaración, no es documento público, y la sentencia dictada en juicio de faltas seguido entre los cónyuges, es un elemento probatorio más, a armonizar con las restantes probanzas, sin prevalencia alguna sobre el resto de la prueba estimada en su conjunto por el juzgador de instancia. (Sentencia de 28 de octubre de 1983; no ha lugar.)

45. *Alimentos provisionales. Cuantía. Revisión por devaluación monetaria. Improcedencia.*—La cuantía de los alimentos tiene que ser proporcionada al caudal y medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, lo que implica una cuestión de hecho consistente en determinar de una manera efectiva y real esa proporcionalidad con los medios de uno y necesidades de otro, para la fijación y para el aumento o disminución de la pensión alimenticia, con la evidente repercusión que tiene la actual crisis económica, con la devaluación monetaria y el consiguiente aumento del coste de la vida, que ya destacó la S. de 14 febrero 1976; ahora bien hay un condicionante, pues la crisis y sus secuelas afectan a ambas partes, mientras que el recurso hace hincapié exclusivamente en el aumento de los ingresos del marido, como empleado de Banca, sin justificar que con dicho aumento adquiriese una situación de desahogo que le permitiera más que duplicar el importe de la pensión, cuando la realidad es que le fue concedido justamente para hacer frente a aquella crisis y al creciente costo de la vida, no justificando por sí sólo el juicio valorativo de un caudal y medios superiores a los que antes tenía (Sentencia de 5 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

NOTA.—Esta S. no niega el principio de revisión de la cuantía de la pensión alimenticia por influjo de la devaluación monetaria, decididamente admitida en la reforma del C. c. operada por la Ley de 7 julio 1981 y por la propia jurisprudencia. Sin embargo, la argumentación que utiliza para rechazar el recurso interpuesto por la esposa contra la S. de la AT que revocó la elevación concedida por el JPI de nueve mil pesetas a veinte mil, no parece del todo convincente. Si la deuda alimenticia es deuda de valor —como dice Sancho Rebullida, en Lacruz y Sancho Rebullida, *Elementos IV*, p. 88—, parece que la cuantía fijada en 1973 no puede ser la misma que diez años más tarde, cuando al marido le actualizan anualmente sus ingresos. De aquí la ventaja de fijar la pensión con cláusula de estabilización, la cual echará sobre el obligado la carga de demostrar que su caudal ha disminuido, si se opone a la revalorización. (G. G. C.)

46. *Obligación legal de alimentos. A cargo de abuelos paternos.*—La obligación legal de alimentos descansa en la existencia de un vínculo de parentesco entre quien, por hallarse en un estado de necesidad, tiene derecho a pedirlos y quien por encontrarse con posibilidades económicas debe prestarlos; obligación legal que en cuanto a su contenido concreta el artículo 142 C. c. y en cuanto a los sujetos pasivos de la prestación el artículo 143 por el orden establecido en el artículo 144 cuando sean dos o más los obliga-

dos a satisfacerlos; y si en el presente caso se declara probado que los menores de edad escolar carecen de bienes de fortuna, y a quienes no pueden prestar la asistencia debida, ni su padre, por encontrarse en ignorado paradero, ni su madre, por carecer de medios económicos suficientes y de la posibilidad más acusada en esta época de crisis, de obtenerlos, es correcta la interpretación del juzgador al condenar a prestarlos a los abuelos paternos.

*Innecesariadad de litisconsorcio pasivo necesario con la abuela materna.*— Dado que la abuela materna está cumpliendo de manera voluntaria dicho deber, de acuerdo con sus posibilidades, su llamada al pleito era, no sólo innecesaria, sino incluso temeraria, en cuanto la pretensión contra ella carecía de contenido al estar ya cumplida extraprocesalmente, sin que exista dato alguno que permita afirmar que no se da la proporcionalidad exigida por la ley entre todos los obligados.

*Derecho de opción del artículo 149 C. C.*—No procede concederlo porque no se solicitó en tiempo procesal oportuno decisión procesal al respecto, y por los obstáculos de carácter moral al producirse la dispersión de la familia al pasar unos hermanos al cuidado de los abuelos, y legal, pues en el caso de concurrencia de dicho derecho de opción y el derecho-deber que para la madre deriva de la patria potestad, debe preferirse este último, y finalmente porque dada la edad de los recurrentes—octogenaria y septuagenaria, respectivamente— difícilmente podrían cumplir la totalidad de los deberes que se comprenden en el concepto amplio de alimentos. (Sentencia de 2 de diciembre de 1983; no ha lugar.)

