

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXVII
FACISCULO IV

OCTUBRE-DICIEMBRE
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

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

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

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

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

RAFAEL NUNEZ LAGOS
Notario de Madrid

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. 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 DÍEZ-PICAZO: <i>La doctrina de las Fuentes del Derecho</i>	933
RODRIGO BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO: <i>La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud</i>	953
PABLO SALVADOR CODERCH: <i>La Disposición Final Tercera de la Compilación catalana y la técnica legislativa de las remisiones estáticas</i>	975
ALBERTO PANIZO ROMO DE ARCE: <i>Reconocimiento civil de resoluciones canónicas de nulidad y dispensa «super rato» en el nuevo sistema matrimonial español</i>	1007
FERNANDO GARCÍA VICENTE: <i>La responsabilidad civil de los padres por actos del hijo menor: causas de exoneración</i>	1033

Estudios de Derecho Extranjero

DR. HANS-LEO WEYERS: <i>Apuntes sobre la evolución del Derecho civil de la República Federal de Alemania en 1983</i>	1053
--	------

Vida Jurídica

- Reimpresión del «Negocio Jurídico de Federico de Castro», por Juan Vallet de Goytisolo* 1075

Información Legislativa

- A cargo de Pedro de Elizalde y Aymerich 1085

Nota Crítica

- «Derecho del Seguro y Derecho Civil Patrimonial», por Luis-Humberto Clavería Gosálbez* 1105

Bibliografía

- Libros 1159

Revista de revistas**I. REVISTAS ESPAÑOLAS.**

- A cargo de José Ramón Antón Riesco 1169

Jurisprudencia**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- Los desiguales efectos que producen la adopción plena y la simple, no son contrarios a los preceptos constitucionales, por José Ramón Rodríguez Carbajo* 1181

- Recurso de casación y amparo constitucional. Tipicidad y legalidad en los ilícitos civiles. Intimidad personal y separación de hecho, por José Ramón Rodríguez Carbajo* 1183

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES**

- La adquisición tácita de servidumbres por signo aparente. Examen de la jurisdicción desde 1970 a 1983, por José Bonet Correa* 1187

I. SENTENCIAS COMENTADAS:

- Validez y eficacia de la cláusula de revisión de la renta, cada tres años, para una vivienda, por José Bonet Correa* 1231

- Responsabilidad civil de la administración. Jurisdicción competente y otros extremos, por Manuel María Zorrilla Ruiz y Ricardo de Angel Yagüez* 1237

- II. SENTENCIAS** 1259

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
28014 - MADRID

TOMO XXXVII
FASCICULO IV

OCTUBRE-DICIEMBRE

MCMLXXXIV



**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

SERIE 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



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

La Doctrina de las Fuentes del Derecho

Por LUIS DIEZ-PICAZO

Al leer el título de este trabajo no faltará alguno que se pregunte: ¿por qué de nuevo sobre las fuentes del derecho? Y, acompañándole, algún otro añadirá: siempre hemos sabido lo que son y cuáles son las fuentes del derecho; ¿qué va a venir éste a decírnos de nuevo ahora? Voy a intentar contestar a estas objeciones, que tal vez yo mismo me hago. En el replanteamiento del tema de las fuentes del derecho hay una razón de carácter coyuntural, que es una dosis de curiosidad por la historia de la terminología jurídica y de las palabras usadas en la teoría del derecho. Confieso que, aunque no podrá hacerlo nunca, como Santi Romano escribió los «*Frammenti di un Dizionario Giuridico*», me gustaría escribir unos «*Fragmentos de un Diccionario histórico de las palabras jurídicas*». Hace poco he intentado acometer esta tarea con la palabra «jurisprudencia» y fue ella la que me llevó de la mano a las «fuentes» como palabra. Hay una segunda razón que tiene asimismo carácter coyuntural. Al rehacer, como cada año, el «Manual del Derecho Civil», que escribo con el profesor Guillón Ballesteros, he encontrado insatisfactorio el proemio del capítulo dedicado al tema. Lo grave es que he encontrado insatisfactorios los proemios y las introducciones al tema en otros manuales muy autorizados y, revolviendo en mis recuerdos, he llegado a la conclusión de que es un tema que nunca he llegado a cuadrar.

Una tercera razón se encuentra en unas observaciones, certeras como suyas, que J. Vallet de Goytisolo hizo en el discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de M. Alonso Olea. Este discurso versó sobre las «Fuentes de Derecho del Trabajo en la Constitución» y Vallet al contestar realizaba un esbozo de investigación sobre el origen del concepto de fuentes del derecho. A todo ello vino a sumarse una última y cuarta razón: el tomo de 1982 de los «*Archives de Philosophie de Droit*» se dedicaba precisamente a las fuentes del derecho. Algo tendrá el agua cuando la bendicen, reza un refrán castizo. Algo tendrá el tema cuando los filósofos del derecho franceses le han dedicado un tomo de quinientas páginas. Además de todo ello el tema presenta el atractivo de aproximarnos a la esencia del Derecho o, por lo menos, permitirnos comprender con nitidez mayor las diferentes formas del pensamiento jurídico o de pensar el derecho.

I

LA DEPURACION DOCTRINAL DEL CONCEPTO DE FUENTES DEL DERECHO Y SU SENTIDO FUNCIONAL

1. *Los usos lingüísticos del término fuentes y la teoría del Derecho.*—Es manifiesto que la palabra «fuente» y su plural —fuentes— pertenecen al lenguaje espontáneo u ordinario y que sólo «a posteriori» han sido recibidas en la teoría del derecho. En el lenguaje ordinario, la palabra fuente designa el lugar de surgimiento de un curso de agua o el punto en que el agua mana de la tierra. En este sentido es sinónima de manantial, aunque en nuestra lengua la palabra manantial por su carácter inusitado resulte hoy más expresiva. Se podría, pues, hablar de los manantiales del Derecho. O de las alfafuertes del Derecho, que viene a ser casi lo mismo. La fuente es un hecho enteramente natural: el agua surge de las entrañas de la tierra, porque antes penetró en ellas como consecuencia de las lluvias o del deshielo. Hay otras fuentes que son construcciones humanas destinadas a conducir el agua hasta los que tienen necesidad de ella. Fue frecuente, y lo es todavía, que aparezcan decoradas con esculturas, símbolos u otros elementos semejantes. Si nos detenemos ante ellas, no es extraño que podamos comprobar como se recuerda la personalidad del que las erigió: el señor de la tierra, el rey o, en los tiempos modernos, más abstractamente la entidad jurídica de un municipio. La fuente es entonces el lugar a donde se va a buscar el agua y, más concretamente, a beberla. Se dice: beber en buenas fuentes.

Las expresiones que han quedado aludidas acaso por su propia índole, fueron desde tempranos momentos fácil presa del lenguaje metafórico y de los lenguajes tecnificados. No es impertinente observar de pasada que el lenguaje tecnificado ha sido casi siempre inicialmente metafórico. En el sentido de lugar a donde se va a beber, nuestra palabra fue reiteradamente utilizada por la historia para designar los materiales en los cuales se encuentra la información que el historiador necesita. Para los historiadores, las fuentes son documentos, testimonios, monumentos. Dentro del amplio campo de la información, en nuestros días el término ha sido utilizado por los periodistas y los demás profesionales de la información en un claro paralelo con los historiadores. Las fuentes de un mensaje periodístico, o de una noticia, son los puntos de donde se ha recibido o donde se ha confirmado. Entendidas dentro de esa línea, son siempre lo que en derecho se ha llamado, como todo el mundo sabe, fuentes de conocimiento, fuentes de las cuales se extrae una noticia, fuentes de las cuales se extrae la información sobre el derecho.

Como la fuente se encuentra en el punto de surgimiento, la idea de fuente designa el punto inicial y, por ello, el origen o el principio de algo. En un sentido riguroso y estricto, es el punto donde algo nació y también, en un sentido traslaticio, donde tuvo cabal fundamento.

2. *La historia de una metáfora jurídica y la formación de los dogmas jurídicos.*—El origen de lo que algunos han llamado en forma gráfica la metáfora acuática o hidrológica, que está en el origen de la idea de fuentes del derecho, se encuentra en el «Tractatus de Legibus» de Cicerón. En el libro, como es sabido, discuten Marcus y Aticus Quintus y en un momento dado (1,5), Marcus dice: «Podéis estar seguros de que no hay ningún tipo de disertación en que se revelen mejor que en ésta los dones naturales del hombre, las virtudes que contiene la inteligencia, la misión del trabajo, la solidaridad entre los hombres y la sociedad natural que entre ellos existe» (ver: «Introducción y Notas» por Alvaro Dors, Madrid, 1963, pág. 65). Después de haber pronunciado este exordio, Marcus añade: «explicados previamenete estos temas, puede encontrarse la fuente de las leyes y del derecho» (*his enim explicatis, fons legum et iuris invenire potest*). Aticus replica: «entonces tu idea es que no hay que extraer la disciplina del Derecho (A. Dors traduce: la fuente de la ciencia jurídica) del edicto del Pretor, como hace casi todo el mundo hoy, ni de las Doce Tablas, como los antepasados, sino de la filosofía esencial (*ex intima philosophia*).»

J. Miquel («Historia del Derecho Romano», Barcelona 1982) cita un texto de Tito Livio (3,34,6 y 7) en el que se califica a la Ley de las Doce tablas, como «*fons omnis publici privatique iuris y corpus omnis romani iuris*».

Cicerón era seguramente un literato de grandes recursos, pero la metáfora que allí utiliza había sido ya aplicada en otros campos por otros autores que habían hablado, v. gr., de la «*fons philosophiae*» o de la «*fons sapientiae*». Sin embargo, ello no aclara el sentido de la utilización del término «fons».

Enrico Paresce en un artículo dedicado al tema de las fuentes del derecho en la «Enciclopedia del Diritto» (vol. 7, pág. 892), ha puesto de manifiesto la ambigüedad que existe en el uso metafórico de la palabra «fuentes» y se ha llegado a preguntar si el problema de las fuentes no será sólo un problema semántico. Dice este autor que la teoría de las fuentes del derecho se ha resentido y no poco del uso metafórico de la palabra. Desde los tiempos más lejanos, al lado de su significado específico de «punto de emergencia de una vena de agua», la palabra se encuentra cargada con sentidos míticos y religiosos que afloran en las primeras especulaciones filosóficas en la literatura e incluso en las figuraciones iconográficas. De aquí que con la palabra se pueda haber tratado de indicar todo tipo de producción o de comienzo y que cuando la palabra se trata de aplicar en el Derecho indique al mismo tiempo el originario significado físico (origen) y los significados figurados (fundamento). Se ha señalado por ello que como en las mitologías se hace de las fuentes deidades, en el campo jurídico ocurre algo parecido.

En la «Enciclopedia de Ciencias Sociales» de Pauly y Wisova, en la voz «fons», se lee: «dícese del nombre de un dios etrusco». La metáfora no es ya hidrológica, sino mitológica. En una concepción

animista del mundo, *fons* es el dios que necesariamente tiene que existir o habitar en el lugar donde se produce el hecho misterioso del surgimiento de un curso de agua. La relación entre la llegada del agua y la divinidad aflora todavía, en nuestros días, como al principio reseñábamos, en el hecho de que muchas de las fuentes construidas por el hombre representan, como símbolos, dioses de una antigua mitología (la Fuente de Diana, la de Apolo, etc.). Según esta misma concepción del mundo, «*fons iuris*» sería la deidad que tiene que habitar en el mundo en el que se produce el misterioso hecho del surgimiento del Derecho. Así, la palabra *fons* indica el hecho de la producción, natural o divina, de algo y por extensión su fundamento. Cuando se habla de la *fons iuris* se está haciendo referencia a todo este mundo de concepciones animistas y religiosas, al mismo tiempo que naturales.

Hemos encontrado de esta manera el origen de la expresión «*fons iuris*», utilizando la expresión «*fons*» en singular. Sin embargo con ello la cuestión no ha quedado resuelta porque hay que saber en qué momento se pasa a hablar de «*fontes iuris*». Lamfranco Mossini, que escribió en los *Studi Senesi* de 1962 un trabajo titulado «*Fonti del Diritto.—Contributo alla storia di una metáfora giuridica*», ha sustentado la tesis de que, en otro de los libros de Cicerón, el «*De inventione*», existe un pasaje que, si no se tienen prejuicios, puede considerarse referido a las fuentes del Derecho y que el mismo Savigny así lo consideró (*De inv. II*, 65 y ss.). Escribe en este pasaje Cicerón, refiriéndose a una controversia entre dos o más personas, que los que litigan deben antes de nada examinar «*ius ex quibus rebus contest*». En este pasaje, algunos han traducido la expresión «*rebus*» por la expresión «fuentes», diciendo que las partes deben tomar en consideración las fuentes de las cuales «deriva» su derecho.

Cualquiera que sea la opinión que se sustente en torno a la tesis de Mossini sobre la equiparación entre «*res*» y «*fontes*» en el texto de Cicerón, recogido en *De Inventionis*, parece cierto que la idea moderna de fuentes del derecho (*sources du droit, rechtsquellen*) nace en los comentarios que se producen en torno al Título II del Libro 1.^o del Digesto y que se generaliza en la literatura del siglo XVIII. No es impertinente, por ello, tratar de seguir el rastro de este título.

El Título II, del Libro 1.^o del Digesto trata sobre el origen del Derecho y de todas las magistraturas y de la tradición de los prudentes. Es un título muy breve, que consta sólo de dos fragmentos, aunque el segundo de ellos sea muy extenso. El primero es de Gayo y justifica la necesidad de remontarse a los orígenes. Como dice agudamente Glück en su «Comentario a las Pandectas» (libro 1.^o, pág. 42 de la traducción italiana), este texto fue tal vez una incitación a los jurisconsultos para la exposición de la historia del derecho y de la constitución del Estado, así como para la búsqueda de noticias que pudieran servir a una introducción del estudio de la literatura jurídica.

La mayor parte del título lo constituye el fragmento 2.^o, que es de Pomponio y está tomado del *Liber singularis enhirii*.

La narración que se hace en este pasaje se sitúa en un momento en el que la ciudad está constituida sin una ley determinada (*sine lege certa*) y sin un derecho determinado (*sine iure certo*) y gobernado por el poder de los reyes. Cuando la ciudad creció, el pueblo fue dividido en tres partes a las que se llamó «curias» y algunas leyes (*leges curiatae*) fueron sometidas a la aprobación de las curias. Todas estas leyes iniciales fueron reunidas en un libro por Sexto Papirio, personaje del tiempo en que reinaba Tarquino el Soberbio. Al libro se le llamó Derecho Civil papiriano.

Al ser expulsados los reyes, vino de nuevo una época de incertidumbre jurídica. Para que no continuara por más tiempos, se acordó nombrar a diez personas (los «decenviros») que debían estudiar las leyes griegas y conseguir que también Roma se rigiera por leyes. Efectivamente, estas leyes se dictaron y se escribieron en unas tablas de bronce y se colocaron en la plaza pública para que pudieran ser conocidas por todos. Corregidas después, se añadieron dos tablas más y a esa legislación se la dio el nombre de Leyes de las Doce Tablas». Una vez promulgadas estas leyes, comenzó en el foro una discusión sobre ellas y su interpretación requirió la autoridad de los prudentes. El texto de Pomponio, bien conocido, comentado por Ehrlich, dice que precisamente esta «*disputatio*» y este derecho no escrito, que surgió de la interpretación de los prudentes sobre las leyes, es lo que constituye el *Ius civilis* o Derecho Civil. Después se procedió a la formulación de las acciones de la ley, cuyo conocimiento se mantuvo dentro de un colegio de pontífices. Apio Claudio reunió y puso por escrito estas acciones de la ley o «*legis actiones*» y su escribano Gneo Flavio entregó al pueblo el libro que había sustraído a su patrono. Al pueblo le agradó el regalo y nombró a Flavio tribuno de la plebe y senador. Este libro se llamó Derecho civil flaviano.

Después de haber narrado, en la legendaria forma que queda expuesta, el origen del Derecho, Digesto 1.2.2 observa que el Derecho —que por supuesto es por autonomía el Derecho romano— presenta varias partes, distintas según su procedencia. Hay un Derecho nacido de las leyes; otro, de los plebiscitos; otro, de los senado-consultos; otro, de los rescriptos imperiales; y otro, de la autoridad de los prudentes. La teoría de las fuentes del derecho nace en los comentarios de este texto, como lo pone de relieve el que todavía al final del siglo XIX, cuando Ehrlich escribe sus «Aportaciones a la teoría de las fuentes del Derecho», esté glosando cada una de esas parte del Derecho romano.

Al principio de estas páginas recordé la opinión de J. Vallet de Goytisolo en el sentido de que la expresión «fuentes» con su significado moderno se encuentra en el Prefacio de las Pandectas de Pothier, si bien la formulación conceptual moderna procede de Savigny. Con vendrá revisar estas afirmaciones.

Tiene razón Vallet de Goytisolo al decir que la expresión «fuentes» (sources) es utilizada por Pothier, aunque es dudoso que la emplee en sentido netamente moderno, pues se mantiene todavía dentro

de la tradición, antes señalada, de los comentaristas de Digesto, 1.2.2.

Pothier habla de fuentes (*sources*) del derecho en el prefacio o prolegómenos de las «Pandectas de Justiniano». La edición manejada por mí es la de París, 1818, en la que la obra de Pothier, originariamente escrita en lengua latina —y donde por consiguiente se habla de «*fontes*»—, es traducida por un abate llamado Breard-Neuville que utiliza la palabra francesa *sources*. En la primera parte de los prolegómenos habla Pothier de *variis juris civilis romanorum fontibus seu partibus* y en francés se traduce como *sources et parties du Droit Romain*. El traductor, además, dice que el Derecho civil de los romanos *emanaba* de cuatro puntos (*sources*). En el texto latino se dice simplemente que las fuentes fueron cuatro (*quatour fuere fontes*). ¿Cuáles fueron?: las leyes escritas tanto antiguas como modernas; las acciones que de ellas nacían y las interpretaciones que se habían dado de ellas, esto es, las *legis actiones* y la *interpretatio*; los edictos de los pretores y de los demás magistrados y, por último, la jurisprudencia formada por las discusiones públicas habidas en el foro y por las respuestas de los prudentes.

No es fácil considerar esta concepción como estrictamente moderna. Aunque se habla de «fuentes» (*sources*) y aunque en la traducción francesa se diga que el Derecho romano *emanaba* de ellas, hay razones para matizar el criterio de la modernidad de la concepción de las fuentes: ante todo, porque no se está haciendo otra cosa que dar respuesta al problema de las fuentes del Derecho romano, lo mismo que más de cien años después continuará haciendo Ehrlich; y en segundo lugar, porque no se ve con facilidad de qué manera la *interpretatio*, las *disputationes fori* y las respuestas de los prudentes pueden ser una fuente de derecho en el moderno sentido de poder de creación de normas. Puede haber en ello algún eco de la idea de Derecho como *ordo*, v. gr., cuando se dice que el Derecho romano se vio acrecido por las discusiones de los jurisconsultos y por las respuestas de los prudentes (*juri civile magnum accessit incrementum*), pero es muy difícil encontrar en ello un poder normativo creador.

Es cierta la observación de J. Vallet de que como tantos otros conceptos de nuestra cultura jurídica, el de fuentes del derecho (*rechtsquellen*) procede de Savigny, que le dedica la primera parte del Sistema de Derecho romano actual. Antes de Savigny, Hugo había hablado de «fuentes de las verdades jurídicas» (*quellen der iuristischen Wahrheiten*), con un sentido obviamente distinto. Por escrito el primer autor que utiliza el concepto moderno es Puchta, en su obra sobre «El derecho consuetudinario» aparecida en 1829. En ella, Puchta utiliza el concepto y menciona las tres fuentes del derecho —el derecho consuetudinario, la legislación y el derecho científico—, que luego establecerá Savigny. Sin embargo, Puchta era discípulo de Savigny y aunque el libro de este último no aparece hasta 1840, no es impertinente suponer que Puchta recibió la doctrina y las enseñanzas de su maestro.

Después el tema se generaliza. Se encuentra en todos los pandec-

tistas (p. ej., Dernburg, Windscheid, etc.). Se extiende a la doctrina francesa y se recibe en la española. Para esta última parece ser decisivo el libro de Felipe Clemente de Diego («Fuentes del Derecho civil español», Madrid, Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, 1922).

3. *La doctrina tradicional en materia de fuentes del derecho.*— Desde el primer momento, la idea de las fuentes del derecho se encuentra muy ligada con la de origen del derecho. El concepto de *fontes iuris* aparece en los comentarios del pasaje del Digesto que trata «de origine iuris» y en Savigny se habla literalmente de producción (*Erzeugung*) del derecho. Esta misma idea se mantiene sin variación hasta los autores más recientes. Entre nosotros, es claro que la idea de fuentes del derecho, se refiere a producción del derecho. Castro hablaba de la potestad normativa creadora. Es cierto, sin embargo, que al lado de la idea de producción del derecho aparece la de los modos de manifestación o vías por las cuales el derecho se expresa o aparece exteriormente. La primera aparece claramente expuesta en muchos autores. La distinción entre modo de producción y modo de manifestación está clara también en algunos de ellos. Ferrara decía que las normas que valen en un Estado, pueden tener un origen diverso: o ser impuestas como mandato de un poder central; o ser elaboradas espontáneamente por la masa o por grupos determinados. El autor citado añade que los modos en que el derecho surge y es puesto en existencia se llaman fuentes. Entre nosotros, Mouton decía que la génesis u origen del derecho, su causa generatriz, el principio de que procede, la forma de manifestarse en la sociedad humana son las fuentes del derecho. Más recientemente, Bylinski distingue entre los supuestos de hecho de producción de normas de derecho (*Entstehungstatbestand von Rechtsnormen*) y las formas de aparición del Derecho positivo (*Erscheinungsformen des positiven Rechts*). Espin mantiene una posición tradicional cuando define las fuentes del derecho como el origen del Derecho positivo al que equivalen las formas de manifestarse el derecho en una sociedad determinada.

Hay, pues, un significado técnico —fuentes de producción— en el que el concepto que analizamos designa el origen de las normas jurídicas, lo que equivale a tratar de determinar quiénes son la persona, personas o grupos sociales que en un determinado sector social o político ejercen el poder de creación de normas jurídicas, y designa también la forma de expresión o de exteriorización en que la norma parece o se manifiesta. Una y otra idea se encuentran interrelacionadas, pero no son necesariamente idénticas. Podría pensarse que a una potestad normativa creadora corresponde una determinada forma de exteriorización y a otra potestad otra forma, aun cuando ello no es siempre necesario y podría pensarse también que la forma de exteriorización contribuye a la configuración misma de la norma creadora. Sin embargo, convendrá dejar este punto entre paréntesis.

4. *Las aporías de la doctrina tradicional sobre las fuentes del derecho.*—Entendida al modo tradicional, la idea de fuentes del dere-

cho conduce a encrucijadas de las que la salida es muy difícil. Si entendemos por fuentes del derecho el origen del Derecho o la producción de las normas, la primera pregunta que surge casi de inmediato es la siguiente. ¿Cómo es posible que el Derecho establezca sus fuentes? ¿Cómo puede la causa quedar englobada en el efecto y el efecto seleccionar sus causas? ¿Es que acaso puede el Nilo decir dónde quiere tener sus fuente, si es en el Lago Victoria o algo más allá? Continuando el intento de estrechar el cerco, la pregunta rigurosa es esta. La regla en virtud de la cual se establecen las fuentes del derecho, ¿es una regla de Derecho? Si la respuesta es afirmativa habrá que confesar que la fuente del Derecho es la fuente de esa regla. Si la respuesta es negativa, todo el tema de las fuentes del derecho queda rigurosamente fuera del campo de la ciencia jurídica y la ciencia jurídica no tiene en esta materia nada que decir.

Efectivamente, dentro de una concepción normativista el círculo resulta muy difícil de romper. No vale la respuesta kelseniana, de acuerdo con la cual es la Constitución la regla de determinación de las fuentes del derecho, porque esto equivale a decir que la norma no es de eficacia inmediata. La única manera de salir de este cerco es considerar como fuente jurídica originaria el poder constituyente y como fuentes jurídicas o secundarias o de segundo grado a los poderes constituidos de acuerdo con la norma constituyente.

El segundo punto en que la doctrina tradicional de las fuentes del derecho conduce a un punto casi sin salida y sin solución, surge de la dualidad, que se convierte en equiparación, entre poder normativo creador y modo de expresión de las normas. Si nos fijamos por un momento en la primera de las dos alternativas de la ecuación y tratamos de esclarecer que puede considerarse como «poder normativo creador», no es difícil que la conclusión tenga que ser una de estas dos. Si mantenemos el tema dentro de un plano puramente formal, el poder creador de la norma es un poder de carácter formal y lo que llamamos un poder normativo creador no es más que un supuesto de una norma de rango superior que permite la creación de normas de rango inferior. Visto así el problema, las fuentes del derecho no son los poderes de creación de normas, sino aquellos supuestos acotados por las normas superiores para la creación de normas inferiores, lo que deja sin resolver el problema de la creación de esas normas superiores. Si se quiere abandonar el formalismo en favor de una concepción realista del mundo jurídico, material, sustancial, el problema de las fuentes del derecho se disuelve en una pura Sociología del Derecho. Se trata de descubrir los factores genéticos de la función normativa. Ripert los llamó muy gráficamente las fuerzas creadoras del Derecho. En este caso hay que abrir un abanico muy amplio para dar entrada a las corrientes de opinión, a los grupos de presión y a fenómenos semejantes.

Manteniéndonos dentro de la línea de equiparación de fuentes de derecho igual a poderes normativos creadores y haciendo una búsqueda concreta, el problema se replantea en los mismos términos. Si ha-

blamos de las normas legales encontraremos el poder normativo creador que ostenta el poder legislativo, pero la respuesta volverá al plano formal y abandonará el material, oscureciendo el papel de los partidos políticos, de los grupos de presión, de los intereses corporativos o sindicales. El problema es mucho más evanescente cuando se trata de poder encontrar el poder normativo en las normas consuetudinarias o en las costumbres. No es difícil descubrir los poderes fácticos que apoyan en las costumbres sus pretensiones o sus puntos de vista. Generalmente los grupos políticos que acampaban extramuros del Estado. En el Derecho histórico la nobleza feudal frente a los reyes. En el Derecho de épocas más reciente los grupos contrarrevolucionarios frente al Estado jacobino en que se afirmó la revolución triunfante o, en nuestros días, las organizaciones capitalistas supranacionales o transnacionales, los juristas al servicio de ellas y así sucesivamente. Es evidente que al razonar de este modo volvemos al campo de la Sociología del Derecho. En una teoría jurídica estricta tenemos que conformarnos con la idea de que el Derecho consuetudinario es un Derecho no estatal nacido en la sociedad o en los grupos sociales, lo que es bien poca cosa.

El problema se torna especialmente crítico cuando se trata de buscar un poder normativo en los llamados principios generales del Derecho, pues resulta casi imposible de encontrar. Tiene que ser una especie de espíritu colectivo o de alma colectiva: la sociedad entera moviéndose en la historia, con lo cual en lugar de Sociología hacemos Metafísica, pero no resolvemos un problema que sea en puridad jurídico. Y si tratamos de ser más realistas y concretos acabaremos por confundir el poder concreto que se realiza a través de los principios generales del Derecho con el poder que ostentan los órganos a los cuales se concede el poder de la formulación de tales principios.

El problema no es menos fácil si de la idea de poder normativo creador nos trasladamos al modo de expresión de las normas jurídicas. Ante todo, tendríamos que poder de manifiesto la falta de exactitud de la ecuación, porque ciertamente una cosa es el origen o el modo de producción y otra distinta el modo de expresión. Podría afirmarse que cada modo de producción tiene su modo de expresión peculiar y propio, pero esta afirmación necesita ser demostrada.