NOTA.—Una consideración marginal sobre el argumento *ad hominem* que utiliza el T. S. para denegar a los abuelos paternos el derecho a prestar los alimentos en su propia casa a sus nietos menores de edad. No parece que el artículo 149 contemple la prestación personal de aquéllos, sino únicamente el hacerlo dentro de su hogar y compañía lo que no impide que las atenciones materiales se ejecuten por terceras personas bajo la dirección de los obligados. En tal hipótesis la edad no parece deba jugar un papel decisivo. (G. G. C.).

47. *Patria potestad. Matrimonio canónico declarado nulo por orden sagrado. Menor confiada a la guarda de la madre. Suspensión por ejemplos corruptores. No existen si la madre convive con hombre casado del que tiene prole.*—La apreciación de la concurrencia de los ejemplos corruptores en la madre es potestativo del Tribunal, pero ello no excluye la posibilidad de su revisión casacional en cuantos supuestos haya ido más lejos de lo razonable; aun cuando la legislación actualmente vigente en materia de separación y divorcio no resulta aplicable al caso por haberse planteado la litis en tiempo inmediatamente anterior, una interpretación sociológica de la norma entonces vigente, a la que nos llevará el mandato del artículo 3.º C. c., nos impedirá reputar ejemplo corruptor, con virtualidad suficiente para provocar de manera necesaria una medida de tanta trascendencia como es la privación del derecho a la guarda y tutela por parte de la madre de una hija menor, la convivencia de aquélla en estado de soltería, con un hombre casado y separado de su esposa, conducta ésta que, aun reprochable desde el punto de vista social, no alcanza, a falta de otras circunstancias

específicamente corruptoras que no se han acreditado, trascendencia ética suficiente para determinar una mutación en el derecho a la guarda, primordialmente orientado es favor de la menor, y que, en el supuesto de su variación, podría tal vez actuar de manera negativa sobre la actual situación de la hija de los litigantes.

*Derecho transitorio. Aplicación de la Ley de 13 de mayo 1981.*—Por mandato de la disp. transitoria 9.ª de la Ley de 13 mayo 1981, debe aplicarse esta Ley, a partir de su entrada en vigor, cualquiera que sea la fecha de nacimiento del hijo, por lo que regirá aquí el nuevo artículo 170 C. c., que prevé la posibilidad de privación total o parcial de su potestad, al padre o a la madre, por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma.

*La privación incluye la suspensión.*—La patria potestad comprende, entre otros deberes y facultades en relación con los hijos, los de velar por ellos y tenerlos en su compañía, expresiones éstas que se refieren, sin duda alguna, a los derechos de guarda y custodia, objeto de la acción ventilada en este recurso, y si, de acuerdo con el artículo 170 C. c., cabe la privación total o parcial de la patria potestad por sentencia, nada se opone a que por resolución judicial se acuerde la suspensión del derecho de guarda y custodia, parte integrante del de potestad.

*Competencia en los casos de crisis matrimoniales. No corresponde a los Tribunales tutelares de menores, sino a la jurisdicción ordinaria.*—En modo alguno puede entenderse que la suspensión del derecho a la guarda y custodia de los hijos sea competencia exclusiva de los Tribunales Tutelares de Menores, sino que corresponde a los Tribunales ordinarios en cuantos supuestos se haya producido una crisis matrimonial determinante de una acción de separación o nulidad, y así lo ha entendido la Sala especial de competencias de este T. S. en su S. de 27 abril 1963, y a la misma conclusión llegaríamos aplicando la legislación hoy vigente contenida en la Disp. Adic. 2.ª de la Ley de 7 julio 1981, que encomienda a los Jueces de Primera Instancia —hoy Jueces de Familia— el conocimiento de las acciones que tienen por objeto la eficacia civil de una resolución de Tribunal Eclesiástico sobre nulidad de matrimonio canónico.

*Defecto del Recurso.*—La incompetencia de jurisdicción debe denunciarse al amparo del núm. 6.º y no del núm. 1.º del artículo 1.692 L. e. c. (Sentencia de 19 de octubre de 1983; ha lugar.)

.HECHOS.—José María y María Paz contraen matrimonio canónico en junio de 1974, y la niña Elena nace en diciembre del mismo año. En junio de 1976 se anula por un Tribunal Eclesiástico por existir el impedimento de orden sagrado no dispensado, concediéndose a la madre, en ejecución civil de la sentencia, la guarda y custodia de la hija. El padre solicita privación o suspensión de la guarda o custodia alegando que desde la separación de los cónyuges, la madre estaba conviviendo con un hombre casado y separado, con el que había tenido un niño. La demanda tiene éxito en primera y segunda instancia, pero el T. S. da lugar al recurso interpuesto por la madre, con base en la doctrina extractada.

COMENTARIO.—En la demanda la petición alternativa era de *privación o suspensión* de la guarda o custodia, y en ambas instancias lo que se concede es sólo la suspensión de dicha función paterna. No parece haber obs-

título para ello en la circunstancia de que el nuevo artículo 170, a diferencia del derogado artículo 171, sólo contemple la privación total o parcial de la potestad paterna por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o en sentencia penal o civil relativa a un proceso matrimonial, ya que la suspensión es mera interrupción temporal que, de alguna manera, puede considerarse incluida en la privación parcial. Los nuevos comentaristas de la reforma siguen utilizando la vieja terminología: así, Sancho Rebullida, en Lacruz y Sancho Rebullida, *Elementos*, IV, p. 763 s.

El tema más importante —dejando aparte las cuestiones de procedimiento— es el relativo a la calificación de los hechos probados como constitutivos, o no, de ejemplos corruptores susceptibles de motivar una modificación en la custodia. La sentencia del T. S. se dicta cuando la hija está a punto de cumplir nueve años y debe afrontar la convivencia de su madre en una situación de concubinato adulterino, del que ha nacido un niño, medio hermano suyo. Cabe hacer serias reservas a la decisión del T. S. de que tales hechos no representan ejemplos corruptores para la niña, que pronto va a comenzar a darse cuenta de la real situación en que vive su madre. ¿Le dirá ésta a su hija que se trata de lo que los alemanes llamaron *Onkel-Ehe*, en los años inmediatos a la última contienda mundial? Me parece un cómodo expediente acudir a la interpretación sociológica del derogado artículo 171 C. c. para negar un juicio de reprobación ética a la conducta de la madre, aunque por haber sido anulado su matrimonio deba calificarse su estado civil de soltera, máxime si al existir la posibilidad legal de divorcio cabría regularizar tal situación. Tampoco creo que el *bonum filii* quede salvaguardado por el hecho de que el concubino adúltero subvenga a las necesidades materiales de la madre y su hija con generosidad. La explicación de esta sentencia, acaso se encuentre en razones que sólo deja entrever su argumentación, y que podrían resumirse en el viejo aforismo *in pari casu, melior est conditio possidentis*. Inicialmente hay una conducta no demasiado ética del padre que, estando ordenado *in sacris*, atenta matrimonio canónico, al parecer ocultando a su esposa su cualidad, y antes de lograr la dispensa canónica. No consta que ésta se le haya otorgado ulteriormente, y parece que no ha vuelto a casarse, pues en la demanda dice estar soltero. Por otra parte, la probabilidad de que el matrimonio intentado fuera reparador, tampoco mejora aquella inicial conducta. Si a ello se une la tendencia de los tribunales a encomendar a la madre la custodia de los hijos en los procesos matrimoniales, ello puede complementar el cuadro de motivaciones de la sentencia. La madre no da, ciertamente, ejemplos moralizadores a su hija, aunque le proporcione un hogar con relativa estabilidad y bienestar; pero frente a ella, el padre tampoco ofrece garantías de una formación adecuada. La *tertia via*, encomendar la guarda de una institución, no parecía procesalmente viable. (G.G.C.).

48. *Culpa extracontractual. Responsabilidad de los padres por las lesiones causadas por un menor a otro menor. Cuestión nueva. Doctrina general.*—No ha lugar a la admisión del recurso de casación por infracción de ley, cuando la ley o doctrina que se reputan como infringidas se refieren a cuestiones no debatidas en el pleito, con lo cual no sólo se señala un límite a la materia propia del recurso, sino que se establece uno de sus caracteres principales, que es el de servir de medio revisorio en interés inmediato de los litigantes y mediato de la ley, de las extralimitaciones que se hayan podido cometer en la instancia; habiendo declarado la S. de 18 junio 1970 que mal cabe revisar lo que no fue objeto de debate en la instancia, y la de 15 junio 1982 que «son cuestiones nuevas las suscitadas con posterioridad a los períodos de alegación y discusión, o fuera de los cuatro escritos fundamentales del juicio (demanda, contestación, réplica y dúplica), que, por constituir

el período expositivo, definen las cuestiones a discutir y resolver, y admitir una cuestión nueva sobrevenida implicaría tanto como consentir la alteración de los términos precisos del litigio, con merma del derecho de defensa de la otra parte, la cual, de haberse alegado oportunamente la cuestión, podría haber reargüido y probado en contra».