La idea del modo de expresión de las normas guarda relación con una vieja distinción que se establece entre un derecho escrito y un derecho no escrito. En épocas en que la escritura no era frecuente y no se encontraba muy extendida, la escritura puede valer como un modo de expresión. Hay un Derecho que queda plasmado en los documentos escritos y otro que queda simplemente guardado en la memoria. La idea de un Derecho no escrito ha servido para justificar el Derecho consuetudinario y un Derecho *contra legem* o un derecho que deroga la ley. En la época moderna la escritura o falta de escritura no es un criterio suficiente. Por lo menos desde la Edad Media y en gran medida en la Edad Moderna hay una cantidad de normas consuetudinarias que en un momento dado resultan redactadas por es-

crito. A la inversa, no es absurdo pensar que puede emanar de un órgano del Estado un dictado o un mandato que no llegue a recibir expresión por escrito o publicación como es el caso de las llamadas leyes «in pectore» o de las leyes secretas.

La idea de que hay un Derecho que se expresa en un mandato del legislador y otro que es un Derecho consuetudinario de la sociedad que está en el fondo de la distinción que analizamos, no se puede aplicar muy bien a los principios generales del Derecho. ¿Cuál es el modo de expresión de los principios generales del Derecho? Esta pregunta no recibe nunca una clara respuesta. Más bien se piensa que no reciben expresión y que quedan inmediatamente en la conciencia colectiva.

La tercera de las aporías de la doctrina tradicional sobre las fuentes consiste en pensar que el escalonamiento que hace el artículo 1.º del Código civil —ley, costumbre, principios generales del Derecho— es un escalonamiento en compartimentos estancos que entre sí son mutuamente excluyentes y se hallan mutuamente escindidos. Una norma jurídica no puede pertenecer más que a una de las fuentes. Esto es verdad, de nuevo, si nos mantenemos en un plano formal. No lo es en cambio, desde el momento en que abandonamos ese plano. Nada se opone a que una norma pueda ser a la vez legal y consuetudinaria: que sea legal porque recibió la sanción del órgano legislativo y que sea consuetudinario porque ha sido absorbida por los usos sociales. He dicho en otra ocasión que las leyes consuetudinariadas constituyen el núcleo esencial del Derecho.

Tampoco es excluyente la enumeración por lo que se refiere a los principios generales del Derecho. He expresado también la idea —y la mantengo— de que, dejando de lado los principios generales del derecho todavía no pensados, o no imaginados siquiera, hay principios generales del Derecho que se encuentran formulados en normas legales y otros que se encuentran consuetudinariamente practicados.

5. *Las aporías de la doctrina de las fuentes en nuestro Código civil.*—El artículo 1.º, 1 del Código civil, tras la reforma introducida en el Título Preliminar de éste, en 1974, dice como es sabido, lo siguiente: las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Ha venido este texto a sustituir el antiguo artículo 6.º, en el cual se prohibía al juez rehusar fallar a pretexto de inexactitud, de oscuridad o de defecto de la ley y se le hacía incurrir en responsabilidad, ordenándosele que a falta de ley exactamente aplicable al punto controvertido, aplicara la costumbre del lugar y en su defecto los principios generales del Derecho.

Varias son las posibles líneas de comentario que suscita el artículo 1.1 C. c. Ante todo, hay que destacar que la idea de «fuentes del Derecho», que hasta 1974 era una idea extralegal, que vivía en el mundo de las fuentes jurídicas de carácter doctrinal, ahora se legaliza. Era la doctrina, y no la ley, la que había hablado de fuentes del Derecho y

la doctrina de nuestro país obtenía la base legal de una teoría de las fuentes en una norma legal cuyo mandato no iba dirigido precisamente a establecerlas. Es claro, tras su lectura, que el antiguo 6.^º contenía una interdicción de la denegación de justicia y hacía una indicación al juez sobre la manera de suplir la falta de ley o la inexactitud u oscuridad de la ley. Lo que antes de 1974 era una norma sobre integración, pasa a ser una norma de enumeración de las fuentes del Derecho.

Ciñéndonos al texto estricto del artículo 1.^º, 1, el comentario y el análisis pueden ordenarse en diferentes planos. Resulta sorprendente, y no debe pasar sin comentario, la expresión «fuentes del ordenamiento jurídico», que parece hacerse equivalente de la de «fuentes del Derecho», utilizada doctrinalmente antes y después del artículo 1,1. Confieso que no sé muy bien qué quiere decir «fuentes del ordenamiento jurídico». Si el ordenamiento jurídico se contempla con mentalidad normativista (ordenamiento igual a conjunto de normas) las expresiones «fuentes del ordenamiento» y «fuentes del derecho» son indudablemente idénticas. La cosa ya no es igual si a la idea de ordenamiento jurídico, entre nosotros tan de moda últimamente, se le da un sentido genuinamente ordinamentalista, según la concepción de Santi Romano y se piensa en un ordenamiento jurídico como una realidad institucional de la que no sólo forman parte las normas, sino los órganos de producción y de aplicación del Derecho y los principios y valores que en él rigen. De ser así es difícil concebir que el ordenamiento jurídico tenga «fuentes».

El artículo 1.^º, 1 C. c. aplica a la tríada ley, costumbres y principios generales el calificativo de fuentes del ordenamiento jurídico español, cuando puede detectarse enseguida que ese calificativo, si bien referido al sector del ordenamiento jurídico español denominado ordenamiento jurídico-civil puede ser cierto, no lo es referido a otros muchos sectores del mismo ordenamiento, pues hay algunos que están dominados por un estricto sentido de la legalidad. P. ej., el ordenamiento jurídico-penal, donde no caben la costumbre, ni los principios generales del Derecho en su función de norma subsidiaria, y el ordenamiento jurídico tributario. Además, como es sabido, es discutible la fuerza de las normas consuetudinarias en el Derecho público.

La crítica de mayor profundidad que puede hacerse a la enumeración, ley, costumbre y principios generales del Derecho como fuentes del ordenamiento, es que no cumple el postulado de la aritmética elemental, según el cual sólo pueden sumarse o yuxtaponerse cantidades homogéneas, pues no es, cuando menos a primera vista, clara la homogeneidad del elenco. Tomemos los dos primeros miembros de la enumeración (ley y costumbre). No son términos que se contrapongan de manera absoluta. Hay leyes que lo único que hacen es recoger normas que previamente eran consuetudinarias: se legalizan las costumbres. La idea del carácter consuetudinario o no consuetudinario es aplicable a las leyes. Hay leyes que se consuetudinarian y otras que no.

Traslademos el foco a los principios generales del Derecho. En el artículo 1.^º, 1 se les presenta como un personaje distinto de la ley y

de la costumbre. La ley —se piensa— encarna en los textos redactados y promulgados por el poder legislativo y la costumbre en los usos. ¿Dónde están —en este escenario— los principios generales del Derecho? Podría pensarse que planean por encima del ordenamiento como espíritus puros o casi angélicos. Mas, ¿quién los detecta? ¿Quién los aprehende? La verdad es que sobre esto sabemos muy poco. Sin embargo, cualquiera que sea la idea que se tenga acerca de estos misteriosos principios generales del Derecho nada se opone a que algunos de ellos se encuentren recogidos en la ley (v. gr., el principio de libertad contractual del artículo 1.255 C. c.), por donde resulta que ley y principios generales del Derecho no son necesariamente fuentes distintas. Tampoco es disparatado pensar que algunos principios jurídicos generales han encontrado su entrada en el ordenamiento por vía consuetudinaria.

Es inevitable la referencia que hoy hay que hacer al estudiar la denominación «ordenamiento jurídico español» en el artículo 1.1 C. c., al artículo 149.1-8 de la Constitución, que atribuye la competencia para la «determinación de las fuentes del Derecho» al Estado, si bien con la significativa característica de incluir esa denominación en el apartado que trata de la legislación civil. Además de ello, la competencia sobre las fuentes del derecho, se produce «con respeto a las normas del Derecho foral o especial». Lo que parece querer decir que en los ordenamientos jurídicos de las Comunidades autónomas con Derecho foral, las fuentes del Derecho foral no son determinadas por el Estado. Las Comunidades autónomas con potestad legislativa en materia de Derecho foral tienen competencia para determinar las fuentes de este Derecho foral, aunque no potestad para introducir otras fuentes en el resto del ordenamiento de la Comunidad autónoma. Todavía en materia de Derecho foral, el artículo 149.1-8 exige únicamente el respeto, lo que parece dar por supuesto que el Estado no puede alterar el régimen de las fuentes.

6. *La idea de fuentes del Derecho en la Constitución.*—Kelsen decía que una Constitución, en cuanto norma fundamental, no es otra cosa que la organización de un sistema de fuentes del Derecho. Si aceptamos, sin profundizar demasiado en el tema, que con la expresión «fuentes del derecho» aludimos a los focos de producción normativa, la idea kelseniana resulta manifiesta. No hay más genuina fuente primaria del Derecho que la Constitución en aquella parte en que ésta es norma fundamental y regula el modo de funcionamiento de los órganos de producción de otras normas. La concepción kelseniana tropieza con un inconveniente teórico de no escasa monta, si se pretende que la Constitución es ella misma una norma jurídica y no una simple enunciación de programas y de directrices. La Constitución es ella misma Derecho creado y no fuente del Derecho. Por eso, se hace preciso distinguir dentro de la Constitución lo que tiene de norma fundamental y lo que tiene de norma definidora de formulaciones de deber ser. Si se adopta este punto de partida, que no veo difícil de aceptar en

una concepción genuinamente normativista, no deja de resultar sorprendente la actitud de nuestra Constitución. La búsqueda de la idea de fuentes del Derecho puede empezar, aunque parezca extraño, por la disposición derogatoria tercera. Quedan —dice— derogadas cuantas disposiciones se opongan a esta Constitución. La Constitución no es el momento fundacional de un nuevo ordenamiento jurídico. Lo es de un nuevo Estado: el Estado que se constituye (art. 1.^º) como Estado social y democrático de derecho, que adopta la forma política de monarquía parlamentaria. Sin embargo, este Estado hereda el ordenamiento jurídico anterior, salvo en aquella parte en que existe contraposición entre sus normas y las normas constitucionales. Es cierto que la Constitución proyecta una nueva luz y un nuevo sentido sobre este ordenamiento y que obliga a reinterpretarlo, pero no lo crea *ex novo*.

Sin embargo, no es ese el camino mejor para cumplir nuestro objetivo. Las fuentes del derecho son según Kelsen el punto clave de una Constitución. En la nuestra, sin embargo, la expresión «fuentes del Derecho» aparece desterrada. Como algunos actores secundarios no aparece en la escena hasta el final de la obra: en el art. 149.1-8.^º, que, como todos saben, se encuentra dentro del grupo de criterios de deslinde de las competencias de las Comunidades autónomas y del Estado, se atribuye como competencia exclusiva al Estado la «legislación civil», sin perjuicio —se dice— de la «conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas de los Derechos civiles forales o especiales allí donde existen». El apartado segundo de este mismo inciso contiene la competencia indeclinable del Estado en esta materia: las formas del matrimonio, la ordenación de los registros y los instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes ... y la determinación de las fuentes del Derecho. Con mayúscula Derecho. ¿Qué conclusiones podemos extraer de este dato indudablemente sorprendente? En el momento actual dos: que los redactores de la Constitución o, por lo menos, los redactores del Título VIII no habían leído a Kelsen o que lo habían olvidado; y que los redactores de la Constitución o, por lo menos los redactores del Título VIII, tenían una idea escolar o cuasi-escolar del tema de las fuentes del Derecho. Era una lección en los programas de Derecho civil y, hoy en día, el argumento del artículo 1.^º del Código civil. Sin embargo, es bien sabido, que han existido doctas opiniones según las cuales la enunciación de las fuentes del Derecho se encuentra en el capítulo 1.^º del Código civil por azar y el tema de las fuentes del Derecho civil en los libros del Derecho civil también por azar. Es prueba palmaria de ello, desde el punto de vista escolar o cuasi-escolar, que casi todos los profesores de casi todas las asignaturas se consideren obligados a repetir el tema de las fuentes. Estos comentarios no modifican, sin embargo, nuestra norma constitucional, que quiere que la determinación de cuáles son las fuentes del Derecho sea una competencia exclusiva del Estado, que la lleva a cabo a través de la emancipación de la legislación civil.

El apartado 8.^º del artículo 149.1 concluye con una regla que or-

dena el respeto, en esta materia de las fuentes del Derecho, de las normas de los Derechos forales o especiales. Quiere ello decir que hay fuentes especiales de subsistemas jurídicos de vigencia territorialmente limitada y que la producción jurídica no es idéntica en todos ellos.

Por eso, hay que insistir en la idea de que no parece haber existido una voluntad del constituyente de modificación sustancial del ordenamiento anterior, pues se produce la paradoja de que el constituyente remite a los poderes constituidos la determinación de cuáles hayan de ser en España las fuentes del Derecho de los diferentes ordenamientos y subordenamientos. Esto significa que a través de un acto legislativo el poder constituido puede modificar las fuentes anteriormente existentes. Esta afirmación es verdad sólo en teoría. Como ha sido también señalado, no parece posible la creación de un Derecho judicial, porque el artículo 117 Const. somete al poder judicial al imperio de la ley. Podrá existir alguna bolsa de Derecho judicial, pero con la Constitución en la mano un Derecho judicial no es posible.

El artículo 9.3 Const. consagra el principio de legalidad. Como he dicho en otro lugar, no parece que esta idea de un principio de legalidad pueda entenderse como una exclusión absoluta de fuentes del Derecho diferentes de la ley o como la consideración de la ley como única fuente del Derecho. Esto es posible respecto de otros sectores del ordenamiento, pero lo es por el imperio de otra clase de preceptos. El principio de legalidad del Derecho penal se encuentra consagrado por el artículo 25, del que se puede deducir que la ley es la única fuente del Derecho penal. Lo mismo se puede decir del Derecho tributario a partir del artículo 31.3 de la Constitución. Sin embargo, a una conclusión parecida no se puede llegar respecto de las restantes partes del ordenamiento jurídico.

La idea del principio de legalidad puede entenderse como sinónima de sometimiento o de subordinación a la ley de todas las demás fuentes del Derecho. Mas no es posible sostener la legalidad estricta de todo el ordenamiento jurídico y no creo que la Constitución lo haya pretendido.

II

LOS PRESUPUESTOS DOGMATICOS DE UNA TEORIA DE LAS FUENTES

1. Los diferentes modos del pensamiento jurídico.—Carl Schmitt ha distinguido tres modos o tipos del pensamiento jurídico, que son, al mismo tiempo, tres modos de pensar el mundo del derecho: el normativista, el decisionista y el que el autor citado llama del «orden concreto». Los pensadores normativistas consideran el mundo jurídico como un conjunto de normas, entendidas como imperativos, reglas o preceptos, a los cuales debe después ajustarse la realidad. Las normas se aplican; lo que significa que tienen que ser cumplidas y que tiene que instaurarse en la realidad social la previsión en ellos contenida.

Los pensadores decisionistas operan con unas coordenadas diferentes. El mundo jurídico está constituido, ante todo, por decisiones que solucionan o ponen fin a concretos conflictos de intereses. Primero son los conflictos de intereses que reclaman solución y luego las decisiones, que pueden ser de dos tipos: operar de una manera artesanal, caso por caso, arbitrariamente (Max Weber lo llamaba la «justicia del cadí») o tratar de unificar las soluciones de conflictos iguales o similares y encontrar para las decisiones razones independientes del puro y simple capricho del cadí. De esta suerte, el pensamiento decisionista no descarta la existencia de las normas, pero las coloca en un segundo plano. Las normas son el resultado de una decantación de decisiones anteriores, que sirven de guía o de orientación para las decisiones posteriores.

Finalmente, existe lo que Schmitt llamaba el orden concreto. Todas las piezas del rompecabezas jurídico buscan de una u otra manera el mantenimiento del concreto orden que una sociedad posee en un determinado momento. Sería erróneo confundir esta idea con la defensa a ultranza de un «*statu quo*». Algunos pensadores posteriores, p. ej., Santi Romano, tradujeron la idea por la de ordenamiento. El ordenamiento es una determinada manera de ser y de desenvolverse de un complejo mundo, en el que, al mismo tiempo, están en funcionamiento las normas, los operadores jurídicos, sus criterios, sus decisiones y su modo de organizarse y, al fondo, la sociedad *XXX*. Si pudiéramos utilizar símiles gráficos, el pensamiento normativista quedaría reflejado por un legislador, el pensamiento decisionista por un juez, los jueces o el conjunto de los jueces y lo que llamamos pensamiento ordinamental por un panorama muy complejo donde simultáneamente está actuando todo el mundo jurídico.

De qué manera incide todo ello en el tema que nos ocupa. trataremos de esclarecerlo más adelante.

2. *La función de la teoría de las fuentes.*—A lo largo de las páginas anteriores hemos tratado de indagar el origen y la formación histórica del dogma o teoría de las fuentes del Derecho. Para completar el cuadro, es preciso dilucidar la función que la figura cumple dentro de la teoría general del Derecho.

Alf Ross, en un libro clásico sobre esta materia, ha señalado que si prescindimos de la idea de fuentes del conocimiento, por demás trivial y escasamente problemática, se puede decir que, bajo la etiqueta de «fuentes del derecho» se han unido problemas muy diferentes, respecto de los que no existe claridad en orden a sus recíprocas relaciones. Según Ross esos problemas serían los siguientes:

1.º) Un problema de sociología del Derecho consistente en determinar la causa por la cual un determinado sistema jurídico ha llegado a existir. Más precisamente, es la causa por la cual se realizan aquellos actos que, dentro de un determinado sistema jurídico, son jurídicamente creadores de Derecho.

2.º) Un problema de carácter ético jurídico que consiste en la

determinación de la razón de ser (es decir: el principio) de la fuerza moralmente vinculante cada supuesto corresponde al ordenamiento jurídico.

3.º) El problema estricto de teoría del Derecho que consiste en reconocer algo como Derecho o en determinar el origen de las normas de Derecho.

No vamos a negar la exactitud del diagnóstico del ilustre autor. Vamos, simplemente, a limitarnos al tercero de los apartados para tratar de comprender la función del concepto de fuentes del derecho en la teoría del Derecho, abstracción hecha por tanto de los aspectos de sociología y filosofía del Derecho. Tras lo dicho hasta aquí se comprende, sin excesiva dificultad, que la idea de producción jurídica, que le resultaba cara a Savigny, no pasa de ser una ficción. Por razones diversas: porque la producción jurídica es un tema de Sociología del Derecho y no de Teoría del Derecho; porque la Teoría de Derecho sólo puede explicar porque un Derecho positivo trata de enumerar o de reducir las fuentes; y porque, por ello mismo, los focos de producción jurídica son innumerables y muy difícilmente teorizables. Aún añadiría otra razón: que lo que tradicionalmente venimos denominando fuentes del derecho, más que focos de producción jurídica son, como algunos autores han señalado, puras formas de exteriorización o de legitimación de un Derecho creado en otro lugar. Y finalmente: porque si se abandona el normativismo estricto los centros de producción y las formas de expresión, además de multiplicarse, se uniformizan hasta casi no poder distinguirse.

Para tratar de establecer las funciones de la teoría de las fuentes del derecho, podemos partir de la premisa, difícilmente discutible, de que la teoría, en cuanto tal no se formaliza hasta finales del siglo XVIII o principios del siglo XIX aunque el origen de los conceptos y su evolución sean anterior y aunque siempre haya sido problemático el tema de *origine iuris*. Existe, por consiguiente, algún nexo de unión entre la teoría de las fuentes del derecho y los postulados del Estado que se crea en la época histórica antes indicada. En esta época, además de otras grandes conquistas de la cultura jurídico-política moderna, se consagran, muy interrelacionados, los siguientes dogmas:

a) El de la certidumbre del Derecho y la seguridad jurídica, que reclama un Derecho claro, sencillo, fácilmente asequible y cognoscible y, además, como he señalado en otras ocasiones, la posibilidad de predecir con un razonable margen de acierto el resultado de los litigios que pueden surgir. Es el ideal de las leyes lacónicas y lapidarias, que constituía el mayor deseo de Cambacères y de los codificadores de 1800 que expresan con nitidez esta idea.

b) El imperio de la ley y la conversión de la ley en la expresión de la voluntad general.

c) La obra de la codificación, que abarca, por lo menos el Derecho penal, el Derecho civil, el Derecho mercantil y el Derecho procesal.

Cada uno de estos dogmas exige de un modo u otro la teoría de las fuentes, de modo que puede decirse que la teoría es corolario de ellos.

a) *La limitación de los posibles fundamentos de la decisión jurídica y el grado de cognoscibilidad y asequibilidad del Derecho.*—He dicho que el ideal decimonónico es el de un Derecho claro, sencillo, breve y asequible, redactado por escrito y con un amplio margen de cognoscibilidad para poder predecir el resultado de los litigios o, a la inversa, para no embarcarse en una arriesgada aventura que pudiera desembocar en litigios. Este ideal se presenta como una revisión frente al Derecho común del antiguo régimen protéico, multiforme, mal conocido, dependiente de las decisiones de los tribunales, de los puntos de vista de estos o de sus criterios, del Digesto justiniano con sus glosas y subglosas, del uso «*hodiernus pandectarum*», etc. Nada tiene por consiguiente de extraño que se trate de limitar, en aras de la seguridad jurídica, los posibles fundamentos de las decisiones jurídicas. Esta sería la idea central en una concepción decisionista de las fuentes.

Lacruz Berdejo (*Elementos de Derecho Civil, Parte General del Derecho Civil*, vol. 1.º, Barcelona 1982, pág. 133), abre la referencia a las fuentes del Derecho mencionando el deber de fallar del juez, que relaciona con el deber de motivar las sentencias. Desde esta premisa señala que el artículo 1.7 del Código civil se dirige al poder judicial, aunque su significado trasciende de ello, pues al señalar la obligación de los tribunales de juzgar con las fuentes disponibles, declara implícitamente la suficiencia de éstas, no porque en ellas haya previamente depositado una solución consciente para cualquier caso imaginable, sino porque sobre la base de sus apreciaciones puede el juez basar una solución para cualquier supuesto. Puede «inventarla» en el sentido más propio de la palabra, sin que sea un producto de su arbitrio.

Resumiendo esta idea, puede señalarse que existe una notable correlación entre que la decisión del juez no pueda fundarse en su arbitrio, la de que haya de atenerse a un «sistema de fuentes» y, además, la de motivar en ese sistema la sentencia.

La decisión debe siempre motivarse. El Derecho está constituido por la decisión unida a su motivación. Son, pues, fuentes del derecho los fundamentos posibles de la decisión jurídica. Situados en este punto, la concepción es todavía amplia y plural. Fundamentos posibles de una decisión jurídica son los saberes (o suposiciones) espontáneos del juez, las tradiciones del grupo social en el que vive, los precedentes del juez o de otros jueces, las opiniones de jurisconsultos de prestigios reconocidos y muchos otros factores semejantes. Cuando se forma la teoría de las fuentes del Derecho, no se trata sólo de indicar cuáles son los fundamentos posibles de una decisión judicial. Se trata de limitarlos en aras de la seguridad jurídica y de facilitar su cognoscibilidad y su asequibilidad por los justiciables. Los justiciables no sólo tienen derecho a que sus pretensiones sean decididas jurídicamente, sino a conocer de antemano cuáles son los fundamentos posibles de las decisiones. La seguridad jurídica exige certidumbre sobre el material normativo y la posibilidad de efectuar un razonable pronóstico sobre el resultado del litigio.

b) *La integración de los sistemas codificados y de los subsistemas paracodificados.*—La codificación fue un intento de racionalización del mundo jurídico —o de los diferentes mundos jurídicos—, que se acomete a finales del siglo XVIII y a principios del siglo XIX. Se trataba de transformar la selva inexpugnable del Derecho común en una obra sistemática fundada en principios claros que sirvieran de vehículo a los ideales de vida del Estado liberal. La codificación culmina con la realización de los Códigos penal, civil, de comercio y de procedimiento. Ello planteó el problema de la llamada integración de sistema de Derecho codificado. Hay que resolver la cuestión relativa al modo de proceder en los casos en que el Derecho codificado no dé respuestas. Bajo este prisma, puede considerarse como fuente del Derecho todos aquellos lugares (*loci, topoi*) a los que puede acudirse en busca de respuesta cuando ésta no se produce dentro del sistema codificado. Dicho todavía mejor, son fuentes del derecho los códigos y aquellos otros lugares a los que en defecto de los códigos hay que acudir.

La misma cuestión que se plantea en relación con los cuerpos de leyes que merecen estrictamente la denominación de códigos, puede plantearse con aquellos otros que hemos llamado «paracodificados», por la similitud o paralelismo que guardan con los codificados.

c) *La consagración del dogma del imperio de la ley en el Estado moderno.*—Sin embargo, de todo ello la moderna teoría de las fuentes sólo se comprende a partir de la consagración del dogma del imperio de la ley. Rigurosamente, lo dicho es otra perspectiva del mismo fenómeno que había sido señalado ya en los apartados anteriores: limitación de los poderes judiciales y certidumbre y seguridad del Derecho: codificación e integración de los sistemas codificados. Hay, sin embargo, que añadir algo más: el nuevo sentido que cobra la idea de ley y lo que se ha llamado el dogma del imperio de la ley. La idea de «ley» hasta el siglo XVIII alude a reglas de derecho cualquiera que sea su origen, a fragmentos literarios como los del Digesto justiniano y a realidades muy distintas. A finales del siglo XVIII y a principios del siglo XIX con el triunfo de la Revolución Francesa y del Estado jacobino, la ley pasa a ser, según la expresión rosseauniana, la expresión de la voluntad general y, por ende, de la soberanía. Además, cobra el papel de garantía de los derechos de los ciudadanos que modernamente se asigna a la Constitución. El Derecho común es una realidad multiforme y proteica, que estaba hecha de usos, de tradiciones, de opiniones de juristas, de la plasmación de ideas jurídicas en los textos romanos y los comentarios y glosas que ello había suscitado. Ese cúmulo, difícilmente transitable, era el Derecho a secas. He recordado en diferentes ocasiones la Ley 203 del Estilo, donde se decía que «según el Derecho» los bienes que tienen el marido y la mujer son del marido, pero que en nosotros es «costumbre guardada, que los havan por mitad». En este texto se contrapone el Derecho que suministraba una solución —los bienes son del marido— y la costumbre guardada que suministraba otra —los tienen por mitad—. El Derecho es inicialmente el Derecho romano con todas las capas que sucesivamente se han ido añadiendo.

vamente fueron creando la glosa, los juristas, humanistas, el mos gallicus, etc. La ley aparece después y aparece en el Estado jacobino como la expresión de la voluntad de la nación en la asamblea de sus representantes. Por eso, la ley debía ser celosamente guardada y para guardarla y controlarla se erige un tribunal, el Tribunal de Casación, al que sería más correcto llamar el Tribunal de la Ley o el Tribunal de la Legalidad. He recordado la frase pronunciada por Robespierre, cuando en la Convención se discute si el Tribunal de Casación tendrá o no jurisprudencia. ¿Jurisprudencia?, se pregunta el tribuno. Qué detestable palabra, responde. Ya no hay más jurisprudencia que la ley. La ley es vuestra jurisprudencia. Es también la más firme y sólida garantía de vuestros derechos y de vuestras libertades.

Probablemente, para un jurista de Derecho común pensar que la ley hubiera podido crear derecho hubiera constituido una herejía o, mejor, un absurdo. Se podía admitir que las leyes de la civitas primitiva crearon el Derecho de esa misma civitas, pero no que las leyes modernas crearan modernamente derecho. Creo que aquí está el punto de inflexión que da nacimiento a la moderna teoría de las fuentes. La consagración del dogma del imperio de la ley obliga a considerar a la ley como una fuente del Derecho, a producir el milagro de que la ley sea originaria creación jurídica. Para eso hay que buscarle un partner a la ley, que se encuentra en el Derecho consuetudinario, donde se reagrupa el conjunto jurídico no legislado o no legislativo. Esto explica que en su primigenia expresión la teoría de las fuentes del derecho haya sido dualista: ley y costumbre; que el monismo no haya podido ser nunca aceptado, porque no es concebible un Derecho exclusivamente legislativo, porque no ha podido nunca pensarse que el Derecho acabe donde acaba la ley, porque siempre se ha sabido que los litigios y las cuestiones son justiciables aún cuando falte una ley aplicable al supuesto controvertido. El binomio ley y costumbre, Derecho legal y Derecho consuetudinario, domina la tradición decimonónica de la teoría de las fuentes. El pluralismo sólo comienza cuando el conjunto genérico y ambiguo de la costumbre comienza a ser perfilado. A partir de este momento, se hace necesario encontrar ideas específicas para que cubran todas aquellas hipótesis que no puedan entrar ya en la costumbre delimitada técnicamente como fuentes del derecho.

Frente a lo anterior se podría argumentar que la contraposición leges-mores y leges-consuetudines es muy antigua. Cicerón, en *De República* (1,2,9) hablaba de «omnes populi qui legibus et moribus reguntur» y Radin (*La censure des coutumes, Etudes Geny I*, 89) recuerda que en el siglo XII Glanville y en el siglo XIII Bracton hablaban de «leges et consuetudines» como si estas dos palabras formaran una sola idea.

Mas si ello fuera cierto, lejos de contradecir nuestra tesis, la reforzar. Históricamente, la expresión «leges et consuetudines» habría designado una realidad unitaria. Sólo en un momento histórico más tardío la unidad se escinde. Se escinde cuando la ley pasa a cumplir una función específica. Windscheid (*Pandectas*, traducción italiana, Tu-

rín, 1902, vol. 1.^o, pág. 47), recuerda una afirmación de Schlossmann (*Der Vertrag*, pág. 396), quien negaba a la ley la condición de fuente del derecho y no sólo con referencia a un determinado Derecho positivo vigente, sino del Derecho propiamente dicho.

Si todo lo que llevamos dicho hasta aquí fuera correcto, la conclusión a la que tendríamos que llegar es que funcionalmente la doctrina de las fuentes del derecho es un criterio —una premisa— para establecer la distinción entre normas legales y normas consuetudinarias. Castro (*Compendio de Derecho Civil*, ed. 1980, págs. 84) señalaba que el concepto de las fuentes del derecho contesta a la pregunta: ¿qué clases de reglas se distinguen por su origen y eficacia en un ordenamiento? Mas, sobre todo, sirve para asentar definitivamente el dogma del imperio de la ley y la afirmación de que la ley crea el Derecho.

:- :- :-

El texto anterior, elaborado en el año 1983, sirvió de base para alguna conferencia pronunciada sobre el mismo tema. Un original idéntico se publicará en fecha próxima en los Estudios de Homenaje del Profesor J. Wasp, actualmente en preparación.

A las razones expuestas en el texto sobre el carácter moderno del concepto «fuentes del derecho» quiero decir, todavía, algunas otras. En el *Alphabetum iuridicum* de Gil Castejón, que es una obra del siglo XVII, en el epígrafe «Fontes» sólo se contiene una referencia a la pregunta «cuyus sint», esto es, «de quién son», de manera que la mención contempla las fuentes en un sentido propio y material. Lo mismo ocurre en el Índice de materias del texto de las Partidas con la glosa de Gregorio López. Tampoco se encuentra referencia al concepto «sources» en la obra *Encyclopédie méthodique ou par ordre de matières, par une societé de gens de lettres*, París, 1787..

Además de la bibliografía señalada o aludida en el texto, me parece de interés la siguiente:

CUETO RUA, Julio, *Fuentes del Derecho*, Buenos Aires, 1961; DEL VECCHIO, Giorgio, *Il problema delle fonti del Diritto positivo*, Riv. Int. de Fil. del D., 1934; GARCÍA VALDECASAS, Alfonso, *El problema de las Fuentes del Derecho*, Bilbao, Patronato de la Universidad de Deusto, 1955; DEL VECCHIO, Giorgio, *Il problema delle fonti del Diritto*, Roma, 1936; GLÜCK, Federico, *Commentario alle Pandette*, trad. ital. de Serafini y Coglioli, libro 1.^o, trad. y anot. por C. FERRINI, Milán, 1888; GSCHNITZER, *Gibt es noch Gewohnheitsrecht?* Verh. des 3. Österr. Juristentages, 1967; MOKRE, *Theorie des Gewohnheitsrechts*, 1932; MOUTON y OCAMPO, *Fuentes del Derecho*, Encl. J. Esp., XVI, pág. 628; ROSS, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts any Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig, 1929; PUIG PEÑA, *Fuentes del Derecho*, N.E.J., pág. 204; SÁNCHEZ DE LAS MATAS, *Novísimo diccionario de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1883; STIER-SOMIO, Fritz, *Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle*, Berlín, 1900; VALLET, *Las fuentes del Derecho según el Apparatum Separata del Libro Homenaje a Roca*, 1981; WALTER, *Die Gewohnheit als rechts erzeugender Tatbestand*, Österr. Zeitung, 1963, 225.

La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud

Por RODRIGO BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO

SUMARIO: I. Introducción y antecedentes: el Decreto de 3 de julio de 1931.

II. Supuestos en los que procede el internamiento. III. Las actuaciones judiciales previstas en el párrafo segundo del artículo 211 del Código civil. IV. El control judicial sobre las personas ya internadas. V. El procedimiento al que deben ajustarse las actuaciones judiciales. VI. La necesidad de una regulación específica sobre internamientos involuntarios.

INTRODUCCION Y ANTECEDENTES: EL DECRETO DE 3 DE JULIO DE 1931

En un Estado social y democrático de Derecho las tensiones existentes entre los valores superiores del ordenamiento jurídico constituyen una constante. Aquí nos interesa referirnos a la tensión existente entre la libertad, por un lado, y la justicia y la igualdad, por otro lado, y además concretamente en el campo de la sanidad y de la asistencia social. El Estado garantiza al ciudadano esa asistencia sanitaria y social (arts. 41, 43 y 49 de la Constitución) (1), pero también debe garantizar la libertad (art. 17 de la Constitución). Se plantea el problema de saber cuándo este valor de la Constitución, la libertad, debe ceder en aras de proporcionar adecuadamente esa asistencia social y sanitaria a los ciudadanos. La cuestión alcanza especial importancia y complejidad en un punto concreto, el internamiento de los enfermos mentales. Se trata de un caso tradicional de marginación social, que afecta actualmente en nuestro país a un colectivo importante de ciudadanos. Las cifras rondan la de 50.000 personas internadas por razones de salud mental; de las cuales cabe presumir que la mayor parte se encuentran internadas sin contar con su voluntad, involuntariamente. Conviene no olvidar, en cualquier caso, que la

(1) No obstante, la Constitución no genera directamente un derecho subjetivo a favor de los ciudadanos a la prestación de esa asistencia. JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ PASTRANA, *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*. Ed. Civitas, 1984. Vid. págs. 55 a 70.

problemática de los internamientos involuntarios de enfermos mentales forma parte de otra más amplia, la de los reconocimientos, los tratamientos y la asistencia realizados sin contar con la voluntad de los ciudadanos objeto de los mismos, por razones de carácter sanitario y social. Sólo un tratamiento social y jurídico de semejante problemática puede proporcionar soluciones correctas y coherentes a un tema tan específico como es el del internamiento de los enfermos mentales.

El Anteproyecto de Ley General de Sanidad elaborado por el Ministerio de Sanidad y Consumo contempla el tema de la salud mental como uno más de los que conforman la sanidad dentro de nuestro país. A tal efecto, se prevé la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general, en todos los niveles de su estructura; se garantiza la equiparación del enfermo mental con las demás personas que requieran servicios sanitarios y sociales; se da prioridad a la asistencia del enfermo mental en el nivel primario, con el fin —entre otros— de reducir al máximo la necesidad de internamientos. Es evidente que una correcta realización y aplicación práctica de lo que en la actualidad no es más que un proyecto legislativo condicionará favorablemente los resultados que se obtengan, por otro lado, con las normas destinadas a salvaguardar la libertad de los presuntos enfermos mentales. Conviene no olvidar que, como en tantos otros campos, las cotas de libertad, mayor o menor, que se pretendan alcanzar, están condicionadas por la infraestructura, en este caso, la infraestructura sanitaria del país. Y esta recomendación se hace con el fin de no pretender, voluntaristamente, solucionar, con esas normas que controlan directamente el respeto de la libertad y demás derechos de los hipotéticos enfermos, temas de carácter infraestructural. En definitiva, se trata de no «colocar la carreta delante de los bueyes».

Por lo que se refiere al control jurídico del internamiento de enfermos mentales (así como de enfermos y disminuidos en general), nuestro legislador ha procedido recientemente a un cambio importante. La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela («B.O.E.» de 26 de octubre) ha derogado el Decreto de 3 de julio de 1931, regulador de la asistencia a enfermos mentales (art. 2.º 2), y ha sustituido sus previsiones en relación con el internamiento de aquéllos por un nuevo sistema recogido básicamente en el artículo 211 C. c.

El derogado Decreto de 1931 establecía un control gubernativo de los internamientos involuntarios de enfermos mentales, que, en la práctica, suponía en verdad, en el mejor caso, un control por parte de un médico funcionario de la Jefatura Provincial de Sanidad. El Decreto respondió en su momento a una afirmación, en el plano normativo, de la psiquiatría como ciencia. Se trataba pues con él de considerar al enfermo mental como persona a la que había que curar; para lo que se estimaba necesario facilitar la

labor de los facultativos, incluso cuando el tratamiento del paciente requiriese el internamiento involuntario de aquél en un establecimiento psiquiátrico. Lo que ha ocurrido es que semejantes fines han tenido que realizarse dentro de un marco sanitario y asistencial muy deficiente. Además, no se ponderó adecuadamente la necesaria protección jurídica de las personas frente a internamientos indebidos, así como frente a un posible desconocimiento de sus derechos una vez internadas. Ello ha dado lugar a que en muchos centros se encuentren internados como enfermos mentales, junto con los mismos, toda clase de personas hipotéticamente necesitadas de algún tipo de asistencia sanitaria o meramente social. Lo que, además, se produce al margen de un control jurídico operativo en relación con el respeto debido a la libertad de las personas y a sus derechos fundamentales (2).

SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE EL INTERNAMIENTO

El párrafo primero del artículo 211 C. c. plantea en primer lugar la determinación del supuesto de hecho básico al que se refiere todo el artículo: «el internamiento de un presunto incapaz».

Parece que ese internamiento, formulado así en términos absolutamente genéricos, no debe comprender los internamientos que respondan a causas penales. Tales internamientos se encuentran ciertamente sometidos a control judicial, pero su regulación específica corresponde a la legislación penal y penitenciaria. Excluido ese tipo de internamientos, no parece, en principio, que exista razón alguna para excluir ningún otro que sea involuntario (3). Es cierto que, a la hora de redactar el precepto, quizás se pensó únicamente o, sin duda, principalmente en el internamiento en establecimientos psiquiátricos. Es muy posible también que ese

(2) RODRIGO BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *La marginación de los locos y el Derecho*. Ed. Taurus, 1976; *Psiquiatría y Derecho*, en *Manual de Psiquiatría*. Ed. Karpós, 1980, págs. 1239 a 1255; LIBORIO L. HIERRO, *Psiquiatría y Derechos Humanos*, en *Psicopatología*, Vol. 2, octubre-diciembre de 1982, número 4, págs. 323 a 330; EDUARDO COBREROS MENDAZONA, *Aspectos jurídicos del internamiento de los enfermos mentales*, RAP, enero-abril de 1981, número 94, págs. 135 y ss.

(3) Aunque en la Circular de la Fiscalía General del Estado número 2/1984, de 8 de junio, en torno al artículo 211 del Código Civil, se manifiesta una legítima desconfianza frente al consentimiento dado para su internamiento por un presunto incapaz:

«... la voluntad inicial capaz de legitimar el internamiento voluntario deberá estar exenta de vicios que la invaliden; y durante él esa misma voluntad deberá persistir o permanecer. En cualquier otro caso se trataría de ingresos aparentemente voluntarios, para cuya subsistencia o continuidad sería precisa la autorización judicial. Si hay que evitar a toda costa los ingresos voluntarios fraudulentos y las retenciones indebidas, aunque la generalidad de los requisitos del artículo 211 sean ajenos a los internamientos voluntarios, determinados internamientos de esta clase, en particular aquéllos en que se dude sobre la absoluta voluntariedad del solicitante, deberían ser puestos en conocimientos del Juez o del Ministerio Fiscal» (apartado III, c), *in fine*.

sea el supuesto más frecuente. Pero el hecho es que el internamiento de una persona puede responder a otras causas, tanto médicas como de otra índole. El recurso al artículo 271, número primero, permite afirmar que el artículo 211 se refiere por lo menos al internamiento en establecimientos psiquiátricos («de salud mental») y en establecimientos «de educación o formación especial». La duda reside en saber si no cabe extender el precepto a otros internamientos en centros sanitarios y/o asistenciales, cuya finalidad sea la de asistir o reconocer médicaamente al «presunto incapaz».

Habida cuenta de que la incapacidad de la persona (y, consecuentemente, del presunto incapaz) se relaciona con cualquier clase de enfermedad o deficiencia, no creo que exista razón para no comprender en el artículo 211 todo internamiento que obedezca a la hipotética oportunidad de atender a una persona en su enfermedad o en su deficiencia. Por otra parte, ello evita tener que deslindar entre los supuestos que quedan claramente comprendidos dentro del campo de la salud mental y aquellos otros que pertenecen al mismo sólo parcialmente o que se encuentran colindantes con él: alcoholismo, drogadicción, senilidad, deficiencias y enfermedades neurológicas...

No obstante, semejante generalización —que yo creo correcta por responder a la «ratio legis»— puede plantear problemas en relación con los cientos de internamientos clínicos que a diario se producen en nuestro país (como en cualquier otro) para los más diversos casos de asistencia. Muchos de ellos se refieren a sujetos que en el momento del internamiento no se encuentran en condiciones de prestar válidamente su consentimiento. ¿Será necesario recurrir al juez en todos esos casos? Una contestación afirmativa a semejante pregunta supondría la imposibilidad de llevarla a la práctica, ante el peligro de colapsar la asistencia sanitaria con respecto a un número importante de sus usuarios, muchos de los más necesitados en recibir rápidamente dicha asistencia. Basta con pensar en los ingresos clínicos de enfermos traumatizados, en estado más o menos consciente, así como en los enfermos en estado de coma.

La única forma de obviar semejante consecuencia es problemática: entender que sólo se aplica el artículo 211 cuando se trata de un presunto incapaz, es decir, de una persona con enfermedades o deficiencias *persistentes* (art. 200) o *previsiblemente persistentes*. Ello reducirá sin duda, aunque no suprimirá, el número de personas no afectadas por enfermedad mental y sometidas, no obstante, en su caso, a la protección derivada de la intervención y el control judiciales previstos en el artículo 211. En definitiva, tan necesitado de semejante protección puede estar el hipotético enfermo mental como el enfermo somático. Sin embargo, como veremos, una interpretación tan amplia del internamiento del artículo 211 plantea problemas a la hora de extender su aplicación a todos los supuestos deseables en principio.

Incluso admitiendo que el artículo 211 se aplique no sólo a los presuntos incapaces, sino también a los incapaces y, dentro de éstos, también a los menores de edad, no parece que sea aplicable a los internamientos con mera finalidad pedagógica normal. Basta con aplicar, de nuevo por analogía, el artículo 271, número primero, con una interpretación del mismo *a sensu contrario* (la referencia a una «educación o formación especial» parece excluir el caso de educación o formación no especial o normal). Ciertamente, en algún caso, puede resultar problemático determinar lo que es especial y lo que no lo es en esa materia. Por otra parte, el artículo 211, párrafo segundo, prevé la intervención de un facultativo en el procedimiento de decisión acerca de la oportunidad del internamiento. Lo que sólo es procedente si el internamiento está pensado para la curación o prevención en relación con enfermedades o para la rehabilitación o custodia en relación con deficiencias. Finalmente, de la misma forma que se puede entender la necesidad de un control judicial para internamientos de carácter médico o asistencial, en cambio, no parece que esté justificado en relación con el internamiento de un menor en un centro de educación o formación.

El artículo 211 se refiere a los presuntos incapaces. Una interpretación literal del mismo excluye pues de su ámbito de aplicación a los incapaces, ya que aquéllos, de acuerdo con la propia terminología del Código, no son tales (arts. 207, 208 y 209). Los incapaces sólo son los menores de edad (aunque puedan ser incapacitados —arts. 201 y 205— sobre todo como solución de continuidad para el momento en que lleguen a su mayoría de edad) y los mayores de edad que hayan sido declarados tales por sentencia judicial (arts. 199, 322 y 1.263 C. c.). Semejante interpretación supondría que los incapaces sometidos a tutela quedarían protegidos judicialmente en caso de internamiento por las previsiones de los artículos 271, número primero y 273, mientras que el régimen aplicable a los sometidos a patria potestad derivaría principalmente de la interpretación y aplicación al caso de los artículos 154 y 162 C. c. (también en el supuesto de patria potestad prorrogada o rehabilitada, con las excepciones que establezca la sentencia de incapacitación —art. 171 C. c.—).

La única diferencia entre las actuaciones judiciales del artículo 211 y del artículo 273 radica en que en éste último no es preceptivo el dictamen de un facultativo, aunque normalmente el mismo se produzca al amparo de los informes a los que se hace referencia al final de dicho artículo 273 (los «que le sean solicitados o estime pertinentes»). En cambio, en el supuesto del menor o incapaz sometido a patria potestad no aparece previsto control judicial alguno, sin perjuicio de tener que contar con el consentimiento de aquél si tiene la madurez y nivel de conciencia suficientes (art. 162 C. c.).

Cierto que no es de extrañar que la tutela esté sometida a un mayor control judicial que la patria potestad. Pero parece excesivo

que no existe un control mínimo con respecto al menor sometido a patria potestad en los casos de internamiento, sobre todo cuando se trata de internamientos prolongados. Ello supondría una mayor protección de unos menores con respecto a otros; y en temas esenciales de los derechos de la personalidad, temas esenciales de las libertades públicas y los derechos fundamentales, esa protección debe ser básicamente la misma, tanto si se encuentran sometidos a tutela como a patria potestad. Hay que tener en cuenta que los incapaces e incapacitados sometidos a tutela deben quedar sujetos al mismo régimen previsto para los presuntos incapaces en relación con su internamiento, y no sólo por la similitud del procedimiento previsto en el artículo 273 con el del artículo 211, sino porque éste debe aplicarse directamente también a los sometidos a tutela. De lo contrario éstos quedarían excluidos del control periódico establecido en el párrafo tercero del artículo 211; lo que no parece deseable si se quiere garantizar el derecho a la libertad en este campo tan específico de las enfermedades y de las deficiencias.

Además, una interpretación coherente del artículo 211 nos lleva a la misma conclusión. El internado al que se refiere el párrafo tercero del artículo 211 lleva como mínimo seis meses en dicha situación y como máximo todos los años que se quiera, es decir, se tratará de personas que normalmente estarán incapacitadas y sometidas a tutela, aunque en el momento de ingresar no lo estuviesen (presuntos incapaces) (art. 211, párrafo segundo, en relación con el art. 203). Así se deduce, además, de la referencia que se hace al artículo 269-4 en el párrafo tercero del artículo 211 C. c. No parece que exista razón para diferenciar para este control semestral según que en el momento de internamiento la persona estuviese ya o no incapacitada. Ello quiere decir que, por lo menos, el párrafo tercero y, consecuentemente, todo el artículo 211 comprende bajo la denominación de «presunto incapaz» también a todos los incapacitados, así como a los incapaces sometidos a tutela.

Cabría pues excluir de esta protección únicamente a los incapaces por menor edad, sometidos a patria potestad. En cualquier caso su inclusión sería obligada cuando el internamiento del menor responda hipotéticamente a una de las causas que puedan dar lugar a su incapacitación (art. 201), ya que en tal caso se trata al mismo tiempo de un incapaz que es, además, un presunto incapaz. De todas formas, ya he dicho antes que, en mi opinión, el artículo 211 C. c. debe aplicarse por analogía también a estos menores de edad en régimen de patria potestad.

El artículo 211 debe pues aplicarse tanto a presuntos incapaces como a incapaces en general (4). Ello supone una protección

(4) En el mismo sentido se pronuncia el Informe de 23 de febrero de 1984 del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial sobre algunas cuestiones que suscita el Título IX del Libro I del Código Civil, reformado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre:

homogénea para todos ellos, sin duda deseable. Por otra parte, con semejante interpretación se impide la exclusión de dicho artículo de personas incapacitadas, pero no precisamente por lo que se refiere al gobierno de sus personas. La mención literal del presunto incapaz se debe, sin duda, a una principal preocupación por el supuesto en el que puede existir una mayor indefensión para la persona internada, así como a facilitar, en su caso, la agilidad necesaria en todo internamiento, al no exigir la incapacitación previa ni una prueba plena de su incapacidad natural. Basta no pensar en la importancia que este aspecto probatorio puede tener en los internamientos de urgencia.

En esta interpretación se puede abundar si se tiene en cuenta la tramitación parlamentaria del proyecto de ley en su día. Parece que existía unanimidad en entender que el precepto debía aplicarse a todas las personas. El texto que mejor reflejaba tal criterio era el defendido por el Grupo parlamentario comunista («Nadie podrá ser internado ni mantenido en establecimiento...») y si el mismo fue rechazado no fue ciertamente por discrepancias en ese punto.

No obstante, esta interpretación tiene el inconveniente de someter también a aprobación judicial cualquier decisión del representante legal de una persona que implique un internamiento de la misma por razones de salud. Y ello resulta quizás excesivo fuera de los casos de enfermedad mental o de deficiencias permanentes físicas o psíquicas, que es a lo que puede referirse el artículo 271, número primero C. c. El intérprete tiene pues que debatirse entre la aplicación del artículo 273 a los incapaces e incapacitados sometidos a tutela y del artículo 162 a los sometidos a patria potestad —lo que supone un menor grado de protección para los primeros (al no ser preceptivo el dictamen de facultativo) y todavía menor para los segundos (al no estar previsto control judicial alguno)— y la aplicación del artículo 211, con la correspondiente protección judicial, para supuestos en los que parece excesiva e innecesaria.

No hay que olvidar que si los redactores del artículo 211 pensaron principalmente en los casos de enfermedad mental (quizá también en los de deficiencias psíquicas y físicas), ello se debe sin duda a que es en ese campo donde existe mayor peligro de que se produzcan internamientos, incluso internamientos prolongados, injustificados, y que, consecuentemente, atenten directamente contra el derecho de libertad del internado.

El artículo 211 no dice quién está legitimado para promover el internamiento de una persona. Si está sometida a la patria potestad o a tutela personal, es evidente que la legitimación corresponde

«En relación, por último, con el problema de los menores y de los incapacitados y aun admitiendo lo dudoso del tema, entendemos, *contrariamente al criterio acordado por la Junta de Jueces de Barcelona*, que la perspectiva garantista de la institución que nos ocupa exige, salvo en el caso de que el internamiento hubiere sido previsto en la declaración judicial de incapacidad, comprender estos supuestos en el ámbito de la necesidad de autorización» (apartado II.b) 2, *in fine*).

a los titulares de una y otra (arts. 154, 269 y 271-1.^º). Pero, cuando ello no sea así, parece necesario acudir, por analogía, a los artículos 202 y 203. Quizá sea oportuno ampliar la enumeración del artículo 202 con el tutor que no tenga atribuciones sobre la persona del tutelado y con el curador. Si no es así, es obvio que podrán acudir al Ministerio Fiscal para promover su actuación (art. 203).

En el supuesto de urgencia, por su propia naturaleza, debe legitimarse a cualquier persona (se trata de un estado de necesidad (5).

En cambio, en los supuestos de urgencia la comunicación al juez debe corresponder al facultativo del centro, donde se haya producido el internamiento, que haya sido responsable del mismo (6). Ello parece lógico puesto que en el internamiento de urgencia el responsable principal del mismo es el facultativo que lo acepta. Por otro lado, aunque el texto legal exige únicamente una comunicación al juez, creo deseable que la misma no se limite a poner en su conocimiento el mero hecho del internamiento, sin que le proporcione ya algunos elementos de juicio: circunstancias en que se produce, diagnóstico provisional, razones por las que el hipotético enfermo es aceptado en el centro, tratamiento de urgencia que se le ha suministrado y que se le va a suministrar. Evidentemente este tipo de información, indispensable para responsabilizar al facultativo en relación con el internamiento, sólo la puede suministrar éste mismo. A lo que hay que añadir que semejante interpretación de la norma en este punto coincide, además, con la oportunidad de atribuir la competencia para la comunicación de un internamiento de urgencia al juez del lugar donde se encuentre el centro en el que se haya producido aquél.

El hecho de que la comunicación al juez en los internamientos de urgencia sea razonada resulta especialmente importante en el caso de una regulación como la del Código civil, en la que se carece de toda especificación sobre las causas en las que se puede producir un internamiento y, con mayor razón, de lo que cabe entender como un supuesto de urgencia.

En el Decreto de 1931 las causas de internamiento eran la en-

(5) La Circular de la Fiscalía General del Estado número 2/1984, de 8 de junio, parece limitar la legitimación en este caso a las mismas personas que pueden promover el internamiento ordinario. Vid. el apartado III.B) b), párrafo 4.^º

(6) En el mismo sentido la Circular de la Fiscalía General del Estado, número 2/1984. Vid. el apartado III.B) b), pár. 3.; también la Circular de la Presidencia de la Audiencia Territorial de Cáceres sobre aplicación del artículo 211 del Código Civil, de 16 de julio de 1984. Vid. los apartados A) y B), párrafo 1.^º

En el Informe de 23 de febrero de 1984 del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial se atribuye solidariamente en todos los casos la comunicación al Juez «tanto a quienes promueven el internamiento o ejercen la guarda de hecho de la persona a internar como al titular del Centro en que el internamiento se practica» (apartado II.c) 2).

fermedad psíquica que aconseje el aislamiento, la peligrosidad de origen psíquico, la incompatibilidad con la vida social, las toxicomanías incorregibles, que pongan en peligro la salud del enfermo o la vida y los bienes de los demás (art. 10). Como es lógico, las urgencias se relacionaban con esas causas (art. 12).

Como es sabido hay corrientes dentro de la psiquiatría que propugnan la desaparición total de los internamientos involuntarios de enfermos mentales o, al menos, su reducción a supuestos muy excepcionales y limitados a períodos muy cortos de tiempo. Dentro de esa línea de orientación se quiere reducir al máximo las causas de internamiento de tales enfermos psiquiátricos, concretamente a los casos en los que sea absolutamente indispensable para producir la curación o al menos una mejoría apreciable de los mismos, que no se podrían producir por otros medios (tratamiento domiciliario o ambulatorio). Naturalmente, como ya se ha indicado, me refiero a internamientos involuntarios. Quedarían excluidos de tales internamientos los casos de peligrosidad, los supuestos de enfermos incurables (crónicos) y cualquier caso de posible tratamiento ambulatorio o domiciliario en abstracto, prescindiendo, a veces, de las posibilidades concretas y reales, dadas las circunstancias, de las que no cabe excluir el bienestar de la familia y del círculo de personas que han de convivir o relacionarse con el hipotético enfermo.