*Responsabilidad solidaria de ambos padres. Derecho transitorio.*—Se alega por primera vez, en el acto de la vista del recurso de apelación, que no procedía la condena solidaria de ambos cónyuges, sino la del marido, y tan sólo a falta de él, la de la esposa pues el artículo 1.903 C. c., en su redacción vigente en el momento en que se interpuso la demanda, únicamente admitía la responsabilidad del padre, y sólo en caso de muerte o incapacidad de éste, la de la madre, por los daños causados por los hijos menores de edad que vivieren en su compañía; pero se trata de una cuestión nueva que siendo de inadmisión, en este momento procesal es de desestimación del recurso. (Sentencia de 1 de marzo de 1984; no ha lugar.)

Por un defecto procesal del T. S. no entra a resolver una cuestión, ahora sólo de derecho transitorio, que envuelve cierto interés. Como las lesiones causadas por un menor a otro, que motivaron la pérdida de visión de un ojo, se produjeron en 1977, se plantea la cuestión de saber si la primitiva redacción del artículo 1.903, párr. 2.º, permitía la condena solidaria de ambos padres, pese al tenor literal del mismo. Una respuesta afirmativa podría basarse en la evolución doctrinal y jurisprudencia orientada, mucho antes de la reforma de 1981, hacia el ejercicio conjunto de la patria potestad por los dos progenitores, combinada con la conocida doctrina jurisprudencial de la solidaridad entre los distintos responsables de un acto ilícito culposo. Bajo la nueva redacción del precepto, la solución no ofrece dudas. (G.G.C.).

49. *Deuda contraída por mujer casada como titular del negocio. Letra aceptada por el marido con poder otorgado por su mujer. No hay litisconsorcio pasivo necesario.*—Si el esposo de la recurrente estaba apoderado por ella para realizar en su nombre los actos y contratos enumerados en la escritura de apoderamiento, entre los cuales figuran los relativos al ejercicio del comercio, resultando ser la esposa única dueña y propietaria del negocio, no ha lugar a estimar la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, pues no se pudo obligar al acreedor a demandar a más personas que las que demandó, ni, a una vez fallecido el marido, sus hijos, auténticos terceros, pueden verse afectados por el fallo recaído, independientemente de su condición de herederos presuntos del marido, que ni fue contratante ni ahora es causahabiente transmisor de obligaciones, y con abstracción de las vicisitudes posteriores de la sociedad ganancial disuelta. (Sentencia de 8 de octubre de 1983; no ha lugar.)

## 6. Derecho de sucesiones

50. *Actos propios del heredero.*—Lejos de haber sido contrariada de modo manifiesto la voluntad del testador, la misma fue estimada tan clara por el propio heredero, actos y hoy recurrente, como para consentir que en el

cuaderno particional quedara implícito que las ocho fincas que pretende reivindicar había sido objeto del legado como integradas en la denominada «La Cabañeta» y es solo quince años después de autorizado dicho cuaderno particional cuando, contradiciendo su anterior postura, pretende que las fincas de referencia queden integradas en remanente de bienes de que el testador no había dispuesto expresamente la que también es indicativo de que la literalidad del testamento que propugna el motivo analizado en el sentido de que sus cláusulas no dejan lugar a dudas respecto a no estar comprendidas en el legado las ocho fincas cuestionadas, es bien lejana de lo que fue su postura en el largo lapso de tiempo transcurrido entre 1961 en que se formaliza la partición de bienes de su causante y 1976 en que consiguiese sean inscritas a su nombre en el Registro de la Propiedad.