Dentro del campo de la legislación comparada constituye modelo de esas tendencias la reforma llevada a cabo en Italia en fechas recientes. La Ley núm. 180, de 13 de mayo de 1978 (cuyo contenido fue integrado posteriormente en la ley núm. 833, de 23 de diciembre de 1978) prevé el internamiento de enfermos mentales únicamente cuando las alteraciones psíquicas requieran una intervención terapéutica urgente, siempre que no existan las condiciones y circunstancias necesarias para un tratamiento extrahospitalario adecuado del enfermo (art. 2, párrafo segundo). Lo que se complementa con la previsión de una duración muy corta para los internamientos y con la supresión de los establecimientos psiquiátricos, pasando a integrarse la psiquiatría como un servicio más dentro de la red sanitaria general.

El modelo es ciertamente atractivo e indica posiblemente la futura evolución del tratamiento sanitario, social y jurídico de la enfermedad mental. Pero hay que tener cuidado frente a la tentación de un trasplante mimético del mismo a nuestro país, sin tener en cuenta los condicionamientos del mismo. El mero voluntarismo en la adopción de determinadas soluciones puede dar lugar a un intento —que, sin duda, quedaría frustrado— de aplicar medidas utópicas. La misma experiencia italiana muestra un movimiento de regresión al cabo de muy pocos años de aprobación de la legislación a la que me he referido. En la actualidad ya han sido presentados al Parlamento proyectos de modificación de aquélla, tendentes a conseguir una regulación más realista: se amplían

las posibles causas de internamiento y se admite expresamente la existencia de internamientos de larga duración.

Lo que conviene aclarar *de lege data* es que el artículo 211 concede un amplio margen de discrecionalidad al Juez a la hora de decidir sobre la oportunidad de un internamiento, en uso de la cual podrá valorar como causa del mismo cualquiera de las consideradas por el Decreto de 1931. En definitiva, el Juez podrá (y deberá) valorar la necesidad del internamiento en relación con la curación y cuidado del enfermo, así como en relación con las necesidades e intereses de quienes lo soliciten en las circunstancias concretas del caso (7). Ciento que en la utilización de ese margen de discrecionalidad deberá tener en cuenta que la libertad es uno de los valores primarios de nuestro Ordenamiento jurídico (artículos 1.1 y 17.1 de la Constitución), de los que únicamente se puede privar a un ciudadano en supuestos excepcionales, incluso por razones de salud.

En relación con una posible regulación más minuciosa de esta materia conviene tener presente los siguientes aspectos:

- Parece oportuno realizar una tipificación de supuestos en los que proceda el internamiento, al igual que se hacía en el Decreto de 1931.
- Restringir los supuestos de internamiento a aquellos casos en los que sea absolutamente imprescindible para la curación del enfermo es quizás inadecuado para las necesidades actuales de nuestra sociedad.
- No sólo hay que tener en cuenta las enormes deficiencias de nuestra infraestructura sanitaria, especialmente por lo que se refiere a la salud mental, sino también los criterios predominantes en nuestra sociedad en relación con estos temas.
- No hay que olvidar que los internamientos no sólo afectan a los enfermos mentales.
- No se debe zanjar temas polémicos dentro del campo de la psiquiatría, de la psicología y de la sociología con restricciones legales.

(7) Cabe pensar que cuando se trata de la protección de incapaces o presuntos incapaces —como es el caso del artículo 211 C. C., de acuerdo con su colocación sistemática en la regulación que el Código dedica a la incapacitación— no procede tener en cuenta la peligrosidad de un sujeto, puesto que ésta no atiende a su protección sino a la de los demás. Pero no hay que olvidar que la incapacitación se produce cuando una persona es incapaz de gobernarse por sí misma, y semejante situación debe valorarse en términos sociales. Socialmente, una persona peligrosa como consecuencia de una enfermedad, incluida la mental (en el caso de que semejante calificación pueda tener alguna base fiable, cosa que ciertamente ignoro), es una persona que no puede gobernarse por sí misma (en el sentido del artículo 200 C. C.). Esa persona podrá y deberá ser protegida mediante una incapacitación y tutela adecuadas a su situación. Esa persona podrá ser internada también sin contar con su voluntad de acuerdo con el artículo 211 C. C.

— El internamiento de enfermos mentales por razones de peligrosidad no delictiva no es anticonstitucional (8). Lo que no impide valorar positivamente la exclusión de los enfermos mentales de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (tal y como se hizo acertadamente con la Ley 77/1978, de 28 de diciembre) o de cualquier otra Ley de peligrosidad social de carácter general. El enfermo mental es fundamentalmente un enfermo, aunque pueda ser peligroso, y a ello debe adecuarse su consideración social y jurídica. Tampoco se debe olvidar que, si se acepta el internamiento por peligrosidad, ello debe producirse dentro de un marco muy restringido.

En definitiva, yo creo que se debe evitar la tentación de forzar el cambio en este campo a través de la reforma legislativa. El cambio debe venir dado por las mejoras reales en el tratamiento de los enfermos en general y en el de los enfermos mentales en particular. En estos momentos la principal garantía con respecto a los mismos reside en el control judicial, que será un control real en la medida en la que los jueces se encuentren debidamente asistidos para su ejercicio. Es evidente que en la medida en que la infraestructura sanitaria y asistencial de nuestro país vaya siendo menos imperfecta, los jueces podrán ser cada vez más restrictivos para autorizar internamientos involuntarios de determinadas personas necesitadas de asistencia sanitaria y/o social.

III. LAS ACTUACIONES JUDICIALES PREVISTAS EN EL PARRAFO SEGUNDO DEL ART. 211 C. c.

El procedimiento que se establece en el párrafo segundo del artículo 211 implica necesariamente el examen de la persona por el Juez, así como su asesoramiento por un facultativo designado por el propio Juez. Naturalmente, aunque no esté expresamente previsto, el Juez podrá también decretar de oficio las demás pruebas que estime pertinentes (arts. 208 y 273 C. c.).

Se ha señalado acertadamente que en los procedimientos de incapacidad, así como en los relacionados directa o indirectamente con ellos, la principal garantía del incapaz —en este caso de la persona que se pretende internar— radica en el examen del Juez. Este deberá llevarlo a cabo por sí mismo (art. 208), sin excepción alguna, oyendo a la persona en cuestión siempre que ello sea posible (y no sólo cuando tenga más de doce años, como establece el art. 273).

La referencia a la necesidad de una prueba mínima pericial suministrada por el dictamen de un facultativo (que lógicamente se emitirá por escrito, aunque el tenor literal del precepto hable de «oír») aparece insuficientemente configurada. En efecto, tanto

(8) En contra, José María MENA ALVAREZ *Sobre la inconstitucionalidad del internamiento psiquiátrico*, en Estudios Jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez Vitoria, I, Bosch, 1983; págs. 469 a 499.

en los internamientos de urgencia como en los normales constituye una mínima precaución impedir que la elección del Juez pueda recaer sobre un facultativo integrado en la plantilla del centro en el que la persona en cuestión se encuentre internada o vaya a serlo. Por otro lado, el asesoramiento de un solo facultativo resulta insuficiente cuando no se contrasta con la opinión de otro facultativo. Curiosamente ello viene garantizado en los internamientos de urgencia si, como indicaba anteriormente, la comunicación del internamiento al Juez debe realizarse por el facultativo responsable de su admisión en el centro y, además, debe realizarse motivadamente. En tal caso, el Juez contará como mínimo con el dictamen de dos facultativos que podrá contrastar. Pero ese posible contraste de opiniones técnicas no se produce necesariamente en los supuestos de internamiento normal, salvo si se entiende que la petición de internamiento debe ir acompañada del dictamen del facultativo que ha tratado previamente a la persona que se pretende internar, en base al cual se considera conveniente el internamiento.

La referencia genérica a un facultativo designado por el Juez debe valorarse positivamente, ya que permite dirigirse al que se considere más adecuado por su especialidad en relación con las características de la hipotética enfermedad o deficiencia (9). Ello quiere decir consecuentemente que el dictamen no tiene que proceder necesariamente del médico forense, quien frecuentemente no es un especialista en la materia (concretamente en los casos de enfermedad mental). No debe existir dificultad en aceptar el dictamen emitido por equipos multiprofesionales, especializados en la enfermedad o deficiencia que sea objeto del caso (así el previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos) (10). No hay que olvidar que al margen de este dictamen de un facultativo, que constituye un mínimo obligatorio, el Juez puede recabar cuantos dictámenes quiera para mejor proveer (art. 208 C. c.).

El dictamen, como es lógico, deberá estar centrado (al igual que he dicho para el del facultativo responsable del internamiento de urgencia o para el del facultativo que ha propuesto el internamiento normal y que debería acompañar a la petición de internamiento) en las causas que justifican la necesidad u oportunidad del internamiento: diagnóstico o descripción de los síntomas de la enfermedad o deficiencia y tipo de tratamiento que debe proporcionarse a la persona que se pretende internar.

(9) Pero esa libertad de elección puede quedar totalmente eliminada por la necesidad de pagar a los especialistas que intervengan en el caso. ¿Cómo asumir tales gastos cuando —como ocurre en la mayor parte de los casos— la persona que se pretende internar y las personas interesadas en ello carecen de patrimonio suficiente?

(10) Así se entiende en el Informe de 23 de febrero de 1984 del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial. Vid. el apartado I, párrafos 2.^o, 3.^o, 4.^o y 5.^o.

El procedimiento que se establece en este párrafo segundo del artículo 211 se aplica tanto a la petición previa de internamiento (internamiento normal) como a los supuestos de urgencia. No existe razón, ni en la ratio ni en la letra del texto legal para limitar este procedimiento a uno solo de los dos supuestos. En un caso la autorización es previa y en el otro es posterior al internamiento (el Ministerio Fiscal ha hablado de aprobación). Limitar el control judicial a los internamientos normales supondría además dejar desprotegido (o sin la protección adecuada) al internado que mayor protección necesita, dadas las circunstancias extraordinarias que rodean su ingreso.

La principal deficiencia del procedimiento es que no tiene previsto plazo alguno para las actuaciones judiciales, ni en los supuestos normales ni en los de urgencia. Evidentemente, este aspecto de la cuestión resulta especialmente crítico en los internamientos de urgencia; hasta el punto de que puede desvirtuar la oportunidad de obligar a una comunicación inmediata del mismo y siempre dentro de las veinticuatro horas siguientes, tal y como prevé acertadamente el párrafo primero del artículo.

En definitiva, la ley no contiene garantía alguna de que las actuaciones judiciales y su decisión sobre el caso se producirán inmediatamente, tal y como, sin duda, es necesario para garantizar adecuadamente tanto la salud como la libertad de la persona afectada.

La puesta en conocimiento del internamiento (de la autorización judicial del mismo) al Ministerio Fiscal, prevista en este párrafo segundo del artículo 211, no es sino una aplicación concreta de la regla general recogida en el párrafo segundo del artículo 203. Naturalmente aquí interesa examinar el supuesto de autorización de internamiento, ya que, aunque dicha autorización se deniegue, es claro que el Juez podrá y deberá poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, adoptar las medidas que estime pertinentes.

El internamiento continuado de una persona, unido a la no constitución de tutela de la misma —previa la correspondiente incapacitación— es un supuesto de total indefensión de la misma, que conviene evitar. Eso es lo que se pretende evitar con la puesta en marcha de la actividad del Ministerio Fiscal, que deberá promover la incapacidad cuando no existan o no la hayan solicitado las personas enumeradas en el artículo 202 (art. 203) C. c. Pero también hay que tener en cuenta que cuando se trata de internamientos breves, para tratamientos en supuestos de crisis aguda, la incapacidad y tutela del enfermo constituye un elemento más de aislamiento del mismo que puede ser negativo en todos los aspectos, personal y patrimonial. La única forma de evitar que el Ministerio Fiscal haya de promover necesariamente la incapacidad del sujeto internado es teniendo en cuenta que la enfermedad o deficiencia (la intensidad de la misma) que impide a la persona gobernarse por sí misma debe ser persistente. Hay que

tener presente que, si bien corresponde al Ministerio Fiscal promover la constitución de los organismos tutelares (art. 3.7 de su Estatuto Orgánico, Ley 50/1981, de 30 de diciembre), también le corresponde velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 3.3 del Estatuto Orgánico). Para lo que el Ministerio Fiscal puede «visitar en cualquier momento los centros o establecimientos... de internamiento..., examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente» (art. 4.2 del Estatuto Orgánico).

En todo caso, conviene recordar que el Juez tiene un amplio margen de iniciativa y actuación, ya que podrá adoptar inmediatamente, con carácter provisional, cuantas medidas entienda pertinentes para proteger tanto la persona como los bienes de la persona en cuestión (art. 209) C. c. Por otra parte, mientras que no se produzca la incapacidad y constitución de la tutela del internado los responsables de su tratamiento en el centro tendrán la consideración legal de guardadores de hecho; por lo que el Juez podrá requerirles en cualquier momento para que le informen «de la situación de la persona y los bienes del menor o presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas» (art. 303 C. c.).

Aunque el tenor literal de la ley se limita a que el Juez conceda o deniegue su autorización para el internamiento, en términos generales, sería conveniente que él mismo determinase en su caso el tipo de centro en el que el internamiento se puede producir (en los internamientos normales) y, sobre todo, que la autorización fuese para un determinado período de tiempo, que, en principio, debería ser breve, sin perjuicio de ulteriores prórrogas autorizadas también por el propio Juez. Precisamente otra de las deficiencias del precepto es no haber previsto limitación temporal alguna; con lo que el único control judicial ulterior al momento del internamiento —salvo iniciativas de oficio o a instancia de parte— reside en la información a la que se refiere el último párrafo del artículo 211 cada seis meses. Lo que resulta insuficiente. La determinación de un límite temporal en la autorización inicial del Juez es la única forma con la que adquiere pleno sentido el control judicial sobre la necesidad de proseguir el internamiento, a la que se refiere el párrafo tercero del artículo 211.

IV. EL CONTROL JUDICIAL SOBRE LAS PERSONAS INTERNADAS

El control previsto en el párrafo tercero del artículo 211 debe realizarse en la misma forma regulada en el párrafo segundo del mismo, es decir, examen personal del Juez (11) y dictamen de un

(11) En el Informe de 23 de febrero de 1984 del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial se entiende que dicho examen personal no

facultativo. Abundando en lo que decía en relación con dicho dictamen, al comentar el párrafo segundo, sería conveniente, en este caso de forma más acuciante, que el mismo no proceda de un facultativo integrado en el centro de internamiento. De nuevo aquí, la prueba más eficaz es la que permita contrastar al Juez la opinión de dos especialistas como mínimo: la del que está ocupándose del internado en el centro, favorable (en principio) a proseguir el internamiento, y la de otro ajeno al centro y a su círculo de intereses.

La mención del artículo 269.4º C. c., al comienzo del párrafo es buena prueba de que el mismo se refiere tanto a los internados no incapacitados como a los incapacitados. Este será el caso normal, ya que después de seis meses es indudable que la enfermedad o deficiencia es persistente.

Parece lógico aplicar este control semestral para proseguir el internamiento a cuantos se encontraban ya internados en el momento de entrada en vigor de la Ley 13/1983, de reforma de la tutela (12). Así lo exige una debida protección de los mismos, que no los discrimine frente a los nuevos internados (con posterioridad a la entrada en vigor de la ley). Así cabe deducirlo a partir de una aplicación analógica de la disposición transitoria primera de la ley, que somete inmediatamente el ejercicio de las tutelas ya existentes a la nueva regulación (confirmando el criterio adoptado por la disposición transitoria octava del C. c.). Ciento que cabe dudar de la capacidad real de la judicatura para llevar a cabo semejante control actualmente. Por ello, es muy posible que el mismo no se haya producido en muchos casos. Pero esta limitación de medios no debe llevar a distorsionar la interpretación del precepto, sino que debe servir para poner de relieve la necesidad de proporcionar los medios adecuados al poder judicial, tanto personales como materiales, si se quiere que la ley no quede en «papel mojado», por lo que a este artículo 211 C. c. se refiere.

Como ya he explicado anteriormente, internamiento e incapacitación suelen ir unidos, pero no siempre es necesario que ocurra así. Por la misma razón, la salida del internamiento no tiene que ir unida imprescindiblemente a la recuperación de la capacidad (artículo 212), sino únicamente a su oportunidad en relación con el tratamiento del enfermo o del disminuido.

El comentario de este párrafo del artículo 211 es ocasión para señalar una nueva insuficiencia del texto legal: la ausencia de una regulación de la salida de la situación de internamiento. En definitiva, el precepto deja abierta una interrogante en torno a saber

es necesario, ya que el texto legal se limita a decir que el Juez «recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento». Vid. el apartado II.d) 2, pár. 2º.

(12) En el mismo sentido el Informe de 23 de febrero de 1984 del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial; también la Circular de la Presidencia de la Audiencia Territorial de Cáceres, sobre aplicación del artículo 211 del Código Civil, de 16 de julio de 1984.

si únicamente el Juez puede autorizar la salida y, si no es así, quién está legitimado en cada caso para ello. Téngase en cuenta que tan perjudicial para la persona es tenerla internada cuando ello no es preciso como no tenerla cuando sí que es conveniente.

La laguna legal se puede salvar en este caso con mayor o menor seguridad. En principio, debe reconocerse legitimación para poner fin al internamiento al representante legal, aún en contra de la opinión del facultativo responsable del tratamiento.

Cierto que el Juez podrá oponerse a la decisión del representante legal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado (arts. 158-3.^º y 232 C. c.). La misma intervención judicial podrá solucionar la contradicción existente entre el facultativo que quiera poner final internamiento y el representante legal que se oponga a ello (también art. 211, pár. 3). Pero la cuestión se complica cuando no existe un representante legal, ya que habrá que ponderar la legitimación del cónyuge y de los parientes (todos y cada uno de ellos) del internado con la del facultativo responsable de su tratamiento en el centro. Evidentemente cualquier supuesto de disputa deberá ser zanjado por la autoridad judicial. Pero si no existe oposición alguna, cabe plantearse si la salida es posible sin control judicial alguno.

La cuestión se complica desde el momento en que la autorización de internamiento no requiere necesariamente (aunque yo he defendido antes su oportunidad, que se refuerza precisamente en relación a este problema) de una delimitación temporal.

Como ya he señalado, la fijación de un control judicial mínimo cada seis meses, sin ningún otro tipo de control necesario en el interín, parece claramente insuficiente. Y ello, aunque, tanto por vía del propio párrafo tercero del artículo 211 como por vía del procedimiento del «Habeas Corpus» (Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo) pueda existir una protección judicial adicional al margen de ese control semestral. Lo que importa, además de garantizar una posible intervención judicial de carácter puntual, es establecer unos controles de carácter automático, que se produzcan con la frecuencia y periodicidad suficiente. Seis meses no dan lugar a esa frecuencia suficiente y deseable. Evidentemente, no hay inconveniente, como del propio tenor literal del texto legal se deduce, en que ese control periódico de seis meses se cumplimente con controles más frecuentes. La ley, como es lógico, señala únicamente un límite mínimo vinculante para el Juez.

V. EL PROCEDIMIENTO AL QUE DEBEN AJUSTARSE LAS ACTUACIONES JUDICIALES

De acuerdo con la disposición adicional de la Ley 13/1983 el procedimiento que hay que aplicar a las diversas actuaciones judiciales previstas en el artículo 211 es el de jurisdicción voluntaria.

Lo que nos remite a la aplicación de los artículos 1.811 a 1.824 LEC. Ello implica la necesaria intervención del Ministerio Fiscal (artículo 1.815 LEC.). Concuerda con el art. 206 C. c., que prevé la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de incapacitación. Pero pone de relieve que el mandato del párrafo segundo del artículo 211, para que el Juez ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos relacionados con los internamientos, es totalmente innecesario.

Parece lógico admitir también que la persona internada pueda oponerse en el procedimiento de internamiento al mismo cuando se trate de una persona mayor de edad que no haya sido incapacitada. Así se le permite en el procedimiento de incapacitación (art. 207, pár. 2º) y es razonable aplicar dicha garantía por analogía al internamiento (13). Pero entonces surge el problema de saber si se aplica el artículo 1.817 LEC. También surge cuando no existe acuerdo entre los parientes del artículo 202 C. c. Si la contestación es afirmativa, esto quiere decir que habrá que seguir los trámites previstos para el procedimiento declarativo de menor cuantía (art. 484, número 4º LEC). Ello supondrá ciertamente una tramitación excesivamente lenta para las necesidades del caso. De lo contrario habrá que entender que la referencia a la jurisdicción voluntaria implica precisamente la tramitación en todo caso de las actuaciones judiciales a través de dicha jurisdicción, incluso si existe oposición. Quizá esta solución sea preferible, aunque no esté expresamente prevista y aunque sea contradictoria con la naturaleza misma de esta jurisdicción. Un antecedente similar ya tenemos en la disposición transitoria 10 de la Ley 11/1981, con respecto a las controversias surgidas en las relaciones matrimoniales, aunque ciertamente en ella era más explícito el recurso a la jurisdicción voluntaria precisamente para solucionar temas contenidos (14).

La Ley no contempla expresamente el supuesto en el que se produzcan al mismo tiempo el procedimiento de incapacitación y el de internamiento. Se puede producir tanto al amparo del artículo 211 como del artículo 209 C. c. Hay que tener en cuenta que en un caso se recurre al procedimiento de menor cuantía mientras que en el otro el procedimiento es de jurisdicción voluntaria y que la apelación se produce en uno y otro procedimiento ante instancias jurisdiccionales distintas (Audiencia Territorial y Audiencia Provincial). Parece deseable que el recurso de apelación de ambos temas con respecto a un mismo caso fuese competencia del mismo Tribunal por razones evidentes de coherencia (15). El tema se plan-

(13) En el mismo sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado número 2/1984, de 8 de junio.

(14) RODRIGO BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, II. Ed. Tecnos, 1984. Vid. págs. 2003 a 2006.

(15) JOSÉ MANUEL AVELLO FUERTES, *Procedimientos de incapacidad introducidos por la reforma del Código Civil en materia de tutela*, en Poder Judicial, número 10 (marzo de 1984). Vid. págs. 37-38.

tea también en relación con los supuestos de extinción o modificación de la incapacidad (art. 212 C. c.).

Como ya he apuntado antes, el párrafo tercero del artículo 211 no prevé con carácter general el procedimiento para la salida del internado. Únicamente contempla aquéllo que se pueda producir a iniciativa del Juez. No obstante, por razones de analogía, hay que reconducir todo procedimiento judicial relacionado con la extinción del internamiento involuntario al procedimiento de jurisdicción voluntaria.

A los problemas que deja sin solucionar claramente el texto legal con esa sucinta referencia a la jurisdicción voluntaria, hay que añadir que ni siquiera los procedimientos de la misma tienen necesariamente la suficiente rapidez y agilidad para atender debidamente a las diversas circunstancias que se pueden ir presentando en relación con el internamiento de una persona.

Son competentes los juzgados de primera instancia del domicilio o residencia de la persona que se pretende internar en los supuestos normales, mientras que la competencia pasa a los del lugar en que se encuentre el centro de internamiento en los supuestos de urgencia (art. 63, números 1.^º y 20 LEC) (16). Aunque, dentro de la especialización que sería de desear, podría ser oportuno encomendar estos procedimientos a los juzgados de familia, el hecho es que, como ha señalado acertadamente el Ministerio Fiscal, no existe actualmente base legal para la atribución de semejante competencia (17).

VI. LA NECESIDAD DE UNA REGULACION ESPECIFICA SOBRE INTERNAMIENTOS INVOLUNTARIOS

El Decreto de 3 de julio de 1931, de dudosa vigencia después de la entrada en vigor de la Constitución (arts. 17, 24 y 25 de la misma), ha quedado derogado expresamente por la Ley 13/1983 y sustituido por el nuevo artículo 211 del Código civil. Dicha sustitución debe ser valorada positivamente, en cuanto somete el internamiento de las personas por razones de salud a un control judicial (en vez de a un control gubernativo). Pero debe ser considerada negativamente en cuanto dicho artículo 211 es totalmente insuficiente para proporcionar una regulación completa del tema. Esa laguna no queda salvada por el posible recurso al procedimiento de «Habeas Corpus», sin duda aplicable a este tipo de internamientos (art. 1.^º b) de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo) («B.O.E.» de 26 de mayo). Con la Ley reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus» y el nuevo artículo 211 C. c. nuestra legislación

(16) El Informe de 23 de febrero de 1984 del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial parece inclinarse por el mismo criterio. Vid. el apartado II.c), 1, pár. 2.^º

(17) Circular de la Fiscalía General del Estado, número 2/1984, de 8 de junio.

recoge básicamente las exigencias derivadas de la Constitución y de los tratados internacionales ratificados por España sobre derechos fundamentales y libertades públicas (art. 10.2 de la Constitución y art. 5.1-e,4 y 5 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), pero sigue careciendo de una regulación completa y suficiente, que desarrolle consecuentemente en todos sus aspectos y detalles los principios inspiradores del cambio legislativo. Las carencias de la nueva legislación son múltiples. Basta una mera referencia a las que hemos ido señalando al comentar el artículo 211 C. c. y la disposición adicional de la Ley 13/1983 para comprender que no se puede esperar un buen funcionamiento del sistema, aunque la doctrina, el Ministerio Fiscal, los Jueces y Tribunales realicen una labor de integración del texto legal. En esta materia, más que en otras, tanto el ciudadano como los facultativos necesitan el mayor grado posible de seguridad jurídica. Y ésta no se puede alcanzar sin una regulación mucho más minuciosa. Las deficiencias que he apuntado hasta aquí son las siguientes:

- Falta de determinación de las causas por las que cabe proceder a un internamiento, tanto en los supuestos normales como en los de urgencia.
- Inseguridad en cuanto a los sujetos cuyo internamiento se somete al control judicial previsto, que deben ser por lo menos todos los enfermos mentales, crónicos y disminuidos que ingresan involuntariamente, tanto los que cuenten con un representante legal como los que no cuenten con él o incluso no estén incapacitados.
- Falta de determinación de los plazos en los que se han de producir las actuaciones judiciales, que deben ser muy breves (en consonancia con las veinticuatro horas que se establecen como límite para notificar al Juez los internamientos de urgencia).
- Falta de determinación de las personas legitimadas para promover el internamiento.
- Falta de determinación de los requisitos que debe reunir la formalización de la petición de internamiento.
- Falta de determinación de la persona que debe notificar al Juez el internamiento de urgencia y de los requisitos de dicha notificación.
- Falta de adecuación, regulación y claridad en los procedimientos judiciales que se deben seguir en relación con los diversos supuestos de internamiento.
- Insuficiencia del control judicial previsto una vez autorizado el internamiento.
- Falta de regulación de los supuestos (causas y personas legitimadas) de terminación del internamiento.

- Falta de determinación inicial del plazo de duración de los internamientos.

A estas carencias cabe añadir lo siguiente:

- No existe una clara definición de lo que son internamientos voluntarios e internamientos involuntarios.
- Dentro de los internamientos involuntarios no se prevé específicamente el caso del internamiento forzoso.
- No se regula el paso de internamiento voluntario a involuntario.
- No se determinan los derechos de las personas durante la situación de internamiento (18).
- No existe regulación alguna de los tratamientos y reconocimientos involuntarios o forzados cuando éstos no impliquen internamiento de la persona, aunque se trata de un tema que afecta también a la capacidad de las personas y a la salvaguarda de su salud y de su libertad.
- No se define quién tiene el deber de colaborar o llevar a cabo el internamiento de una persona cuando se produce un caso de urgencia.

La enumeración realizada da idea de la importancia de la laguna legal existente, que, sin duda, debe tratar de salvarse cuanto antes con la correspondiente legislación. Creer —como parecen haber entendido muchos facultativos e incluso muchos juristas— que con el artículo 211 C. c. es suficiente, resulta totalmente irreal, en mi opinión; y ello prescindiendo de la finalidad social que se quiera alcanzar. De hecho la situación actual es de extremada inseguridad jurídica y eso —como todos los juristas sabemos— es lo peor que puede ocurrir.

Para establecer una regulación coherente y completa en la materia hay que pensar en un texto legal unitario, que cubra todo el campo de la asistencia sanitaria y social involuntaria. No es suficiente con introducir normas puntuales en los diversos cuerpos legales relacionados con la materia: Código civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Bases de la Sanidad, legislación de minusválidos, legislación sobre peligrosidad... La materia tiene suficiente entidad y especificidad para requerir una regulación recogida en un texto normativo unitario. Es evidente que esa materia, por su extensión y pluralidad de facetas, no puede quedar recogida en el Código civil. En cuanto a éste, convendría quizás conservar la redacción actual del artículo 211 y limitarse a completar todas las carencias del mismo que hemos visto mediante ese texto normativo especial. Creo que no cabe pensar en un desarrollo reglamentario

(18) Una referencia específica a los mismos se encuentra en el Real Decreto 2082/1978, de 25 de agosto. En el punto 13 de su Anexo se enumeran las garantías de los usuarios de los centros hospitalarios.

Sobre este tema, Vid. JUAN PEMÁN GAVÍN, *Hacia un estatuto del enfermo hospitalario*. RAP, enero-abril de 1984, núm. 103, págs. 89 a 140.

del artículo 211 C. c. para solucionar sus insuficiencias. Hay que tener en cuenta que nos encontramos ante una materia de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 17 de la Constitución), que, por lo tanto, debe ser regulada por ley orgánica (art. 81 de la Constitución). Lo que, por otra parte, frente a las dudas que podría suscitar el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con la sanidad (19) y la asistencia social (arts. 148.1.20 y 21, y 149.1.16 de la Constitución), implica necesariamente la vigencia uniforme de la regulación en cuestión en todo el territorio nacional. Ello es totalmente lógico, puesto que la regulación de un tema relacionado con la libertad de los ciudadanos afecta a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 de la Constitución).

En relación con esta cuestión, el mismo artículo 211 C. c. carece del rango legal necesario. No obstante, cabe salvar este defecto, puesto que se incluye en una ley, la 13/1983, cuyo contenido no necesitaba ser aprobado en su mayor parte por ley orgánica (20).

(19) JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ PASTRANA, *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*. Ed. Civitas, 1984. Vid. págs. 103 a 158.

(20) Así lo afirma el Tribunal Constitucional en su conocida sentencia sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA) —sentencia número 76/1983, de 5 de agosto («B. O. E.» de 18 de agosto):

«Este Tribunal en su sentencia de 13 de febrero de 1981 ha mantenido que la ley orgánica puede contener preceptos no orgánicos relativos a materias conexas. Asimismo ha señalado que, como la inclusión produce la congelación de rango salvo excepción expresa, el legislador debe precisar en la ley orgánica cuáles sean tales preceptos no orgánicos, sin perjuicio de la competencia de este Tribunal para concretarlos mediante sentencia en caso de impugnación de la ley.

Pero el que una ley orgánica pueda contener preceptos no orgánicos no significa... que sea suficiente la existencia de algún precepto de contenido orgánico para que pueda atribuirse a toda la ley dicho carácter. Es preciso, en primer término, que el núcleo de la ley afecte a materias reservadas a la ley orgánica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 81.1 de la Constitución, y la conexión no puede consistir en juxtaponer preceptos referidos a materias distintas de las reservadas a tal tipo de ley. Por otra parte, la ley orgánica sólo puede incluir preceptos que excedan del ámbito estricto de la reserva cuando su contenido desarrolle el núcleo orgánico y siempre que constituyan un complemento necesario para su mejor inteligencia, debiendo en todo caso el legislador concretar los preceptos que tienen tal carácter» (Fundamento Jurídico 51 —y último—, párrafos 2.^o y 3.^o del apartado d).

La Disposición Final Tercera de la Compilación catalana y la técnica legislativa de las remisiones estáticas

PABLO SALVADOR CODERCH
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. *Introducción. Antecedentes*—2. *La técnica legislativa de la remisión y la Disposición Final Tercera de la Compilación Catalana*.—3. *Delimitación conceptual de la remisión. Clases, funciones y límites*. 3.1. Concepto general de remisión. Figuras afines. 3.2. Clases. 3.3. Las remisiones de ordenamiento a ordenamiento. Funciones y límites.—4. *Ánalisis de la Disposición Final Tercera*. 4.1. Finalidades perseguidas. 4.2. Delimitación con la Disposición Final Cuarta. Supletoriedad y remisión. 4.3. La Disposición Final Tercera como regla o principio general.—5. *Casuística*. 5.1. Remisiones expresas. 5.2. Remisiones y referencias genéricas al Código civil. 5.3. Referencias a la Ley en abstracto.—6. *Conclusiones críticas*.

1. INTRODUCCION. ANTECEDENTES

La Ley autonómica catalana 13/1984 de 20 de marzo (D.O.G.C. núm. 420 de 28-3-1984) ha integrado formalmente en el ordenamiento jurídico catalán a la Ley 40/1960 de 21 de julio por la que se aprobó el texto de la Compilación del Derecho civil catalán. Además se han suprimido algunas reglas, se han modificado otras y se han introducido unas terceras que son normas de nuevo cuño.

Supresiones, cambios e innovaciones responden a razones diversas: principalmente a exigencias de adaptar la vieja normativa a imperativos constitucionales ineludibles pero en ocasiones han jugado también criterios de modernización y adecuación de los viejos textos a lo que parece ser el sentir dominante o, por último, se han tratado de articular técnicas de coordinación entre el ordenamiento civil estatal y el catalán en previsión de futuros cambios en uno y otro. Es esta última razón la que tal vez explica la introducción en el derecho compilado de la norma contenida en la nueva Disposición Final Tercera, según la cual:

«Les remissions que aquesta Compilació fa a l'articulat del codi civil s'entén sempre que són fetes en la seva re-

dacció actual.» (*Text Refós de la Compilació del Dret Civil de Catalunya*. Decret Legislatiu 1/1984 de 19 de juliol. D.O.G.C. núm. 456 de 27-7-1984).

La regla es ciertamente una de las innovaciones que la reforma de 1984 ha introducido en la Compilación, mas responde a una aspiración muy anterior: El texto legal aprobado por la Ley 40/1960 no incluía una norma semejante pero ésta sí se preveía en el originario Proyecto de 1955. Su artículo 6.2 decía:

«Siempre que en esta Compilación se citen artículos del Código civil, se entenderá que en su redacción actual quedan incorporados en la misma.»

El texto de 1955 era más preciso que su sucesor tal vez porque en éste se ha querido destacar su carácter de norma de principios. En cualquier caso, ambos *textos*, el viejo artículo 6.2 del Pr. de 1955 y la nueva D. F. 3.^a de la Compilación reformada en 1984, son casi idénticos. Cambia, eso sí y sustancialmente, su *contexto* respectivo.

En efecto, en 1955 el texto propuesto por el artículo 6.2 del Proyecto tenía más de una explicación:

a) Por una parte la Compilación que se preparaba del Derecho civil catalán iba a ser eventualmente aprobada como *una ley estatal* más, modificable como tal por cualquier otra ley estatal posterior que podría derogarla total o parcialmente, expresa o tácitamente. En aquella época, a falta de todo rastro de autonomía legislativa en Cataluña y en un contexto, por lo tanto, en el que las relaciones entre el eventual Derecho catalán y el general iban a basarse en la simple relación de *jerarquía y posterioridad* (potencial eficacia derogatoria de la disposición posterior de igual rango), reglas como la prevista para el artículo 6.2 del Proyecto se presentaban como un intento anticipado de salvaguardar el Derecho catalán ante la inminencia de una reforma en profundidad del Código civil (a la que obligaba el Concordato entre la Santa Sede y el Estado español de 1953 y que, de hecho, acabaría por llevarse a cabo con la Ley de 24 de abril de 1958).

b) Además, la experiencia histórica reciente había mostrado muy a las claras cómo la sucesión de leyes civiles sustantivas o procesales había actuado en detrimento del Derecho catalán histórico o, en cualquier caso, del régimen jurídico vigente en materias civiles en Cataluña: el caso histórico de las leyes generales anteriores al Código civil de 1889 y derogadas por su artículo 1976 y que el Tribunal Supremo había considerado también sin vigor para Cataluña pese al tenor del artículo 12 del propio Código, parecía sugerir la exigencia de cautelas específicas si se quería garantizar mínimamente la subsistencia íntegra del derecho compilado (1).

(1) Para la cuestión de las leyes generales anteriores al Código civil cfr. Pablo SALVADOR CODERCH, *El Derecho civil de Cataluña. Comentario al nuevo artículo primero de la Compilación catalana*, RJC. LXXXIII, 1984-4, pp. 794 y ss., p. 814.

c) En tercer lugar, aunque la técnica *compiladora* propugnada tras la Guerra Civil a partir de la O. M. J. de 3 de agosto de 1944 y del D. de 23 de mayo de 1947, suponía un *plus* en relación a la de los *Apéndices*, preconizada durante la codificación civil por el artículo 6 de la Ley de Bases al C. C. de 11 de mayo de 1988 (2), continuaba siendo innegable que la Compilación debía tomar como presupuesto y punto de partida la normativa del Código en materias esenciales (cfr. artículo 12, redacción originaria, del Código civil, así como su actual artículo 13). Pero, además de eso, el Proyecto de 1955 contenía numerosas disposiciones que, con alcance diverso aludían al Código civil o a reglas concretas del mismo. Si por lo general cabía decir que la doctrina de la *iuris continuatio* (3) permitía el recurso al Derecho histórico para interpretar e integrar la normativa compilada, era obvio que ello sólo tenía como máximo una suerte de *viabilidad negativa* cuando lo que pasaba era que la propia Compilación hacía una *remisión expresa* al *Código civil* trastocando así el orden de prelación de fuentes directamente propugnado por el Título Preliminar del Proyecto. En este caso cabía ciertamente sugerir un *entendimiento* de los textos del Código objeto de la remisión acorde con el Derecho histórico continuado por la Compilación (así, artículo 1.2 y D. F. 2.^a de la Compilación de 1960 —hoy art. 1.2 y D. F. 4.^a— auténticos residuos de los artículos 5 y concordantes del Proyecto de 1955), pero se hacía precisa una norma *ad hoc* que salvaguardara *esos mismos textos* originariamente tenidos en cuenta al redactar las normas de remisión de la Compilación. Esa norma de salvaguarda hubiera sido el frustrado artículo 6.2 del Pr. de 1955. El precepto debía evitar progresivos desajustes entre la Compilación y el Código civil o, lo que se consideraba mucho más grave, que las modificaciones en las normas objeto de las distintas remisiones afectaran a la integridad del Derecho catalán.

Mas la propuesta del Proyecto fue rechazada y desapareció junto

(2) Véase Antoni MIRAMBELL i ABANCÓ - Pablo SALVADOR CODERCH, *Commentario al artículo 1.^o de la Compilación catalana*. En Manuel ALBALADEJO (Director), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XXVII*, 1. *Artículos 1 a 51. Compilación de Cataluña*, Madrid, EDERSA, 1981, pp. 32 y ss.

(3) La doctrina de la *iuris continuatio* fue expuesta durante la Codificación civil española por Manuel DURÁN Y BAS (1823-1907). Entre los autores contemporáneos a la Compilación catalana de 1960 es básica la formulación que hizo de ella Ramón M.^a ROCA SASTRE (1899-1979): La Compilación no rompe con el derecho anterior —con el Derecho catalán histórico—, sino que lo continúa y encuentra en él su fuente natural de integración. (*Estudios de Derecho Civil Especial de Cataluña*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, S. A., 1983, p. 4).

Normativamente se quiso trasladar esta tesis a los artículos 4 y 5 del Proyecto de Compilación de 1955 (pueden consultarse en COMISIÓN PARA EL ESTUDIO Y ORDENACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO FORAL DE CATALUÑA, *Proyecto de Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1959) y de hecho informó la propia estructura del Proyecto. Por eso el fracaso de la propuesta formal de incluir una detallada especificación de la relación entre la Compilación y el Derecho histórico provocado por la eliminación del Título Preliminar del Proyecto no impidió que la doctrina continuara recurriendo a la tesis de la *iuris continuatio* bajo la vigencia de la Compilación de 1960 (Cfr. SALVADOR CODERCH, *El Derecho Civil de Cataluña* (n. 1)).

con el resto de su Título Preliminar redactado por la Comisión de juristas catalanes (4). La Compilación definitivamente aprobada en 1960 no contenía regla alguna caracterizadora de las remisiones del citado texto legal al Código civil.

La reforma de la Compilación de 1984 recupera ahora la norma del artículo 6.2 del Pr. de 1955 para la nueva D. F. 3.^a. Mas la ya apuntada *similitud de ambos textos* no puede hacer olvidar la enorme *diferencia de contextos*: En radical contraste con lo que sucedía en 1955, en 1984 existe un Legislativo catalán con competencias normativas en materia —entre otras— de derecho civil y, en general, el tema de las relaciones entre el Derecho catalán y el Derecho estatal no es algo que se resuelva en el marco de un único ordenamiento con base en la simple aplicación de los principios de *jerarquía* normativa y de *derogabilidad* de la norma anterior por cualquier otra posterior de igual o superior rango, sino, principalmente, con base en el principio de *competencia*. Además, y consecuentemente, la decisión sobre la evolución del Derecho catalán y en concreto la posibilidad de modificar en cualquier momento la Compilación por ley del Parlamento de Cataluña colocan las cosas de forma muy distinta a lo que sucedía treinta años atrás, en un momento en que la única concesión consistió en permitir que una Comisión de notables juristas redactara *una tantum* el anteproyecto de lo que, tras un complicado mecanismo de revisiones, acabaría por ser una ley estatal. Desde este punto de vista el *sentido y función* de la regla de la D. F. 3.^a son marcadamente distintos a los que previeron los compiladores de 1955 al redactar su antecedente.

2. LA TECNICA LEGISLATIVA DE LA REMISION Y LA DISPOSICION FINAL TERCERA DE LA COMPILACION CATALANA.

La Disposición Final Tercera de la Compilación reformada establece una *regla general* sobre las remisiones que la Compilación hace al Código civil. Según esta regla las remisiones en cuestión se caracterizan como *remisiones estáticas* (*statische o starre Verweisungen*). Pese a ello, un estudio detallado de las remisiones particulares al Código contenidas en la Compilación manifiesta que su naturaleza es muy diversa, marcadamente heterogénea según los casos. Ello sugiere un tratamiento del tema que trate de introducir por encima de todo un elemento de linealidad y claridad en el discurso. Con esa finalidad ha parecido oportuno dividir el análisis en tres apartados:

(4) Con todo quedaron en la Compilación de 1960 algunas formulaciones concretas y explícitas del principio general. La más clara es la del artículo 320 Comp.. Hay además —tanto en el texto originario de 1960 como en el reformado en 1984— otras remisiones, alusiones o referencias cuyo grado de expresividad y concreción es muy distinto, como igualmente lo es el del objeto de la alusión al Código (uno o más artículos citados nominalmente; la normativa del Código sobre una institución o aspectos específicos de la misma; la Ley en abstracto pero en materias cuya sede normativa ha sido siempre el C. C., etc.). De todo ello se tratará en el epígrafe 5.

1. Estudio del concepto de remisión, de sus clases y figuras afines, de sus funciones y de sus límites: Se intenta partir de una base claramente establecida y saber en cada caso de qué preciso instrumento legislativo se está hablando cuando se alude a las remisiones.

2. Comentario del precepto contenido en la nueva Disposición Final Tercera: identificación del tipo de remisión que se ha tratado de establecer por el legislador, así como del ámbito real de aplicación de la norma.

3. Análisis de los casos concretos de remisión contenidos en el articulado de la Compilación.

3. DELIMITACION CONCEPTUAL DE LA REMISION. CLASES, FUNCIONES Y LIMITES

3.1. *Concepto general de remisión. Figuras afines*

La expresión «remisión» es ambigua en la práctica doctrinal y legal. En la doctrina española el uso más habitual de «remisión normativa» es el que hace referencia a un supuesto de delegación normativa: al caso de reenvío formal o no receptivo por el cual «una ley reenvía a una normación ulterior, que ha de elaborar la Administración, la regulación de ciertos elementos que complementan la ordenación que la propia ley establece» sin que la norma reenviante se apropie «del contenido de la reenviada» (5).

Separándonos de esa práctica convendremos aquí en hablar de «remisión» cuando un texto legal (la llamada *norma de remisión*) se refiere a otra(s) disposición(es) (el denominado *objeto de la remisión*) de forma tal que esta(s) última(s) debe(n) considerarse parte integrante la normativa que incluye la norma de remisión. Por así decirlo, *la norma de remisión incorpora el objeto de remisión a la normativa propia*.

Los problemas que plantean los distintos supuestos de remisión en este segundo sentido han sido durante los últimos años el objeto de una interesante bibliografía, poco manejada en nuestro contexto cultural, pero de la que ineludiblemente habrá que partir aquí (6).

(5) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA - Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 4.^a ed., Madrid, Civitas, 1983, 267.

(6) Fritz OSSENBÜHL, «Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik», *Deutsches Verwaltungsbatt*, 1967, 401 y ss. Sebastián SCHROCKER, «Die Übernahme von Bundesrecht als Landesrecht», *NJW*, 1967, 2285 y ss. Hanswerner MÜLLER, *Handbuch der Gesetzgebungstechnik*, 2, Aufl. Karl Heymans Verlag, Köln, 1968, 169 y ss. Hans-Ulrich KARPEN, *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*. (*Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Heft. 64). Walter de Gruyter, Berlín, 1970. Id., *Die Verweisungstechnik im System horizontaler und vertikaler Gewaltenteilung*. En: Jürgen RÖDIG (Hrsg.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, Berlín - Heidelberg - New York, Springer Verlag, 1976, 221 y ss. Id., «Zur Verweisung auf Regelungen privatrechtlicher Verbände», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1978, 151 y ss. Peter NOLL, *Gesetzgebungstheorie*, Rebeck

Introducido de esta forma el concepto general de remisión, procede ahora distinguir la remisión en sentido técnico de otras figuras afines de diferente naturaleza:

a) No hay remisión en los casos en que un texto legal *usa, utiliza o emplea expresiones cuyo sentido normativo viene establecido por otro texto legal* del mismo u otro ordenamiento.

Ahí, cuando la Compilación catalana hace referencia al matrimonio y a sus vicisitudes (separación, nulidad y divorcio, etc.), se entiende que las expresiones usadas lo son en el sentido establecido por los artículos 42 y ss. del Código civil. Mas ello no supone remisión ni, por tanto, incorporación alguna de esa regulación al texto compilado (o al ordenamiento de que forma parte este último). Para poner un ejemplo: el artículo 8 Comp. da comienzo utilizando expresiones cuyo sentido viene establecido por la propia Compilación integrada en su tradición jurídica ('capítols matrimonials', 'heretaments'; cfr. arts. 7 y 63 y ss. Comp.), pero luego se usan expresiones cuyo sentido normativo es el establecido por el Código civil sin que por ello haya remisión alguna ('aqueells qui, d'acord amb le llei, puguin contreure vàlidament matrimoni', v. arts. 46 y 47 C. C.; 'persones', v. arts. 29 y 30 C. C.; 'pàtria potestat', v. arts. 154 y ss. C. C., 'tutela', v. arts. 222 y ss. C. C.; 'defensor judicial', v. art. 163 C. C., etc., etc.). Con todo, es importante señalar que no siempre que hay homonimia hay coincidencia de sentido pues son muchos los casos en los que la Compilación utiliza expresiones que también aparecen en el Código civil, pero cuyo sentido no es para nada el que tienen en aquel texto legal sino el que reciben en la Compilación debidamente interpretada (así, por ej., lo que se relaciona con el concepto de testamento, art. 97 y concordantes Comp.; legítima, artículos 122 y ss. Comp.; sustituciones hereditarias, arts. 155 y ss. Comp., etcétera, etcétera). Para el detalle cabe al respecto remitirse a la enseñanza de Ramón M.^a Roca Sastre (7). Lo que aquí interesa es destacar que la utilización de expresiones no definidas por la Compilación o no definidas íntegramente por el mismo texto legal no supone un fenómeno de remisión en sentido técnico.

b) Tampoco hay remisión en los supuestos en que un texto legal se limita a *aclarar o reiterar que rigen tales o cuales disposiciones cuya vigencia deriva de otras razones* como, por ej., por aplicación de los principios de jerarquía normativa o de competencia legislativa. En estos

bei Hamburg. Rowohlt, 1973, 227 y ss. Johann-Friedrich STAATS *Verweisung und Grundgesetz*. En: RÖDIG, *Studien*, 244 y ss. HARALD KINDERMANN, *Ministerielle Richtlinien der Gesetzesforschung. Vergleichende Untersuchung der Regelungen in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz*, Berlín, Heidelberg, New York, Springer Verlag, 1979, 71 y ss. Wolf-Rüdiger SCHENKE, «Die verfassungsrechtliche Problematik dynamischer Verweisungen», NJW, 1980, 743 y ss. Michael SACHS, Die dynamische Verweisung als Ermächtigungsnorm», NJW, 1981, 1651 y ss. Hans SCHNEIDER, *Gesetzgebung. Ein Lehrbuch*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1982, 204 y ss. Hermann HILL, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1982, 114 y ss.

(7) ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE BARCELONA, *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*. Ramón M.^a ROCA SASTRE, *Los elementos componentes de la Compilación*, Barcelona 1961, 10 y ss.

casos la referencia puede ser conveniente por lo que tenga de aclaratorio, facilitando la labor del intérprete o la comprensibilidad general del texto, pero resulta innecesaria: Las reglas objeto de referencia regirían sin necesidad de ella. Un ejemplo de lo anterior lo constituyen las invocaciones a Constitución y Estatuto de Cataluña que se encuentran en el artículo 1.^º de la Compilación reformada ('De conformitat amb el que estableixen la Constitució i l'Estatut d'Autonomia'). Su sentido lo he analizado en otro trabajo (v. supra nota (3)), pero desde luego nada tiene que ver con la remisión en sentido técnico (es obvio que la vigencia de Constitución y Estatuto no traen causa de remisión alguna). Otro ejemplo similar es el de la alusión al derecho interregional que se lleva a cabo en el artículo 3.1 Comp. ('Els efectes dels estatuts personal, real i formal ... es regiran per les normes estableertes en el Títol Preliminar del Codi civil i en les disposicions concordants'). De la misma manera que en el ejemplo puesto en primer lugar la necesaria relación de conformidad venía dada por el principio de jerarquía normativa y no por el hecho de la remisión, aquí la vigencia de las disposiciones citadas por el artículo 1.3 Comp. deriva del principio de competencia (art. 149.1.8 Const.); la «remisión» no es tal, tiene sólo un contenido aclaratorio de lo que ya rige por otras razones.

c) La remisión debe ser *expresa* para poder calificarse de tal y ello ha de entenderse si no en el sentido de 'formalmente establecida', sí al menos en el de 'claramente ordenada' (8), y ello supone además una exigencia cierta de *concreción*. En otro caso no se está dentro del ámbito de la *remisión*, es decir, de la D. F. 3.^º Comp., sino dentro del de la *supletoriedad*, de la vigencia supletoria, es decir, del artículo 1.^º Comp. y D. F. 4.^º del mismo texto legal. Como en el caso anterior no habría aquí incorporación del derecho supletorio a la propia normativa, pues lo que operaría sería el mecanismo habitual de la supletoriedad (sea ya entre leyes sea ya entre ordenamientos) que no corrileva el efecto incorporador (arg ex art. 149.3. Const. y art. 26.2 Est. catalán). Naturalmente y como se verá al analizar caso por caso los supuestos de alusiones al Código contenidos en la Compilación, surgen aquí cuestiones de límites. Mas sin negar su fluidez, el principio es claro.

d) Tampoco hay remisión en el sentido definido en estas páginas —y como ya se ha indicado al inicio de este epígrafe— en los supuestos de delegación legislativa sea ya en la forma de la *delegación recepticia* o *reenvío material* (*textos refundidos*, *textos articulados de leyes de bases*), sea ya en la forma de la *delegación no recepticia* o en la de la *deslegalización* (9).

(8) «Clara y verdaderamente». Vale *mutatis mutandis* lo que enseña Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil. I. Introducción y Parte General. Volumen segundo. La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, 6.^a ed., Barcelona, Librería Bosch, 1980. Epígrafe 81.2, p. 171.

(9) Un ejemplo de delegación legislativa recepticia que hace particularmente al caso es el de la *Disposició Addicional Unica* de la *Llei 13/1984 de 20 de març sobre la Compilació del Dret Civil de Catalunya* que autorizó a elaborar el correspondiente texto refundido de la Compilación. Ello ha tenido lugar por *Decret legislatiu 1/1984 de 19 de juliol*.

Lo genéricamente característico a todos estos tipos de delegación legislativa es la denominada *habilitación* o *autorización* (*Ermächtigung*) a la Administración para estatuir la norma delegada (10). Mas ésta no pasa a *formar parte* de la norma de delegación, no se integra en ella.

Por el contrario, la nota esencial de la remisión en el sentido técnico que se ha definido aquí para esta expresión es precisamente la *asunción* del objeto de remisión por parte de la normativa que incluye la cláusula de remisión; es esta *función de transferencia* (*Übertragungsfunktion*) (11) lo que caracteriza genuinamente a la remisión, diferenciándola de la delegación legislativa. Se trata en suma del efecto de la *incorporación*.

e) El criterio recién descrito de la *incorporación* resulta también decisivo para excluir toda una serie de supuestos heterogéneos pero relacionados en mayor o menor medida con la figura en estudio. Así, la ausencia de la *Übertragungsfunktion* característica de la remisión es obvia en el caso de la relación *normativa estatal básica - normativa autonómica de desarrollo* a que aluden varios números del artículo 149.1 de la Constitución, supuesto en el que además, esta última normativa no ha de esperar a la creación de aquélla. Evidente es también el supuesto de las *normas de conflicto* del Derecho Internacional Privado (cfr. arts. 8 y ss. C. C.): el derecho extranjero aplicable en su virtud sigue manteniendo su calidad de tal sin incorporarse al propio ordenamiento interno. Un ejemplo más polémico puede venir dado por el de las *leyes penales en blanco* (cfr., por ej., arts 339; 345; 520 a 522 y 577.3 CPE). Aquí lo decisivo no es el contenido sino la existencia de la disposición de que se trate (12). Por último, no hay tampoco remisión en todos aquellos supuestos en los que el texto legal establece un orden de jerarquía de fuentes de regulación de una *relación jurídica privada* configurada precisamente en ejercicio de la autonomía privada por *negocio jurídico*. Es obvio que cuando la ley señala que dentro de los límites genéricos del principio de autonomía privada y de los específicos de cada institución la relación creada se rige primariamente por «los pactos establecidos por las partes» o por «las disposiciones

Para una caracterización de las figuras citadas en el texto véase la síntesis de GARCÍA DE ENTERRÍA - FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (n. 5), 250 y ss.

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA - FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I (n. 5), 252. De forma accesoria y eventual se produce, según los autores citados, el efecto consistente en que la propia ley de delegación asigne anticipadamente a la norma delegada su propio rango o fuerza de ley (Ibidem). Con todo y aunque aquí no cabe entrar en el tema, la cuestión es debatida.

(11) En la terminología de STAATS, *Verweisung und Grundgesetz* (n. 6), 245-246.

(12) STAATS, *Verweisung und Grundgesetz* (n. 6), 245-246. SCRÖCKER «Die Übernahme vom Bundesrecht als Landesrecht» (n. 6), 2290. SCHNEIDER, *Gesetzgebung* (n. 6), 204. Diversamente, con todo, KARPEN, *Die Verweisungstechnik* (n. 6), 226; el autor parte de un concepto más amplio de remisión al definirlo como «ein gesetzgebungstechnisches Instrument der Vervollständigung einer (partiell) unvollständigen Norm durch (Elemente) eine(r) andere(n) Norm». Ello supone admitir por ej., el caso de normas en blanco como un supuesto de remisión.

impuestas por el testador», etc., no se produce efecto de incorporación alguno ni hay ningún fenómeno de remisión. Huelgan al efecto los ejemplos pues pueden encontrarse fácilmente al inicio de la normativa relativa a cada institución (13).