*Cuestión nueva.*—Se viene a plantear una cuestión nueva que implica introducir una postulación que al no haberse formulado en su oportunidad procesal alteraría a destiempo y sin posibilidad de defensa para los demandados los términos en que el debate quedó planteado, estando incurso este alegato y el pedimento que significa en la causa de inadmisión del número 5.º del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de desestimación en este trámite. (Sentencia de 26 de marzo de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se plantea un problema de interpretación de testamento y, en concreto, la cuestión litigiosa reside en determinar si ocho fincas de escasa importancia económica que pretende reivindicar el actor, en su calidad de heredero, han sido objeto de legado como integradas en la denominada «La Cabañeta».

El Juez de Primera Instancia considera pertinente la demanda del heredero. La Audiencia Territorial revoca este fallo. No prospera el recurso de casación del heredero.

**NOTA.**—Existen bastantes sentencias del Tribunal Supremo que han aplicado la doctrina de los propios actos en relación con la conducta de los herederos. La cuestión ha sido ampliamente examinada por el profesor Díez-PICAZO en su monografía *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, pp. 232 ss. Apunta este autor que la inadmisibilidad del «venire contra factum» en materia sucesoria, no significa sólo una vinculación del heredero a los actos de su causante, sino también una vinculación del heredero a sus propios actos anteriores, tanto si estos actos se realizaron en contemplación del supuesto de ser heredero, como si no (Op. cit., p. 234).

(A. C. S.)

## II. DERECHO MERCANTIL

51. *Letra de cambio. Aceptación por apoderado.*—La Sala de instancia excluye la existencia de un apoderamiento general tácito y tampoco se expresa en la antifirma de ninguna de las numerosas aceptaciones cambiales el nombre de la persona presuntamente representada, omitiendo así la expresión en la letra de la hipotética relación representativa como exige el art. 447 C. com.

*Factor notorio. Inexistencia.*—El artículo 286 C. com. ha previsto la figura del factor notorio, caracterizada por el otorgamiento de poder ge-

neral en forma tácita, en cuya virtud viene permitido a los terceros contra tantes presumir que lo realizado por ese auxiliar, aunque lo efectúe en su propio nombre pero dentro del giro o tráfico de la empresa a la que sirve, lo ha sido por cuenta y en nombre del empresario, contra el cual podrán dirigirse aquéllos para exigir el cumplimiento negocial; pero en el presente caso se afirma que el esposo aceptante no procedió como administrador del establecimiento de Farmacia, ni como apoderado de su mujer en régimen de dependencia y subordinación. (Sentencia de 9 febrero 1984; no ha lugar.)

52. *Letra de cambio. Validez de la aceptación aunque esté incompleta.*—Esta Sala viene afirmando —últimamente en S. de 18 abril 1981— la validez de las firmas cambiarias dadas cuando la letra no estaba aún completa, pues el deudor, al firmar una letra que contiene alguna mención en blanco, se declara de antemano conforme con el texto que en su día resulte completo, revistiendo eficacia jurídica cambiaria las obligaciones de tal índole asumidas cuando la letra estaba en blanco, pues el art. 444 C. com. que expresa los requisitos esenciales de la letra, se refiere, no al nacimiento de la obligación cambiaria, sino a la posibilidad de exigirla en juicio, que es el momento en que debe contener todas las menciones.

*Prohibición de endoso.*—No cabe tomar en consideración el pacto obstructivo a la cesibilidad de las letras, por ser de esencia de estos efectos mercantiles el ser títulos que encierran un valor en manos de la persona legítimada, destinados a la circulación a la manera de mercancía o dinero por conversión, o papel moneda del comerciante, que es lo que la doctrina resalta al llamarla «viajero nato». (Sentencia de 30 de noviembre 1983; no ha lugar.)

### III. DERECHO PROCESAL

53. *Defectos formales en la interposición del recurso.*—El motivo que se examina necesariamente ha de perecer por la falta de claridad y precisión que el artículo 1.720 de la Ley Procesal exige, dado que en su desarrollo lo primero que los impugnantes hacen es verificar un examen de las probanzas practicadas en la alzada, para concluir que determinados extremos aparecen probados, lo que sólo le era dable utilizando la vía del ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando el error de hecho o de derecho que se hubiera producido en la instancia, y porque seguidamente examinan el contenido del contrato, para obtener consecuencias distintas a las resaltadas por la Sala sentenciadora, lo que únicamente podía perseguir con la denuncia de infracción de normas de hermenéutica, contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil. (Sentencia de 19 de septiembre de 1983; no ha lugar.)