3.2. Clases

La doctrina ha clasificado las remisiones desde distintos puntos de vista identificados naturalmente a partir del objeto o finalidad pretendidos en cada tratamiento de esta técnica legislativa. Dado que éste viene dado aquí por el análisis de la D. F. 3.^a de la Compilación reformada, se aludirá sólo a la tipología relevante para el mismo (14).

a) Las *normas de remisión* consideradas por la D. F. 3.^a, así como las restantes reglas de remisión contenidas en la Compilación son, obviamente, y como parte de ella, normas de rango legal. Forman así parte del Derecho de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Desde esta perspectiva no se plantean especiales problemas (15).

Ahora bien, un ulterior punto de vista que debe considerarse aquí es el de la *naturaleza del objeto de remisión*. Las remisiones se hacen, como se acaba de ver, desde una normativa con rango de ley autonómica pero interesa considerar las clases de remisiones *según el objeto* a que se refieren.

— De entrada, éste no tiene por qué formar parte de ningún ordenamiento jurídico. El texto legal puede hacer una referencia explícita a *elementos materiales* (planos, por ej.) o a *reglas puramente privadas* (las denominadas normas DIN, por ej., (16). Los problemas que se plantean en estos supuestos se relacionan con la normativa básica en torno a la exigencia de publicación y certeza del derecho legislado. En todo caso, puesto que no se dan casos de esta índole en las remisiones de la Compilación, podemos dejarlo de lado aquí sin perjuicio de lo que luego habrá que decir al tratar de los límites de las remisiones.

— En segundo lugar, el objeto de la remisión puede formar parte del ordenamiento jurídico pero no del *ordenamiento legal, legislado*. El caso más característico y típico en Derecho privado es el de *remisión a usos o costumbres*. Es paradigmático al respecto el artículo 2

(13) El efecto de remisión precisa para producirse que la ley rompa con el principio de eficacia relativa del negocio jurídico generalizando a terceros la normativa negocial. Véase al respecto KARPEN, «Zur Verweisung auf Regelungen privatrechtlicher Verbände» (n. 6), 151 y ss.

(14) Clasificaciones más completas pero no relevantes a los efectos de este trabajo pueden verse en las publicaciones citadas *supra* en la nota (6).

(15) Las clasificaciones de las normas de remisión desde el punto de vista informático no se consideran aquí. Véase, por ej., F. STUDNICKI; B. POLANOWSKA; J. M. FALL; A. LACHWA y E. STABRAWA, *Automatische Lösung der Verweisungen in Gesetzestexten*. En: Harald KINDERMANN, *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung* 1982, Berlín, Heidelberg, New York, Springer Verlag, 1982, 180 yss.

(16) Sobre ello véase además de la bibliografía ya citada, Johannes BACKERMS, «Unzulässige Verweisung auf DIN - Normen», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1978, 261 y ss.

Comp. *in fine* (mandato de observancia del derecho local, escrito o *consuetudinario* peculiar de algunas poblaciones o comarcas en el mismo territorio que desde antiguo aquéllas comprendían en la parte que la Compilación lo recoja o se remita a él). No hay aquí solamente una excepción a lo dispuesto por la D. F. 1.^a Comp. (la Compilación sustituye al derecho anteriormente vigente), sino además una *legalización* del objeto de remisión que comporta efectivamente una alteración del orden de preferencia normalmente aplicable en materia de fuentes del derecho (art. 1.3 C. C.: la costumbre rige en defecto de ley) (17). Aunque en menor medida que en el caso anterior, se plantean aquí también problemas relacionados con el posible conocimiento del objeto de remisión (18) que la normativa tradicional sobre fuentes del derecho (art. 1 C. C.) resuelva exigiendo la prueba de la costumbre y excepcionando por tanto el principio *iura novit curia*.

— Tanto el supuesto anterior como aquel en que la remisión se hace desde un *texto legal* a otro *texto legal* (por ej., las remisiones a que se refiere la D. F. 3.^a Comp.) se denominan usualmente *remisiones externas* (*Aussenverweisungen*), mientras que las que se hacen *dentro del mismo texto legal* —de una a otra parte del mismo— se denominan *remisiones internas* (*Binnenverweisungen*) (19); éstas últimas quedan fuera del objeto de este estudio. En cambio, de entre las remisiones externas es importante distinguir las que se hacen entre textos legales que forman parte del *mismo ordenamiento* y las que se hacen de *uno a otro ordenamiento jurídico distinto* como, por ej., del autonómico al estatal como es el caso de las remisiones a que se refiere la D. F. 3.^a Comp. Estas plantean una serie de problemas específicos que deberán ser objeto de consideración más detallada en el epígrafe 3.3 (20).

b) Una distinción a tener muy en cuenta a los efectos de este trabajo es la que, desde la aportación de Ossenbühl, acostumbra a establecerse entre *remisiones estáticas* y *dinámicas* (21).

— La remisión es *estática* (*statische o starre Verweisung*) cuando se entiende hecha a un texto legal en la redacción que éste tiene en el

(17) Véase al respecto MIRAMBELL - SALVADOR, *Comentario al artículo 1.^o de la Compilación catalana* (n. 2), 146 y ss., 159.

(18) En menor medida porque la costumbre jurídicamente relevante presupone una práctica socialmente generalizada en el ámbito espacial de su vigencia y, de ahí, la posibilidad de su conocimiento.

(19) A veces se combinan ambas formando remisiones encadenadas (*Kettenverweisungen*). Véase, por ej., el artículo 57.2 Comp.

(20) De hecho las remisiones internas tienen una función puramente sistemática y de economía legal. En ellas sólo traslaticiamente puede hablarse del efecto incorporador de normas de una institución a otra; ello puede tener relevancia a efectos, por ej., de la denominada interpretación sistemática. Mas genuinamente no hay incorporación pues norma de remisión y norma objeto de la misma pertenecen al mismo conjunto de reglas.

Por su parte las remisiones externas que relacionan disposiciones normativas distintas pero dentro de un mismo ordenamiento plantean por lo común menos problemas que las que tienen lugar entre ordenamientos distintos.

(21) «Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik» (n. 6), 401 y ss. De acuerdo el resto de la doctrina dominante.

momento de entrada en vigor de la norma de remisión y de forma tal que ulteriores cambios en la redacción de la norma objeto de remisión se consideran irrelevantes (al igual que su derogación) (22).

— La remisión es *dinámica* (*dynamische o gleitende Verweisung*) cuando se entiende realizada a la redacción vigente en cada momento del texto o textos legales objeto de remisión. La mayor parte de los problemas de constitucionalidad o inconstitucionalidad planteados por las remisiones surgen en el caso específico de las remisiones entre ordenamientos distintos y que tienen naturaleza dinámica. No sólo por esa razón pero también por ella, la D. F. 3.^a Comp. ha caracterizado en línea de principio a las remisiones de la Compilación al articulado del Código civil como estáticas.

c) Según la *modalidad de la asunción del objeto de remisión*, se distingue en función de que *haya o no modificaciones en el contenido de ésta* (23). Un cierto grado de modificación es inevitable en las remisiones externas (y aun en las internas): la norma o normativa objeto de remisión es literalmente descontextualizada, arrancada de su contexto originario y encuadrada en un nuevo marco sistemático. En ese sentido todas las remisiones externas contenidas en la Compilación y no solamente las referidas al Código civil cabe entenderlas como remisiones *condicionadas* (arg. ex art. 1 y, especialmente, ex D. F. 4.^a Comp.).

— Pero en un sentido más fuerte se habla de *remisiones condicionadas* en aquellos supuestos en los que la norma de remisión limita cualitativamente el alcance de la asunción del objeto de la remisión. Dos ejemplos claros, el primero de remisión externa y el segundo de remisión interna, los ofrecen los artículos 53 y 161 Comp. Según el artículo 53.2, *l'associació a compres i millores* se rige por lo dispuesto en los pactos de su constitución, por la costumbre de la comarca y, en defecto de ésta, «per les disposicions del Codi civil en tant que ho permeti la seva naturalesa específica». Conforme al artículo 161.2, lo dispuesto en la propia Compilación para la *substitució pupil.lar* será aplicable a la exemplar «en tant que ho permeti la seva naturalesa» (igualmente puede verse el artículo 96 *in fine* Comp., etc.). La idea es

(22) Un problema específico se plantea cuando la norma objeto de remisión no es modificada sino, precisamente, *derogada*. En puridad de principios, si la remisión se ha calificado expresamente como estática, la derogación posterior del objeto de la misma debería considerarse irrelevante. Sin embargo, la doctrina señala a veces que ello llevaría a un «curioso anacronismo» (SCHNEIDER, *Gesetzgebung* (n. 6), 207) y que no hay que suponer un alcance tan fuerte ni siquiera en el caso de las remisiones estáticas. En realidad, no hay regla general al respecto; la solución debe estar al caso concreto. En el Derecho privado español un ejemplo clásico lo ofrece la remisión del artículo 1.319 LEC 1881 al Código de comercio de 1829 sobre regulación del «orden de proceder en las quiebras», que ha continuado considerándose como vigente pese a la general derogación del Código de 1829 por el Código de comercio de 1885.

Cuestión distinta es la del restablecimiento de una norma derogada que normalmente no supone sino la reincisión de la normativa puesta de nuevo en vigor en el ordenamiento vigente a cuyas vicisitudes queda sometida.

(23) KARPEN, *Die Verweisungstechnik im System horizontaler und vertikaler Gewaltenteilung* (n. 6), 229-230.

que la normativa objeto de remisión es aplicable sólo en cuanto resulte compatible con aquélla de que forme parte la norma de remisión y se adecúe a la finalidad pretendida por la misma.

— En el caso de las *remisiones parciales* el condicionamiento no es genérico como en el caso anterior, sino específico y, sobre todo, expreso. La norma de remisión explica qué reglas de la normativa objeto de remisión son aplicables y cuáles no lo son. Dos ejemplos claros de lo que se acaba de señalar los ofrecen los artículos 6 Comp. (aplicabilidad en Cataluña de la normativa sobre adopción del Código civil con excepción de las relativa al derecho sucesorio) y 248 Comp. (id. de la regulación sobre sucesión intestada con las salvedades indicadas expresamente por los artículos 248.2 y 3 y 249 y ss. Comp.). El juicio de exclusión que supone la remisión parcial no excluye que el intérprete deba valorar el resto de la normativa objeto de remisión con el fin de decidir si se halla además sometida o no al condicionamiento genérico visto en el párrafo anterior (arg. ex D. F. 4.^a Comp.). Por así decirlo, la remisión parcial tiene una viabilidad negativa, aclara lo que con toda seguridad y por mandato legal no es objeto de remisión, mas no prejuzga la exigencia de estar a un posible condicionamiento genérico ulterior.

3.3. Las remisiones de ordenamiento a ordenamiento. Funciones y límites

En general la técnica legislativa de las remisiones se explica por razones de *economía* y *sistematicidad* obvias que hacen prácticamente impensable su desaparición de la praxis contemporánea de la legislación sobre cualquier materia.

Pero en especial interesa aquí un tipo concreto de remisiones: las externas de ordenamiento a ordenamiento, del derecho autonómico al estatal (o viceversa). Estas normalmente se explican con base en el *principio de cooperación* o por el intento declarado de buscar una normativa *unitaria* en determinadas materias o en ciertos aspectos de alguna materia.

Y más particularmente las remisiones dinámicas se relacionan con el *principio de flexibilidad* en cuanto, *automáticamente*, presuponen la adaptación de la normativa que contiene la cláusula de remisión a aquélla que incluye el objeto de remisión tan pronto como se produce un cambio en esta última y sin necesidad de una decisión del Legislativo originariamente competente en cada caso concreto.

Es precisamente esta característica de *habilitación indeterminada* en su contenido e *indefinida en el tiempo* (aunque no irrevocable) a otro legislador propia de la remisión dinámica la que ha levantado dudas y objeciones sobre su regularidad constitucional. De hecho, la mayor parte de la literatura sobre el tema generada en áreas jurídico-culturales cercanas a la nuestra responde o trata de responder a los interro-

gantes que plantea la figura de la remisión dinámica. Pese a lo debatido de la cuestión y a la dificultad de fijar un límite genérico que no resulte extraordinariamente difuso, hay que partir en sede de remisiones dinámicas del ordenamiento autonómico al estatal, de la idea siguiente: la remisión no puede nunca suponer una virtual *autoenajenación de la propia competencia normativa exclusiva*. No es posible defraudar, por la vía de la remisión dinámica, la distribución competencial que, permitida por la Constitución, acoge el Estatuto de Autonomía (24).

El límite citado se relaciona específicamente con las remisiones dinámicas más no con las estáticas. En éstas tiene lugar un simple fenómeno de *legislación per relationem*, por referencia a una normativa pre establecida y en un momento determinado. No hay por tanto sombra alguna de abandono del propio poder normativo en cuanto que éste se ejerce *sustantivamente*, con conocimiento del contenido concreto de la decisión tomada. Es en este marco donde cobra en parte su sentido la D. F. 3.^a de la Compilación catalana: sobre el Derecho catalán histórico la Generalidad de Cataluña no sólo ha asumido una competencia exclusiva de modificación y desarrollo sino también de *conservación* (art. 9.2 Est. cat. en relación con el art. 149.1.8 Const.). En ese contexto y si se tienen en cuenta además las características de la propia Compilación —redactada históricamente teniendo muy presente el Código civil— resulta que una configuración genérica, en línea de principios, de las remisiones de la Compilación al Código como *estáticas* parece algo natural si no lo cabalmente exigible. Sin perjuicio de

(24) En contra de la utilización de remisiones dinámicas se han formulado varios grupos de objeciones de índole distinta.

1) En primer lugar y desde la perspectiva del *principio de división de poderes* se ha advertido en relación a las remisiones que tienen lugar dentro del mismo ordenamiento que no pueden suponer una *delegación legislativa encubierta* en fraude de la normativa constitucional al respecto, así como tampoco una vulneración de las reservas de ley constitucionalmente establecidas.

2) En segundo lugar, las remisiones de ordenamiento a ordenamiento han sido críticamente consideradas desde el punto de vista del *principio democrático*. Se apunta al efecto a la idea de que cada Legislativo debe conformar *sustantivamente* su propia voluntad normativa y no remitirse sin más a la decisión de otro Parlamento elegido por otros representados. La remisión no puede significar una autoenajenación de un poder normativo legitimado directamente por el principio de representación. El monopolio legal del Parlamento en cuanto la Ley es primariamente concebida como expresión de la voluntad general— conlleva, en su ejercicio, un componente de deber: la exigencia de una propia y sustantiva configuración d la decisión legal.

3) En tercer lugar, las remisiones interordinamentales han sido escrutadas desde la óptica del *principio federal*. Debe tenerse en cuenta al respecto que la cuestión se ha planteado en Estados con tradición y constitución federales como la República Federal de Alemania o Austria. Allí se ha señalado que el principio de cooperación encuentra un límite en el reparto constitucional de competencias. Sin necesidad de entrar en un debate sobre la tipología más adecuada al sistema español, cabrá acordar en que el núcleo de la objeción es trasladable aquí.

Para el desarrollo de la discusión puede verse la bibliografía citada *supra* en la nota (6). Baste aquí con señalar que si en algunos países, como en Alemania Federal, la cuestión es objeto de debate, en otros, como Austria, las remisiones dinámicas llevadas a cabo a la normativa dictada por otra autoridad legislativa se consideran inadmisibles.

que no haya que atribuir a la regla de la D. F. 3.^a un carácter absoluto —como se verá en el epígrafe siguiente—, la enunciación del principio parece más que oportuna. Lo opinable en su caso es el mantenimiento de la estructura básica del texto compilado que conlleva la necesidad de multiplicar las remisiones más allá de lo que la elaboración de un código o de un conjunto sistemático de leyes especiales requeriría.

Siempre dentro del marco de la figura de la remisión de ordenamiento a ordenamiento (autonómico a estatal o viceversa) un límite ulterior podría considerarse derivado de la exigencia de *publicación* de la ley (en el marco de la concepción dominante que configura este requisito con carácter constitutivo): Fuera estática o dinámica se podría inquirir si la remisión es un procedimiento regular en cuanto que su objeto no es *directamente* publicado en el *propio* Diario Oficial. Mas no parece que haya que llevar la cuestión más allá de sus justos límites: en el marco de cada ordenamiento nacional es exigible la publicación regular mas no necesariamente en el propio D. O. Ello con independencia de que en el Derecho español vigente la publicación de la ley autonómica en el B. O. E., además de en el D. O. propio, está garantizada estatutariamente (art. 33.2 Est. cat.) (25).

Temas relacionados con el límite de la publicación son, en primer lugar, el de la exigencia de *claridad y comprensibilidad* y, ulteriormente, el de la *determinación y exactitud* de la ley. Desde el primer punto de vista se ha sugerido como directriz de técnica legislativa procurar evitar en la medida de lo posible el uso de las remisiones reduciéndolo a los casos en que resulten prácticamente inevitables; de las remisiones habrá que hacer uso en ocasiones mas no abuso, pues dificultan la inteligibilidad de la norma, la fácil comprensión de su contenido.

Por ello se ha recomendado rehuir de las remisiones condicionadas y procurar que, en la medida de lo posible, las remisiones aluden en todo caso a la materia y contenido sustantivo de la regulación objeto de remisión y no simplemente a los artículos del texto legal que lo constituyen (así, por ej., cfr. arts. 96 y 161 Comp.) (26). Pero, se añade, lo que se gana en comprensibilidad con este procedimiento, se pierde en precisión y exactitud: la referencia al contenido material del objeto de la remisión informa inmediatamente al lector de la norma de remisión del contenido genérico de aquél mejor que la que se hace a tales o cuales artículos de tal o cual texto legal, pero, en cambio, el contenido concreto del objeto de la remisión queda normalmente peor perfilado y mucho más difuso; lo que se gana desde el punto de vista

(25) Pero muy distinta sería la cuestión en el caso de que el objeto de la remisión no estuviera constituido por un texto legal sino, por ej., por un conjunto de reglas técnicas de origen privado. En este caso, las dudas planteadas y la consiguiente discusión doctrinal parecen más fundadas. Para una buena síntesis véase KINDERMANN, *Ministerielle Richtlinien der Gesetzestechnik* (n. 6), 74 y ss., resumiendo la polémica Karpen-Staats sobre la cuestión.

(26) Eberhard BADEN, *Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozess. Studien zur juristischen Hermeneutik und zur Gesetzgebungslehre*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1977. KINDERMANN, *Ministerielle Richtlinien der Gesetzestechnik* (n. 6), 71 y ss.

de la inteligibilidad y claridad de la ley, se pierde desde el ulterior de la precisión y certeza del derecho (27). La solución consiste en acumular ambos procedimientos de remisión indicando en todo caso además de los preceptos concretos objeto de la misma cuál es la materia sobre los que versan. Mas en el límite, el principio de certeza del derecho predomina sobre el ideal de la claridad y comprensibilidad. Las remisiones —y sobre todo las que tienen carácter dinámico y condicionado— deben ser primariamente precisas antes exactas que claras.

4. ANALISIS DE LA DISPOSICION FINAL TERCERA

4.1. *Finalidades perseguidas*

La Disposición Final 3.^a de la Compilación reformada califica a las remisiones que este texto legal hace al articulado del Código civil como *remisiones estáticas*. De la discusión realizada en el epígrafe 3 ya resulta cuáles son las consecuencias de esta afirmación: los preceptos objeto de las remisiones así calificadas quedan incorporados a la Compilación y, por tanto, al ordenamiento jurídico catalán, en la redacción que tienen en el momento de entrada en vigor de la *Llei 13/1984 de 20 de març sobre la Compilació del Dret Civil de Catalunya*. Ese es el sentido de las expresiones 'redacció actual' que tal vez sin demasiada corrección ha empleado aquí el legislador, inspirándose sin duda en el precedente de 1955 (28).

Al caracterizar como estáticas las remisiones de la Compilación al Código civil se pretenden dos finalidades principales:

a) *Una tradicional*: Evitar que las modificaciones de que eventualmente pueda ser objeto el Código civil en lo que se refiere a normas a las que la Compilación se remite supongan alteraciones correlativas del Derecho civil vigente en Cataluña y tenido en cuenta por el texto compilado.

b) *Otra nueva*: La técnica de las remisiones estáticas soslaya los problemas que surgen del uso de la figura de las remisiones dinámicas realizadas entre ordenamientos distintos. Con independencia de la solución que la praxis constitucional acabe precisando en España al respecto, el establecimiento de un principio general favorable a la remisión estática parece una medida prudente. Tal vez la remisión sea un pobre subrogado de la normación sustantiva pero, remisión por remisión, la estática se encuentra más cerca de aquélla que la dinámica. En ese sentido y aunque no sea ni de lejos la solución ideal, sí ha sido de entre las dos la preferible.

(27) Véanse autores y lugares citados en la nota anterior.

(28) No cabe dudar sobre si la expresión 'actual' se refiere al momento de la promulgación de la Ley que es anterior al de su entrada en vigor, pues la Ley no es formalmente tal hasta el momento de su publicación (que tiene eficacia constitutiva) y, por otro lado no entra en vigor hasta los veinte días siguientes a ésta en el D.O.G.C. (art. 33.2 Est. Cat. en relación con el art. 2.1 C. C.). La cuestión no tiene consecuencias prácticas pues no ha habido modificaciones del Código civil en el período intermedio.

4.2. Delimitación con la Disposición Final 4.^a. Supletoriedad y remisión.

La Disposición Final 3.^a es una regla destinada a regular las relaciones entre la Compilación y el Código civil. Esa es también la función que en parte tiene la Disposición Final 4.^a, pero el campo de aplicación de las dos reglas, así como su naturaleza, son marcadamente distintos.

a) En primer lugar, la D. F. 3.^a se refiere solamente al Código civil —es más: sólo al *articulado* del Código— mientras que la D. F. 4.^a lo hace a todo el derecho civil general —Código y leyes generales tanto sustantivas como procesales—. Ello deja fuera del ámbito de aplicación de la regla en estudio todas las alusiones realizadas por la Compilación a las comunmente denominadas *leyes civiles especiales* (por su relación con el Código pero generales por su ámbito territorial de aplicación) como la Ley Hipotecaria o la de Registro Civil. Igualmente también quedan fuera de la D. F. 3.^a las normas procesales como la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pueden confrontarse al respecto los artículos 99; 104, 137, 140, 153, 154, 181, 194, 197, 206, 209, 224, 264 y 332 Comp.

b) En segundo lugar, y como ya se ha apuntado, *supra* en el apartado 3.1.a) supletoriedad y remisión (*estática*) son figuras muy distintas:

— *La supletoriedad de la D. F. 4^a* es el correlato de la relación de preferencia del artículo 1.^o Comp. Supone la falta de regulación compilada preferente a la supletoria y la consiguiente aplicación de ésta que, además, forma parte de un ordenamiento distinto al catalán al cual, por último, no se incorpora para nada. La supletoriedad queda del lado derecho de la relación de preferencia.

— En cambio, *la remisión a la que hace referencia la D. F. 3^a* es una manifestación más de la relación de preferencia del artículo 1.^o Comp. Supone una regulación de una materia o cuestión por reenvío a otra normativa que es, además, incorporada al propio ordenamiento del que pasa a formar parte como una pieza más. La remisión supone llevar el objeto de la misma del lado derecho al izquierdo de la relación de preferencia. La remisión está, por así decirlo, entre la regulación sustantiva y autónoma de la cuestión de que se trate y la ausencia de toda decisión normativa actual o histórica que lleva a la aplicación del ordenamiento supletorio. Se trata llanamente de una legislación *per relationem*.

4.3. La Disposición Final 3.^a como regla o principio general

Al caracterizar las remisiones de la Compilación al articulado del Código civil como remisiones estáticas, la D. F. 3.^a establece una *regla general* que admite flexiones en la práctica. Se formula un criterio normativo que tiene valor de *principio general* que debe ser tenido en

cuenta en la exégesis de cada caso concreto. Porque, efectivamente, el criterio genérico establecido por el reformador de 1984 ha sido caracterizar las remisiones al Código como estáticas y ese es el principio del que es obligado partir al interpretar la normativa compilada, principio que no es además una mera presunción. En ese sentido la formulación de la regla no deja lugar a dudas.

Pero de la misma forma que la ausencia de una regla similar a la actual D. F. 3.^a en el texto de la Compilación originaria no llevó a la doctrina a considerar mecánicamente que todas las remisiones de la Compilación al Código eran dinámicas (29), tampoco ahora su presencia debe servir para convertir ciegamente en remisión estática cualquier alusión del texto compilado al Código civil.

Se defiende así que la *generalidad* de la regla de la D. F. 3.^a admite *especialidades* en el contenido de la Compilación. No debe verse una única relación «regla general (D. F. 3.^a) —especificación de esta regla (textos de la Compilación alusivos al Código civil)», sino que el propio tenor de la D. F. 3.^a excluye la aplicación del criterio que expresa en todos aquellos casos en los que no hay remisión en sentido técnico, así como, en segundo lugar, en todos aquellos en los que aún y habiendo remisión, concurren especiales razones que llevan a caracterizar ésta como dinámica y no como estática. Téngase en cuenta que la relación «ley general - ley especial» no tiene por qué ser explícita, bastando que conste con claridad.

Varias razones justifican las afirmaciones que se acaban de hacer:

a) La D. F. 3.^a habla de 'remissions'. El concepto técnico de remisión ha sido dilucidado en el epígrafe 3.1 y diferenciado allí de otras

(29) La doctrina que comentaba el texto de 1960 y trataba específicamente de la cuestión partía de un principio general —distinto según los autores—, pero llegaba luego, en la exégesis concreta de cada caso, a soluciones pragmáticas y diferenciadas.

Así, Ramón M.^a ROCA SASTRE, *Los elementos componentes de la Compilación* (n. 7), 9 y ss.) partía de la idea rectora de que la desaparición en el texto compilado de la regla propuesta por el artículo 6.2 del Proyecto de 1955 era irrelevante: «... es indudable que la incorporación existe...», ya que los artículos del Código civil objeto de remisión «... son como un elemento integrante de la Compilación a pesar de tratarse de normas en blanco» (p. 25). Mas luego consideraba casos muy concretos de remisiones puras (arts. 6; 52; 58; 101 y 129) y de remisiones condicionadas (arts. 248 y 272).

En el otro extremo, Encarna ROCA TRÍAS y Luis PUIG FERRIOL (*Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña. I. Introducción al Derecho Civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, s. f. (pero 1979), 255-256) parten del principio contrario: No habiéndose incluido en el texto de la Compilación de 1960 el texto del artículo 6.2 del Proyecto de 1955, «... las sucesivas modificaciones del artículo...» que sea en cada caso objeto de remisión «... afectarán al Derecho catalán...». Mas ello se afirma sin perjuicio de que después se reconozca que no todas las remisiones de la Compilación al Código civil son dinámicas. Antes bien, se distingue según se hagan remisiones «a la regulación en bloque de una determinada institución en el Código civil» o se haga una referencia concreta al artículo de que se trate. En el primer caso, la remisión es tendencialmente dinámica, y en el segundo, estática. Esta distinción proviene de Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (*Fuentes del Derecho Civil Catalán en particular, la Compilación y la Legislación común*. En: FUNDACIÓN CONGRESO JURÍDICO CATALÁN (Ed.), *Llibre del II Congrés Jurídic Català* 1971, Barcelona, 1972, 160 y ss., 169-170).

figuras más o menos análogas. En particular, debe insistirse en que no basta cualquier alusión o referencia al Código ni, mucho menos, constataciones que no son más que la aclaración o reiteración de su vigencia en tal o cual materia que ya ha sido establecida por otras razones (por aplicación del principio de competencia o de supletoriedad, etc.). Además la D. F. 3.^a no se refiere a cualquier género de remisión sino sólo a supuestos de remisión externa entre ordenamientos distintos, casos en los que hay que actuar con especial cautela. La excesiva genericidad o, lo que es igual, la falta de expresividad y concreción de la presunta remisión es un dato más a tener en cuenta: Admitir como remisión entre ordenamientos —es decir, como legislación *per relationem*— supuestos de meras alusiones o referencias genéricas supondría consagrar un inadmisible principio de aprobación y promulgación tácitas de las leyes.

Nótese además que el texto actualmente en vigor de la D. F. 3.^a se separa de su precedente —el art. 6.2 del Proyecto de Compilación de 1955 que usaba el verbo 'citar'— para utilizar el término técnico de 'remissió'. No vale por tanto cualquier cita, alusión o referencia para calificar el supuesto como de remisión estática. Se precisa algo más concreto.

b) Refuerza la consideración anterior el hecho de que la D. F. 3.^a hable de 'articulat' del Código civil. Aunque en este aspecto la nueva redacción es menos precisa que su precedente de 1955 (que decía más llanamente 'artículos'), es obvio que la expresión en cuestión no es ociosa. Cabe ver en ella, por lo menos, una doble utilidad:

— Delimita con claridad el objeto de la remisión: no simplemente el Código civil sino precisamente *su* articulado. Se rechaza con ello la posibilidad de admitir como remisiones estáticas los casos de remisiones ulteriores o encadenadas en los que los propios artículos del Código se refieren o llaman a disposiciones que están fuera del mismo. Es sabido que el Código no utiliza la técnica de la remisión estática cuando alude a la Ley de Registro Civil (art. 325 y ss. C. C.), a la Ley Hipotecaria (arts. 605 y ss C. C.) o a las denominadas propiedades especiales (arts. 407 y ss. C. C.). En ese sentido la remisión específica del artículo 324 Comp. al artículo 1.295 C. C. supone una incorporación de este último texto legal al derecho compilado pero no la del régimen jurídico que actualmente y *ex art.* 37 de la Ley Hipotecaria integra el artículo 1.295 C. C. Una eventual modificación del citado artículo 37 L. H. afectaría al régimen vigente en Cataluña.

— En el mismo sentido opera la referencia al *articulado* del Código pero sólo a él. Hay referencias al Código civil en la Compilación que para nada son remisiones a su articulado. Así, la Disposición Transitoria 7.^a Comp. señala que determinadas cuestiones normativas de carácter intertemporal (30) se resolverán aplicando el criterio que in-

(30) Derivadas de las variaciones que la entrada en vigor de la Compilación de 1960 —y ahora de la reforma de 1984— pueden implicar para el régimen jurídico civil vigente en Cataluña y no reguladas por las D.D.T.T. 1.^a a 5.^a de la propia Compilación. La D. T. 6.^a es una norma de cierre.

forma las *disposiciones transitorias del Código civil*. Hay aquí una genérica remisión que ni siquiera lo es a las disposiciones de que se trata sino a los *criterios*, es decir, a los principios o directrices que las inspiran. Pero, sobre todo, no hay una remisión a *artículos* del Código sino a orientaciones básicas manifestadas por normas del mismo que están *fueras* de su articulado. De ahí que se pueda afirmar con rotundidad que la D. T. 7.^a Comp. no incorpora al ordenamiento catalán las Disposiciones Transitorias del Código civil de 1889.

— En último término la expresión 'articulat del Codi civil' remacha la exigencia de *concreción* que debe cumplir la remisión para poder ser calificada de estática. La mera alusión imprecisa a una cuestión regulada por el Código o, incluso, la remisión que no lo sea a artículos concretos o a grupos claramente especificados de ellos no es en principio una remisión estática no pudiendo ser calificada como tal por mandato de la propia D. F. 3.^a Comp. Es indudable que el cambio de redacción en relación con el precedente de 1955 —'articulat' en lugar de 'artículos'— introduce como ya se ha señalado, un elemento de flexibilización que exige reconducir la decisión última a cada caso concreto. Pero el principio permanece: las remisiones deben ser mínimamente precisas en relación a la normativa del Código civil a que se refieren.

c) El cambio de contexto institucional que media entre 1955, cuando se propuso el frustrado artículo 6.2 del Proyecto de Compilación, y 1984, cuando la reforma ha introducido la D. F. 3.^a, sugiere una razón más para propugnar un entendimiento flexible de esta última regla. La Compilación no es ahora una ley estatal que fije de una vez por todas el Derecho catalán histórico sino que forma parte del ordenamiento jurídico catalán, pudiendo modificarse cuantas veces se juzgue necesario y, salvaguardada por el principio de competencia está al margen de las incidencias a que pueda verse sometido el Código civil en materias sobre las que tiene competencia el Parlamento de Cataluña. En relación a éstas, la *ratio legis* de la actual D. F. 3.^a difiere de la de su precedente de 1955, pues su regulación es ahora algo que está a la disposición del Legislativo propio. La profusión de remisiones al Código que se observa en la vigente Compilación es un simple arrastre de una situación normativa superada y, en definitiva, la solución a los problemas que plantea esa técnica no consiste tanto en absolutizar la doctrina de las remisiones estáticas como en dictar una legislación sistemática y razonablemente completa sobre las materias de que se trate.

d) Por último, hay supuestos en los que la razón para no considerar como estática sino como dinámica la remisión de la Compilación al articulado del Código es de otro orden: cuando de no hacerlo así la propia normativa de la Compilación pudiera resultar *inutilizada*, es decir, en aquellos casos en los que la *finalidad de salvaguarda* del Derecho catalán —*ratio* que persiguió el artículo 6.2 del Pr. de 1955 y que explica hoy la actual D. F. 3.^a—no se consigue con la técnica de la remisión estática sino, precisamente al revés, con una remisión di-

námica. Aunque no por sí sola, esta razón jugará un papel decisivo cuando esté acompañada de otras como será, por ej., en más de una ocasión el carácter *genérico* o global de la referencia de la Compilación al Código. Otra cosa supondría interpretar las reglas legales no ya *al margen* de su *ratio*, sino *en contra* de ella.

Un ejemplo de lo que se acaba de señalar lo ofrece la actual normativa de la adopción de la Compilación reformada. El artículo 6 Comp. hace una remisión genérica a la regulación del Código civil en materia de adopción exceptuando las disposiciones del mismo referentes a los derechos sucesorios de la adopción plena, los cuales se regirán por lo que dispone la Compilación (en sus arts. 114, 124, 127, 128 y 249). Una eventual modificación de la regulación del Código que suprimiera la distinción entre adopción plena y simple (actuales arts. 172, 178 y ss. y 180 C. C.), acogiendo otra distinta (como, por ej., la que media entre el acogimiento familiar y la adopción (31)) no debería llevar al intérprete a decidir sin más la congelación de la vieja distinción para el Derecho civil catalán. La genericidad de la referencia del artículo 6 Comp. y el dato adicional de que la normativa compilada puede resultar inutilizada de no aplicar la nueva regulación del Código (que, por ej., convirtiera a la adopción sin más en subrogado de la actual adopción plena) decidirían la solución en favor de la interpretación aquí propuesta con toda probabilidad. La técnica de las remisiones estáticas por la que se ha pronunciado la D. F. 3.^a Comp. es, en síntesis, un principio o directriz normativa a seguir, pero no una regla inflexible que no admita especialidades o que obligue a una interpretación estricta de las correspondientes normas de la Compilación.

5. CASUISTICA

El análisis concreto de las referencias al Código civil contenidas en el articulado de la Compilación confirma la línea interpretativa sugerida en el epígrafe anterior. Desde el punto de vista de la caracterización de la figura de la remisión que se ha llevado a cabo en el epígrafe 3, cabe distinguir en la Compilación varios grupos de referencias al Código civil.

5.1. *Remisiones expresas*

Los supuestos en principio más claros de aplicación de la regla general de la D. F. 3.^a de la Compilación son aquellos en los que normas de la Compilación se remiten expresamente a artículos concretos del

(31) Este es el sentido de varios documentos de trabajo que operan en el Ministerio de Justicia y de los que tiene noticia el autor de estas líneas en el momento de escribirlas.

Código civil en materias sobre las que la Generalidad ostenta competencia legislativa (32). Salvo que jueguen consideraciones muy poderosas en contrario, hay que aplicar aquí el criterio normativo de la remisión estática. Los casos principales parecen ser los siguientes:

- a) El artículo 108.2 Comp. según el cual no podrán ser testigos en los testamentos o codicilos otorgados sin intervención de Notario o Pároco las personas que no entiendan el idioma del testador «llevat que hi intervinguin intèrprets en la forma que prescriu l'article 684 del Codi civil» (exigencia de la presencia de dos intérpretes y de redacción del testamento en las dos lenguas) (33).
- b) El artículo 129.1 Comp. que en materia de cálculo de la legítima y cómputo del *donatum* ordena excluir «les donacions, liberalitats i expenses a què es refereix l'article 1.041 del Codi civil...» (34).
- c) El artículo 130 Comp. que en materia de determinación de la legítima individual señala que no hace número el desheredado ni el indigno sin perjuicio de los derechos que los artículos 761 y 857 C. C. conceden a sus respectivas estirpes (a adquirir su derecho legitimario en lugar del desheredado o indigno) (35).
- d) El artículo 252 Comp. que establece una denominada incapacidad relativa para suceder en relación a las personas «a qui es refereixen» los artículos 752, 753 y 754 C. C. (confesor, tutor y notario). La consideración específica del contenido concreto de la normativa objeto de remisión resulta además de la doble matización que al respecto incluye el apartado final del artículo 252 Comp.: «en els casos que hi són previstos» y «amb assimilació del Rector al Notari» (36).
- e) En el artículo 253 Comp. en materia de indignidad sucesoria al dato de la cita textual del artículo 756 C. C. como objeto de remisión se suma también la referencia explícita a «les personnes compreses

(32) Esto último excluye, como ya sabemos, supuestos del tipo de los regulados en el artículo 3.1 *in fine* Comp.

(33) Para un sector de la doctrina esta regla solamente es aplicable al caso del támago sacramental (argumento *ex art.* 101.5 Comp. Véase Luis PUIG FERRIOL-Encarna ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña. III.1. Derecho Sucesorio Catalán*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial S. A., 1979, 187 y ss.).

(34) La Compilación clarifica aquí una cuestión que en el Código civil resulta sólo de una interpretación histórica: Tradicionalmente los supuestos del artículo 1.041 C. C. se consideraban como no computables, pero el Código aludió a ellos únicamente como no colacionables. Dada la confusión histórica de los codificadores del siglo pasado entre computación y colación, enseña Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO que los gastos y regalos del artículo 1.041 C. C. son, además de no colacionables, no computables deshaciendo así la confusión en cuestión. (*Apuntes de Derecho Sucesorio*, 1.^a ed. separada, Madrid, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, INEJ, 1955, 487).

(35) Cfr. el artículo 985.2 C.C. que establece la solución de principio contraria al artículo 130 Comp. Un punto de encuentro entre ambas normativas viene dado precisamente por la referencia de este último artículo a los 761 y 857 C.C. La Compilación aceptó así la regla que en el Derecho castellano habían propuesto por primera vez los artículos 623 y 673 del Proyecto de Código civil de 1851.

(36) Con todo, resulta más que dudosa la vigencia del artículo 752 C.C. en cuanto es defendible su derogación *ex arts.* 14 y 16 const.

en algun del casos expressats» en el precepto citado. En ellos y no en otros (37).

f) El artículo 272 Comp. incorpora al Derecho catalán el artículo 811 C. C., es decir, la reserva lineal con ciertas limitaciones que el mismo precepto especifica (exclusión de la reserva en lo referido a la legítima de los ascendientes y a los bienes que éstos adquieran por sucesión intestada del impúber) (38).

h) El artículo 320 Comp. constituye el caso tradicionalmente más explícito de remisión estática de la Compilación. «Resta *incorporat a la present Compilació*», señala, «l'article 1.656 del Codi civil». («censo a primeras cepas» o «rabassa morta»).

i) El artículo 324 Comp. que establece una remisión condicionada al artículo 1.295 C. C. en materia de presupuestos y efectos de la acción de rescisión por lesión en la enajenación onerosa relativa a bienes inmuebles.

j) El artículo 341.1 establece asimismo una remisión condicionada al artículo 641 C. C. (reversión de donaciones en favor del donante o de terceros) relativa al supuesto de hecho de la figura de la donación reversional (39).

5.2. Remisiones y referencias genéricas al Código civil

Un segundo grupo de supuestos está integrado por aquellos casos en los que la remisión o referencia no se hace a *artículos concretos* del Código civil *específicamente* identificados por su número de forma tal que no quepa en principio duda sobre el objeto de la misma. En estos supuestos, la remisión se lleva a cabo *genéricamente*. La Compilación

(37) Sin perjuicio de las peculiaridades que resultan del hecho de la incardinación del artículo 756 C.C. en el marco de la regulación sucesoria de la Compilación. Por ej., la referencia al testamento de los números 5.^º y 6.^º del artículo 756 C.C. debe entenderse ampliada al codicilo en Cataluña (compárese artículo 764 C.C. con los 105 y 109 Comp.). Aunque la remisión sea indudablemente estática, ello quiere decir que se incorpora al Derecho catalán el *texto* objeto de la remisión pero no su *contexto* ni las peculiaridades derivadas de la interpretación sistemática.

(38) El origen de la incorporación de la reserva lineal o troncal al Derecho catalán está en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sostuvo la vigencia en Cataluña de las reglas del Código civil de la sucesión intestada. Se aplicó aquí de forma específica la conocida doctrina jurisprudencial sobre derogación por el Código civil de 1889 de las leyes generales vigentes antes de la promulgación de este cuerpo legal y derogadas por él mismo. En este caso, el Código habría derogado la Ley de Mostrencos de 16 de mayo de 1835, cuyo artículo 2 habría sido considerado generalmente vigente en todo el territorio español. El actual artículo 942 C.C. (igual al originario art. 938 C.C.) dio pie a esta jurisprudencia. Debe hacerse notar que este artículo del Código civil es también objeto de la remisión genérica que hace el actual artículo 248 Comp., excepcionada en cuanto al artículo 812 C.C. mas no en relación al 811 C.C. La reforma de 1984 ha resuelto así la discutida cuestión de la vigencia o no en Cataluña del artículo 812 C.C., pero no ha derogado la normativa relativa a la reserva troncal.

(39) En ese sentido, Luis PUIG FERRIOL - Encarna ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña. IV.2. Derecho Patrimonial Catalán*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S. A., 1982, 169.

utiliza distintas expresiones tanto para indicar cuál es el objeto de la remisión como su tratamiento jurídico: se hace referencia a las «disposicions» (arts. 6 y 53 Comp.), a las «normes» (arts. 52 y 248 Comp.), a las «formalitats» o «formes» (arts. 101 y 277 Comp.) o a los «terminis» (art. 344 Comp.) del Código civil en tal o cual materia. Y de todo ello se dice que «s'aplicaran» (arts. 6 y 248 Comp.) o que «regiran» (art. 344 Comp., también v. arts. 52 y 53 Comp.) o que «hom observarà» o «tindrà lloc» (arts. 101 y 277 Comp., respectivamente).

En relación a la mayor parte de estos supuestos, un sector de la doctrina anterior a la reforma de 1984 se pronunciaba por el carácter dinámico de la remisión en cuanto, se decía, se trataba de «remisiones en blanco» (40). La novedad que supone ahora la introducción de la D. F. 3.^a en el texto de la Compilación obliga por lo menos a reconsiderar este criterio caso por caso, tratando de averiguar tanto si hay o no remisión en sentido técnico como, caso de haberla, cuál sea su objeto y características.

a) El nuevo artículo 6 Comp. establece la aplicación en Cataluña de las disposiciones del Código civil en materia de adopción (arts. 172 y ss. C. C.) *excepto* las que se refieren a los derechos sucesorios de la adopción plena que se regirán por lo dispuesto en la Compilación. La reforma de 1984 ha introducido algo más que un mero cambio de redacción en el artículo 6 Comp.: Originariamente también la regulación del supuesto de hecho y los efectos personales del negocio adop-cional se remitían a lo dispuesto por el Código civil (41). E igualmente se señalaba que lo relativo a los efectos sucesorios del mismo se regían por lo establecido en la Compilación. Mas la vieja regulación del texto compilado no distinguía entre tipos de adopción —plena y menos plena según la Ley de 24-4-1958 y plena y simple según la de 4-7-1970— a efectos sucesorios (42), pues a éstos estaban equiparados todos los supuestos de adopción. Mas los reformadores de 1984 han considerado oportuno cambiar de criterio. Siguiendo en esto una orientación ya marcada por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, modificativa del Código civil, han partido del principio general consistente en equiparar *adopción plena a filiación por naturaleza* (cfr. art. 108.2 C. C.), marginando en cambio la *adopción simple*. Y en ese sentido han sido modificados

(40) DELGADO ECHEVERRÍA, *Fuentes del Derecho Civil Catalán en particular, la Compilación y la legislación común* (n. 29), 169 (con la excepción del art. 277 Comp.).

(41) El originario artículo 6 Comp. remitía en bloque a la regulación del Código civil exceptuando la prohibición de descendientes —art. 173, num. 2, redacción según Ley de 24 de abril de 1958, luego suprimida por la Ley de 4 de julio de 1970— y a los efectos sucesorios de la adopción.

(42) Véase para esta cuestión María del Carmen GETE-ALONSO CALERA y Pablo SALVADOR CODERCH, *La adopción en Cataluña después de la Ley de 4 de julio de 1970*. En: CÁTEDRA «DURÁN Y BAS» (Ed.), *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Cataluña. Tomo II. Filiación y adopción*, Barcelona, 1974, 117 y ss. Posteriormente: José PINTO RUIZ, *Comentario al artículo 6 de la Compilación catalana*. En: Manuel ALBALADEJO (Director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXVII. Vol. 1º. Artículos 1 a 51 Compilación de Cataluña*, Madrid, EDERSA, 1981, 237 y ss., 245.

los artículos 114, 124, 127, 128 y 249 Comp. En ese contexto ya se ha señalado supra en el epígrafe 4.3 d) que una interpretación teleológica del nuevo artículo 6 Comp. sugiere no tanto la aplicación mecánica de la técnica de la remisión estática al bloque de la normativa de la adopción del Código civil —en trance de reforma, por lo demás— como una solución algo más flexible; el principio rector de la reforma de 1984 en relación al artículo 6 y concordantes de la Compilación ha sido doble:

— Remitir a la regulación del Código en lo relativo al supuesto de hecho y efectos personales y familiares de la adopción y

— Equiparar en cuanto a sus efectos sucesorios a la filiación por naturaleza aquel tipo de adopción que el legislador del Código configura a su imagen y éste es ahora el de la adopción plena pero el futuro puede ser otro.

Así, ante la eventualidad de una reforma que modificara la tipología del acogimiento familiar y de la adopción, no habría que continuar considerando vigente en Cataluña la anterior regulación del Código y entenderla congelada por una remisión estática. Por el contrario, procedería mantener el principio de remisión a la nueva regulación pero aplicar el de remisión a la filiación por naturaleza sólo en relación al tipo de adopción realmente análogo en su configuración jurídica a la filiación de sangre.

b) El artículo 52 Comp. señala que, estipulado *expresamente* en capítulos que el régimen económico matrimonial será el de la sociedad de gananciales, éste se regirá por lo pactado por las partes y, en su defecto, «per les normes del Codi civil».

Una lectura superficial del precepto puede producir la impresión de que la genérica remisión al Código es aquí también un caso de remisión estática. Mas la inconcreción de la referencia y, sobre todo, una interpretación teleológica del precepto ponen en seguida de manifiesto que esa no parece ser la solución adecuada; antes bien, hay que entender en este caso que la remisión es dinámica, es decir, realizada a la normativa en cada momento vigente sobre sociedad de gananciales:

— Desde un punto de vista negativo no se alcanza a ver la razón de la solución aquí rechazada. Frente a la decisión tomada en capítulos matrimoniales de pactar el régimen de bienes paradigmáticamente castellano no se comprendería por qué, en caso de haberse producido una eventual modificación del mismo posterior a la reforma de la Compilación de 1984, habría que entender que la remisión del artículo 52 Comp. es estática y se hace, por lo tanto, a un derecho que en su ámbito históricamente propio de aplicación ya estaría derogado. La finalidad originaria de la D. F. 3.^a Comp. es proteger al Derecho catalán o a las instituciones del mismo que se integran con artículos concretos del Código, mas no parece ser éste el caso.

— Y desde un punto de vista positivo conviene recordar que la *ratio legis* del artículo 52 Comp. no pasa por la imposición de una remisión estática. Antes bien, el adverbio «expressament» utilizado en el artículo 52 está puesto ahí con la pretensión de evitar una aplicación

abusiva de la normativa del Código civil sobre sociedad de gananciales en los casos en que los contrayentes o cónyuges catalanes pactaran en capítulos un régimen de comunidad de bienes (43). Es evidente que no para todo régimen de comunidad sería adecuado integrarlo con la normativa del Código sobre gananciales y es esa posibilidad la que trata de prever el artículo 52 Comp. Mas la razón citada no alcanza a limitar la aplicabilidad de la regulación del Código en materia de sociedad de gananciales en los casos en que claramente las partes lo quieren así a una determinada regulación histórica —la vigente en el momento de entrar en vigor la reforma de 1984—. Pues precisamente sería contrario a la normal voluntad de las partes aplicar al caso una normativa eventualmente derogada por una reforma ulterior del Código civil. En síntesis, el objeto del artículo 52 Comp. no es congelar la regulación del Código fuera de lo que es su ámbito natural de obligación.

c) El artículo 53 Comp. establece un supuesto de referencia genérica y, a la vez, claramente condicionada al Código civil: la asociación a compras y mejoras, establece, se regirá por lo previsto en los pactos de su constitución y los artículos de la Compilación que siguen (que son los 54 a 56). En su defecto se regirá por la costumbre de la comarca y, a falta de ésta, «per les disposicions del Codi civil en tant que ho permeti la seva naturaleza específica» (44).

El primer problema que se plantea en esta sede no es ya el de la caracterización de la alusión al Código como auténtica remisión y, en su caso, como remisión estática o dinámica, sino el previo y más importante de la identificación del objeto de la misma.

Tradicionalmente se ha considerado unánimemente por parte de la doctrina y de la jurisprudencia que la asociación a compras y mejoras se debía integrar en última instancia con la normativa del Código civil sobre sociedad de gananciales (45). Recientemente, aunque con anterioridad a que la Ley 11/1981 de 13 de mayo introdujera en el Código civil el régimen de participación en las ganancias (arts. 1.441 a 1.434 C. C.), se ha defendido con argumentos de peso la naturaleza de comunidad diferida o participación en las ganancias de la asociación a compras y mejoras (46). Consecuentemente se ha propuesto la integración de la regulación compilada no tanto con la normativa del Cód.

(43) La exigencia de pacto expreso estaba ya en el artículo 87 del Proyecto de 1955. Para una explicación de esta cuestión véase Luis PUIG FERRIOL - Encarna ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña. Tomo II. Derecho Familiar Catalán*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S. A., 1979, 222 y ss.

(44) Cfr. también el artículo 58.2 Comp.

(45) En la propia Compilación, la asociación se regula sistemáticamente en el Capítulo XJ del Título III, Libro I, dedicado a los regímenes de comunidad. El artículo 94 del Proyecto de Compilación de 1955 remitía expresamente a «las disposiciones del Código civil sobre sociedad de gananciales...». Para la doctrina y jurisprudencia véase Luis PUIG FERRIOL - Encarna ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña. II. Derecho Familiar Catalán* (n. 43), 226 y ss., que son quienes primero han puesto en tela de juicio la posición de la doctrina dominante.

(46) Autores, obra y lugar citados en la nota anterior.

digo sobre la sociedad de gananciales como con «los principios que informan el régimen de participación..., pues tal configuración está latente en la tradición jurídica catalana» (47). Esta tesis se amparaba en la propia cláusula condicionante de la referencia del artículo 53.2 Comp. y conllevaba permitir la aplicabilidad al caso únicamente de aquellos preceptos de la normativa sobre sociedad de gananciales compatibles con la estructura de un régimen de participación. Mas, introducido en el Código civil este último régimen con una normativa autónoma, cabe dar un paso más y señalar que el objeto de remisión del artículo 53.2 Comp. no está constituido por los artículos 1.344 y ss. C. C. (sociedad de gananciales) sino por 1.411 y ss. (régimen de participación).

La solución propuesta para el problema de la identificación del objeto de la presunta remisión en estudio da la clave de la relativa a la segunda cuestión planteada, la de su caracterización: Aun suponiendo que estemos ante una remisión en sentido técnico, conviene recordar que ha sido el análisis de la cláusula condicionante el que ha permitido sugerir la modificación del objeto de remisión en cuanto que la normativa del régimen de participación del Código civil se adecúa mejor que la de los gananciales a la naturaleza de la asociación a compras y mejoras. Pues bien, es esa misma cláusula, unida al carácter claramente genérico de la presunta remisión (48), lo que tal vez permite propagar cuando menos que ésta tendría carácter dinámico, condicionadamente dinámico: en tanto en cuanto la normativa eventualmente modificada del Código civil se adecuara mejor a la naturaleza de la asociación que la anterior, no habría obstáculo a considerarla vigente.

Una forma alternativa pero más radical de atacar el problema consistiría en negar aquí la existencia de una remisión en sentido técnico: no es sólo la ya apuntada genericidad de la referencia, es que además cabe defender que lo único que hace aquí el artículo 53.2 Comp. es explicitar que la normal relación de supletoriedad que establece entre Compilación y Código civil y leyes generales la actual D. F. 4.^a Comp. ha sido en este caso matizada por la vigencia preferente al Código (cfr. art. 1.3 C. C.) de la costumbre comarcal. El tema sería, en relación al C. C., de *supletoriedad* (D. F. 4.^a Comp.) y no de *remisión* (D. F. 3.^a Comp.); por ello regiría en todo caso como última supletoria la normativa vigente en cada momento del Código civil eventualmente concorde con los principios del Derecho catalán. De haber algún tema de remisión en el artículo 53.2 Comp. sería, en su caso, de remisión a la costumbre, es decir, un supuesto de aplicación específica de la regla del artículo 2.^o Comp. y, naturalmente, la remisión a la costumbre comarcal es esencialmente dinámica.

d) El artículo 101 Comp. establece uno de los más complicados sistemas de remisiones y salvedades a las reglas del Código civil, en

(47) Ibídem, 234.

(48) Y al cambio del artículo 53.2 Comp. en relación a su precedente, el artículo 94 del Proyecto de Compilación de 1955.

este caso en materia de tipos y formalidades de testamentos, que contiene la Compilación catalana. Su primer párrafo establece la general aplicabilidad en Cataluña de la regulación del Código sobre los testamentos notariales haciendo una importante salvedad en lo relativo al número y función de los testigos (cfr. arts. 685 y 694 C. C.). El quinto y último párrafo cierra el paso a la vigencia en Cataluña de la regulación del Código sobre testamentos otorgados ante testigos (cfr. art. 700 C. C., por ej.,) pero, a su vez, el párrafo segundo hace una excepción dudosa en cuanto se refiere al testamento otorgado en caso de epidemia (cfr. art. 701 C. C.) (49). Finalmente, los párrafos tercero y cuarto remiten al Código en materia de testamento militar (arts. 716 y ss. C. C.), marítimo (arts. 722 y ss. C. C.), otorgado en país extranjero (arts. 732 y ss. C. C.) y, condicionadamente, al testamento ológrafo (arts. 688 y ss. a los que se adapta la vieja figura catalana del *testamentum parentum inter liberos*). Además la Compilación incluye algunos tipos testamentarios de propia conformación y que responden a una determinada tradición histórica (testamento parroquial, art. 102 Comp. y testamento sacramental, arts. 103 y 104 Comp.).

Del conjunto, no particularmente claro, de la normativa aludida hay que destacar su razón o finalidad. A partir de ella cabrá identificar las directrices interpretativas aplicables. Como se ha señalado, el artículo 101 Comp. es una regla de redacción compleja porque es la obligada refundición de cinco artículos del Proyecto de Compilación de 1955 (arts. 227 a 232 salvo el 231) que proponían una normativa mucho más completa para los tipos y formalidades testamentarias a incluir en la Compilación. De esa forzada reducción del contenido de la normativa propuesta originalmente resultan ciertas perplejidades como la relativa incompatibilidad entre los párrafos segundo (que admite el testamento en caso de epidemia que es un testamento no notarial; cfr. art. 701 C. C.) y quinto (que rechaza sin aparentes excepciones la aplicabilidad en Cataluña de la normativa del Código civil sobre testamentos no notariales). Mas, si se tiene en cuenta estos precedentes y el resultado final dado por el artículo 101 y siguientes de la Compilación, parece que la pretensión del legislador en esta materia ha sido minimizar la *función de los testigos* salvo, inevitablemente, en el caso de la figura, hoy residual, del testamento sacramental (arts. 103 y 104).

(49) Luis PUIG FERRIOL - Encarna ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña. Tomo III. 1. Derecho Sucesorio Catalán* (n. 33), 245-247: Consideran que el artículo 701 C.C. no es de aplicación a Cataluña y que sus funciones son sustituidas por el testamento notarial o por el parroquial —artículo 102 Comp.—. Mas no es ese el criterio que resulta del precedente más inmediato de la Compilación; el artículo 229.1 del Proyecto de 1955 admitía la figura en cuestión «aunque no se haya otorgado en un solo acto o los testigos lo hayan suscrito en días y horas diferentes». La Compilación no parece haber pretendido modificar ese criterio básico. Lo que sucede es que la detallada regulación del Proyecto —artículos 227 a 236— fue refundida en pocos artículos del texto definitivamente aprobado en 1960 —los actuales artículos 101 a 104— y la normativa resultante perdió claridad.

Comp.) (50). En segundo lugar, se ha tratado de potenciar por el contrario la *función del notario* o, en su defecto y subrogadamente, la del párroco en detrimento de la figura del testamento no notarial. Mas aparte de ello se reciben las figuras del Código relajando incluso en algún caso sus requisitos como sucede con el testamento ológrafo.

De todo ello parece resultar no tanto la intención legislativa de llevar a cabo una remisión estática al Código como la de salvaguardar los citados principios. De ahí que se pueda defender en este caso la tesis según la cual el artículo 101 Comp. establece un conjunto de remisiones dinámicas aunque, en algunos casos, rígidamente condicionadas al derecho del Código civil sobre tipos y formalidades testamentarios.

e) El nuevo artículo 248.1 Comp. se remite en materia de sucesión intestada a las normas del Código civil (arts. 924 y ss.) con las salvedades que suponen los artículos 249 a 251 Comp. (sucesión intestada en el caso de adopción, del cónyuge viudo y del impúber). Además de ello el propio artículo 248, en sus párrafos segundo y tercero, excluye la aplicabilidad en Cataluña del derecho de retorno sucesorio establecido por el artículo 812 C. C. al que aluden los artículos 179 y 942 C. C. y, por último, sustituye al Estado por la Generalidad de Cataluña en el último orden sucesorio a que se refieren los artículos 913, 956, 957 y 958 C. C.

En otro orden de ideas la reforma del artículo 250 Comp., al suprimir la normativa originaria del precepto que estaba pensada para el caso de concurrencia del usufructo viudal con colaterales (caso en el que aquél alcanzaba a toda la herencia), manifiesta bien a las claras que el legislador catalán de 1984 ha tenido en cuenta cuando redactaba los artículos 248 y ss. Comp. la reforma de la sucesión intestada en el Código civil llevada a cabo por la Ley 11/1981 de 13 de mayo: A partir de la misma el cónyuge viudo ya no sucede tras los antes denominados colaterales privilegiados (hermanos e hijos de hermanos, antiguo artículo 952 C. C.), sino antes que todos los colaterales y en defecto de ascendientes y descendientes (nuevo art. 944 C. C.). Así pues, en este caso el legislador catalán ha tenido precisamente en cuenta el sistema de la sucesión legítima instaurado en el Código tras la reforma de 1981.

Ahora bien, lo que cabe preguntar es si lo ha tenido en cuenta *una tantum*, como punto de partida al redactar los nuevos artículos de la Compilación sobre la sucesión intestada o bien si ha presupuesto *indefinidamente* esa regulación del Código de la que parte. En ese segundo caso, habría que calificar de estática la remisión al Código del artículo 248 Comp.

Aunque la cuestión es opinable, parece que por lo menos en relación a la exclusión del retorno sucesorio del artículo 812 C. C., a la sucesión de la Generalidad de Cataluña, a la normación de la sucesión

(50) De acuerdo en este punto Luis PUIG FERRIOL - Encarna ROCA TRÍAS. *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña. Tomo III,1. Derecho Sucesorio Catalán* (n. 33), 232.

intestada en caso de parentesco adoptivo (dentro de los límites ya vistos al comentar el artículo 6 Comp.), del cónyuge viudo y del causante impúber, hay que dar una respuesta positiva: Hay una clara decisión normativa en una serie de puntos —los que se acaban de citar— que no pueden verse afectados ni directa ni indirectamente por una eventual reforma ulterior del Código y, al respecto, es absolutamente indiferente el que la decisión legislativa se haya tomado *formalmente* articulando un conjunto de reglas materiales en la Compilación —supuesto de los artículos 249, 250 y 251— o se haya tomado *per relationem* especificando aquello que en ningún caso es de aplicación a Cataluña —caso de los artículos 248.2 y 3 Comp.

Naturalmente, distinto es que en los puntos en los que la Compilación no haya regulado autónomamente la cuestión (caso de los artículos 259 a 251) o no haya hecho una remisión específica de alcance limitativo al articulado del Código civil (supuesto de los artículos 248.2 y 3 Comp.), una reforma de este último texto legal no pudiera afectar al Derecho vigente en Cataluña: Nada impide una solución positiva si la reforma eventual del Código no llega a afectar a la economía del sistema catalán (como si, por ej., el legislador del Código civil decidiera involucrar a descendientes y a ascendientes en un mismo orden sucesorio). En la medida en que una modificación del Código civil no afectara a aquellos aspectos sobre los cuales se ha pronunciado el legislador catalán, no habría razones insuperables para negar su posible aplicabilidad en Cataluña sobre todo si se tiene en cuenta que eso es precisamente lo que establece la remisión *genérica* del artículo 248.1 Comp. Cuestión absolutamente distinta es si esa escisión normativa constituye un ideal a mantener o una situación que hay que eliminar.

f) El artículo 277 Comp. establece que la *tradición* —en el sentido del artículo 609.1 *in fine* del C. C.— tendrá lugar por cualquiera de las formas admitidas por el Código civil (cfr. arts. 1.462 y ss. C. C.) «i també pel pacte en què el venedor declara que extreu del seu poder i possessió la cosa venuda transferint-la al comprador amb facultat a aquest per a prendre-la per si mateix i constituïnt-se en l'interim possèidor de non seu». La cláusula tiene el sentido de ampliar o, más correc-tamente, de aclarar en el texto legal el ámbito del *constitum possessoriū* que en el artículo 1.463, segunda parte, del Código civil tiene un alcance *literal* aparentemente más limitado. Fuera de ello resultaría quizás excesivo —más allá de la *ratio* del citado artículo 277 Comp.— considerar la referencia genérica del artículo citado a «qualsevol de les formes ademeses en el Codi civil» como una remisión estática. El criterio general de la D. F. 3.^a Comp. alcanza a remisiones articulado del C. C. pero, como ya ha habido ocasión de señalar, no a cualquier referencia al Código (51). En casos como éste, más que uso de la técnica de la remisión, lo que el legislador parece hacer es *explicitar* y

(51) Una solución intermedia tendría en cuenta que la Compilación y el Código civil comparten la tradición del derecho común y, dentro de ella, la doctrina del título y del modo: la Compilación presupondría el principio de tradición.

especificar para el supuesto de que se trata la aplicación de la cláusula de supletoriedad de la D. F. 4.^a Comp.

g) Una solución similar parece ser la adecuada al caso del artículo 344.1 Comp. El precepto establece que en materia de prescripción extintiva regirán los términos establecidos en la Compilación «i, en allò que no hi sigui previst, els especials que determina el Codi civil». Nuevamente, y dada la genericidad de la referencia, parece que se está ante una especificación de la cláusula general de supletoriedad y no ante una remisión en sentido técnico. Tal vez confirma esta interpretación el propio giro empleado por el artículo 344.1 Comp.: «en allò que no hi sigui previst» muy similar al usado por la antigua D. F. 2.^a de la Compilación de 1960 (hoy D. F. 4.^a) que, al establecer la cláusula de supletoriedad, decía «En allò no previst en aquesta Compilació». Así, cabe concluir que el artículo 344.1 Comp. se limita a explicitar para el supuesto de la prescripción extintiva la vigencia supletoria de la normativa del Código civil, mas no establece una remisión en sentido técnico.

5.3. *Referencias a la Ley en abstracto*

No se aplica la D. F. 3.^a Comp. ni hay por tanto remisión estática cuando la Compilación se remite sin más a lo que disponga la Ley en abstracto aunque el tema o materia de que se trate esté regulado por el *Código civil*. Estas referencias, realizadas además en el modo subjetivo en casos muy significativos, tienen claramente como objeto la normativa vigente en cada momento sobre la cuestión aludida (52).

Este tipo de remisiones abunda en la Compilación. Cabe aquí citar las principales sin necesidad de entrar en un análisis detallado de su contenido:

Artículo 9.1 Comp. (el consentimiento a la modificación de los capítulos que debiere otorgar persona ausente o incapaz se suplirá o completará «d'acord amb la Llei»); artículo 18 Comp. (apontabilidad de condiciones y modos «no prohibits per la Llei» a las donaciones esponsalicias) (53); artículos 182 Comp. (el fiduciario gozará entre otros de «tots els altres drets que la Llei atribueix al propietari») y 190.2 Comp. (caso de partición de la herencia por los herederos fiduciarios, el fideicomisario «tindrà els drets que el Codi civil atribueixi» a los cesionarios de los partícipes en la división de la cosa común (54)); artículo 275 Comp. («Regiran les normes de l'accio reivindicatoria»,

(52) Son supuestos que están a un paso de aquéllos en los que el legislador catalán se limita a hacer uso de expresiones cuyo sentido viene establecido por el Código civil y de las que se trató *supra* en el epígrafe 3.1.a) de este trabajo.

(53) Análogamente, el artículo 64 Comp.

(54) En este último caso la referencia se entiende hecha con bastante concreción al artículo 403 C.C. Por ello y pese a que no se hace una alusión formal y explícita al citado artículo del Código, cabría defender aquí la tesis de la remisión estática, en contra de ello se puede objetar señalando que el artículo 190.2 Comp. usa el modo subjetivo («gaudeixi») en lugar del indicativo («gaudeix»). La cuestión es opinable.

señala, en materia de liquidación de frutos, abono de mejoras y responsabilidades del heredero aparente en el caso de ejercicio victorioso de la acción de petición de herencia).

6. CONCLUSIONES CRITICAS

La comparación que se ha hecho en las páginas precedentes entre *la regla de la D. F. 3.^a Comp. y su casuística* en el articulado concreto de la Compilación sugiere algunas reflexiones:

1.—Todo parece indicar que la D. F. 3.^a Comp *magis dicit quam voluit* y que la única interpretación viable del precepto pasa por su elevación al difuso terreno de los principios para una vez colocado allí concretar su alcance normativo a lo que a todas luces parecen ser sus justos límites. Con ello se trata de evitar una aplicación rígida y asfixiante para el propio derecho compilado del tenor literal de una regla redactada tal vez con demasiada generalidad.

En este país la doctrina se ha complacido secularmente usando el nombre de Savigny. Esa es una tradición a continuar. Cuando Savigny escribió *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia jurídica* (1814) afirmó que el suyo no debía tener la primera porque distaba mucho de gozar de un nivel suficiente de la segunda. Añadía que el modelo a imitar lo ofrecía la jurisprudencia clásica romana; los juristas clásicos, decía, no sólo dominaban los *principios* generales, cosa ciertamente imprescindible, sino que también tenían una perfecta visión jurídica de los *casos* que habían de dictaminar. No sólo la *teoría*, pues, sino también la *praxis*: veían, *a la vez*, en el principio, los casos a los que había de aplicarse y en el caso, la regla que lo determina. Su maestría radicaba en la facilidad de pasar de lo general a lo particular y de lo particular a lo general (55). Es quizá este equilibrio entre el dominio del principio científico que debería sujetar la regla de la D. F. 3.^a Comp. y la casuística que ofrecen las normas concretas de la Compilación, lo que en alguna medida puede haber faltado aquí. Quién lleva la mirada de aquélla a éstas y la vuelve de éstas a aquéllas no puede dejar de pensar que la redacción literal de la regla de la D. F. 3.^a Comp. es excesivamente general, mientras que los casos no han sido observados como aplicación de la misma. Antes bien, sugieren otros principios. Esta es tal vez la crítica fundamental que cabe hacer aquí a la redacción de la vigente D. F. 3.^a Comp.

(55) «So ist ihnen Theorie und Praxis eigentlich gar nicht verschieden, ihre Theorie ist bis zur unmittelbaren Anwendung durchgebildet, und ihre Praxis wird stets durch wissenschaftliche Behandlung geadelt. In jedem Grundsatz sehen sie zugleich einen Fall der Anwendung, in jedem Rechtsfall zugleich, die Regel, wodurch es bestimmt wird, und in der Leichtigkeit, womit sie so vom allgemeinen zu besondern und vom besondern zum allgemeinen übergehen, ist ihre Meisterschaft unverkennbar». Friedrich Karl von SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Edición al cuidado de Hans HATTENHAUER, *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, München, Verlag Franz Vahlen, 1973, 115.

2.—Por otra parte, la técnica legislativa de la remisión entre ordenamientos (sea ya estática o dinámica) tiene en el caso de la Compilación catalana una explicación histórica tal y como se expuso al inicio de este trabajo. Incluso tiene justificación actual en la medida en que la primera fase de la reforma de la Compilación no pasaba por la puesta en cuestión de la técnica compiladora que postula un número especialmente elevado de remisiones. Mas si el muy abundante uso de remisiones no ha podido ser evitado, a nadie se le debe ocultar que ello no puede constituir un procedimiento *regular*: lo normal debe ser que, dentro del ámbito de competencias civiles que Constitución y Estatuto atribuyen a la Generalidad de Cataluña, el Legislativo catalán dicte disposiciones todo lo sistemáticas, bien interrelacionadas y completas que sea posible en vez de proceder por incorporación fragmentaria de otros textos legales. Aun siendo constitucional y estatutariamente posible incorporar al ordenamiento propio reglas del ajeno, eso no puede ser más que una solución a la que se debe acudir *in extremis*. Fuera del caso en que lo que se trate sea de unificar la normativa sobre tal o cual materia en derecho privado, el recurso a la técnica de la remisión a otro ordenamiento debe estar sujeto a una rigurosa autolimitación.

Reconocimiento civil de resoluciones canónicas de nulidad y dispensa "super rato" en el nuevo sistema matrimonial español

Por ALBERTO PANIZO ROMO DE ARCE

Profesor Adjunto de Derecho canónico.

Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCION

Entre las distintas cuestiones planteadas en el sistema matrimonial español tras la reforma del Título IV del Libro I del Código civil por ley de 7 de julio de 1981, destaca con especial relieve la concerniente a la ejecución en sede civil de las sentencias y resoluciones sobre nulidad y dispensa de matrimonio rato y no consumado dictadas por la jurisdicción eclesiástica, cuya regulación jurídica actual aparece ciertamente oscurecida tanto por la ambigüedad terminológica con que ha sido abordado su tratamiento como por la pluralidad legal convergente en la misma: Constitución de 1978, Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede de 1979, Código civil y Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otra parte, tampoco la doctrina ha aportado unas pautas homogéneas al acercarse, desde el plano científico, a la fundamental cuestión del «ajuste» al Derecho del Estado de los pronunciamientos canónicos en sus virtualidades civiles. Si a esto se suma que aún la jurisprudencia no ha tenido el margen de tiempo necesario para uniformar su posición ante el tema, inmediatamente se entiende que no sea innecesario el esfuerzo orientado a sistematizar y, en la medida de lo posible, concretar con nitidez los aspectos menos pacíficos del problema. Por lo demás, no conviene olvidar que toda normativa nueva no surge de forma espontánea y sin fundamento, de ahí que también el análisis de sus antecedentes ilustren, de algún modo, la magnitud de los cambios introducidos por la legislación de 1981 en nuestro ordenamiento matrimonial. Las apreciaciones que siguen pretenden este modesto objetivo clarificador.

II. ANTECEDENTES

En la redacción originaria del artículo 82 del Código civil (1) se aborda directamente la cuestión de la eficacia civil de las sentencias canónicas en los siguientes términos:

«La sentencia firme de nulidad o divorcio del matrimonio canónico se inscribirá en el Registro civil, y se presentará al Tribunal ordinario para solicitar su ejecución en la parte relativa a los efectos civiles.»

Puede hablarse en este sentido de ejecución automática de la sentencia canónica, con el único requisito de que el Tribunal eclesiástico comunique al Juez civil su resolución firme, comunicación que aparece «*prima facie*» instada en todo caso de oficio a tenor de lo dispuesto en el artículo 82 C. c.: «... se inscribirá en el Registro», «... se presentará al Tribunal ordinario». No obstante, el Tribunal Supremo en sentencias de 21 de noviembre de 1916 y 7

(1) Aunque por razones obvias abordamos en el texto el estudio de los precedentes legislativos de la ejecución civil de sentencias canónicas sobre matrimonio a partir del Código civil de 1889, sin embargo, al haber sido tratada la cuestión en épocas y cuerpos legales anteriores, conviene reseñar una síntesis de los preceptos más significativos al respecto:

Fuero Real, 3,17: ...«Otrosí defendemos, que Pleytos de casamientos fueran comenzados entre algunos en Juicio, ninguno dellos no sea osado de casar en otra parte fasta que el Pleyto sea determinado por Juicio de Sancta Iglesia».

Partidas, 4,10,7: «Pronunciada ó dada duea ser la sentencia del diuorcio que se faze entre el marido e la muger por los Arçobispes ó por los Obispos de cuya jurisdicción fueren aquellos que departen. E esto es porque el pleyto de departir el matrimonio, es muy grande, e muy peligroso de librar. E por ende tal pleyto como este, e aun todos los otros spirituales grandes pertenecen de librar más á los Obispos que á los otros prelados menores porque son más sabidores, ó deuen ser, para librarlos más derechamente...»

Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1970, disposición final: «El conocimiento y decisión de todas las cuestiones a que diere margen la observancia de esta ley, corresponderá a la jurisdicción civil ordinaria, según la forma y el modo que se establezcan en las leyes de Enjuiciamiento Civil. Las sentencias y providencias de los Tribunales eclesiásticos, sobre todo lo que constituye el objeto de esta ley, no producirán efectos civiles».

Real decreto de 9 de febrero de 1875, artículo 7.º: «Las causas pendientes de divorcio o nulidad de matrimonio canónico y las demás que según los Sagrados Cánones y las leyes antiguas de España son de la competencia de los Tribunales eclesiásticos; se remitirán a éstos, desde luego, en el estado y en la instancia que se encuentren, por los jueces y tribunales civiles que se hallen conociendo de ellas.

Serán firmes las ejecutorias dictadas en las causas ya fenecidas».

Igualmente, la *Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932* establecería en su artículo 4.º que: «La jurisdicción civil es la única competente para resolver todas las cuestiones a que da lugar la aplicación de esta ley... Las cuestiones relacionadas con la validez o nulidad de los matrimonios canónicos celebrados antes de la vigencia de ésta serán resueltos por los tribunales civiles, que aplicarán las leyes canónicas con arreglo a las que fueron contraídas».

de noviembre de 1921, admitiría la comunicación del fallo eclesiástico a instancia de parte interesada, lo que es lógico si se piensa en las posibles omisiones no deliberadas en que podría incurrir la jurisdicción canónica al dar traslado de sus resoluciones a la autoridad judicial civil (2). En lo referente a los pronunciamientos canónicos sobre separación y disolución, el legislador codicial los designa con un término ambiguo e inexacto: «divorcio», disculpable en cierta medida dado el arraigo del apelativo para denominar dichas instituciones, tanto en el Derecho antiguo (3), como en el canónico (4).

El Concordato suscrito entre el Estado español y la Santa Sede de 27 de agosto de 1953, hizo también expresa referencia al tema que nos ocupa en su artículo XXIV núm. 3, que establecía:

«Las sentencias y resoluciones de que se trate, cuando sean firmes y ejecutivas, serán comunicadas por el Tribunal eclesiástico al Tribunal civil competente, el cual decretará lo necesario para su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará —cuando se trate de nulidad, de dispensa "super rato" o aplicación del privilegio paulino— que sean anotadas en el Registro del estado civil al margen del acta de matrimonio.»

Lo dispuesto por la norma concordada tendrá a su vez directo fundamento en el artículo XXIII del documento pacticio en el que se dotaba de plena eficacia civil al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico, apareciendo así la operatividad en sede civil de las sentencias y resoluciones canónicas sobre matrimonio consecuencia obligada del reconocimiento en bloque de la institución matrimonial canónica. Además, y siguiendo la línea trazada por el Código, la eficacia civil de los pronunciamientos eclesiásticos —firmes, ejecutivos y comunicados a la autoridad civil competente— seguía produciéndose «ipso iure», necesitando únicamente para su pleno reconocimiento de la inscripción registral, inscripción que aparecía configurada en el artículo XXIV del Concordato con un ámbito más restringido si se compara con lo que señaló en este punto el artículo 82 C. c., al no ser necesaria

(2) Cfr. FUENMAYOR-SANCHO REBULLIDA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Jaén, 1978, Tomo II, Artículos 42 a 107 del Código civil, pág. 274.

(3) Para designar la separación de mesa, lecho y habitación, así como la disolución del vínculo, en el Código de Hammurabi y en la Ley de Moisés (Deuteronomio, cap. XXIV, vers. I ss.) se emplea el término «repudio». Entre los romanos tuvo gran abolengo la palabra «divorcio» (de «divertere»= separarse) para aludir a la disolución del vínculo matrimonial.

(4) El vocablo «divorcio» pasa también a las Colecciones canónicas, aunque con una significación más amplia para denominar: la disolución propiamente dicha del vínculo conyugal (Cap. 2,7,14,X, De conversione conjugatorum, II, 33.); la separación de mesa, lecho y habitación con subsistencia del vínculo (Cap. 2,4,5,6,7,X, De divortiis, IV,19.); la declaración de nulidad de matrimonio inválido (Cap. 1,X,IV,7.).

en los supuestos en que la resolución canónica se refería exclusivamente a la separación de los cónyuges, matiz este que supuso la única innovación añadida por el texto concordatario a lo ya establecido por la legislación de 1888 al respecto (5).

La reforma del artículo 82 C. c. en base a la ley de 24 de abril de 1958, estructuró el contenido de aquél en los siguientes términos:

«La jurisdicción civil promoverá la inscripción y ejecutará, en todo lo demás relativo a efectos civiles, las sentencias y resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica sobre nulidad o separación de matrimonio canónico y sobre dispensa de matrimonio rato y no consumado o aplicación del privilegio Paulino. La ejecución se llevará a cabo en virtud de comunicación canónica de las sentencias o resoluciones, o a instancia de quien tenga interés legítimo y presente el oportunuo testimonio.»

Como podrá apreciarse no aparecen modificaciones sustanciales que cambien el sentido originario del precepto, cuyo texto recogía casi a la letra el artículo XXIV núm. 3 del Concordato de 1953, lo que era obligado si se piensa que la ley de 1958 no hizo más que adaptar el Código a lo establecido en la legislación concordataria. De Diego Lora, tras afirmar que el artículo 82 C. c. constituyó una norma de auxilio judicial, va más allá en su análisis al dictaminar que el precepto enmarcaba separadamente unos campos de atribución de conocimiento a las respectivas jurisdicciones, reservando para la canónica la llamada «causa de mérito» —según la terminología italiana— o cuestión principal, y para la civil la regulación material de los efectos civiles derivados de la sentencia eclesiástica, lo que a su vez implicaría una dualidad de ámbitos diversos —civil y canónico— operando en estrecha relación (6). Juicio acertado el del autor, que contrasta con la inicial postura de Jemolo al considerar éste —refiriéndose al Derecho italiano— que la jurisdicción canónica carece de cualquier proyección civil debido a su encuadre particular e independiente de toda actuación judicial del Estado (7). Finalmente, resulta interesante destacar que en esta modificación del artículo 82 C. c. se admitió expresamente la posibilidad de instar la ejecución civil a solicitud de parte interesada, cosa ya reconocida, según vimos,

(5) Cfr. E. MONTERO, *El Concordato de 1953*, Madrid, 1956, pág. 317.

(6) DE DIEGO LORA, *Ambito de las jurisdicciones eclesiástica y civil en el Concordato español de 1953* en «*Ius Canonicum*», 1963, pág. 655.

(7) Cfr. JEMOLO, *I tribunali eclesiastici e le loro sentenze nel diritto italiano*, en «*Archivio Giuridico*», v., 101 (Quarta serie, v., 17, fasc. 2), 1929, págs. 133 ss. La desvinculación que el autor sostiene entre Tribunales eclesiásticos y civiles configura una posición que rectificaría el mismo Jemolo en su artículo: *Tribunali della Chiesa e Tribunali dello Stato nel regime degli accordi lateranensi*, en «*Archivio Giuridico*», v., 102 (Quarta serie, v., 18, fasc. 2), 1929, págs. 189 ss.

a nivel jurisprudencial, si bien en este caso parece necesario el requisito de que el cónyuge peticionario —o tercero con interés legítimo— remitiera al Juez civil testimonio del decreto ejecutorio dictado por el Tribunal eclesiástico, tal y como prescribía el Codex de 1917 (8).

Presentes estas sumarias indicaciones acerca de los precedentes del tema abordado, es obvio que su regulación actual cambia de raíz las bases en las que aquél se asentara desde 1888 hasta la Constitución vigente —con excepción de la normativa republicana de 1932—, al introducirse modificaciones sustanciales cuyo estudio se estructura en torno a la heterogénea legislación que contempla, según se apuntó, la operatividad civil de los pronunciamientos canónicos en materia matrimonial y que de inmediato se trata.

III. LA CONSTITUCION DE 1978 Y LOS ACUERDOS ENTRE EL ESTADO ESPAÑOL Y LA SANTA SEDE DE 1979

El texto constitucional de 1978 establece una serie de principios informadores en materia judicial que afectan de forma directa a la actividad de los Tribunales eclesiásticos en el ámbito del matrimonio; entre ellos destaca el artículo 117 (9), en el cual el legislador, tras la declaración genérica contenida en su número uno, pone especial énfasis en el carácter exclusivo de la potestad jurisdiccional cuya unidad constituye la pauta ordinaria a seguir en los procesos que se tramiten dentro del territorio nacional. Ante este dato podría estimarse que la proclamada unidad de jurisdicción suprime la proyección civil de las sentencias eclesiás-

(8) En este sentido el canon 1918 del anterior Codex dispuso: «No podrá llevarse a cabo la ejecución —de la sentencia— antes de que el juez haya expedido el decreto ejecutorio, es decir, un decreto declarando que debe ejecutarse la sentencia; este decreto se incluirá en el mismo texto de la sentencia o se dará por separado, según la diversa naturaleza de las causas».

(9) 1. «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados del poder judicial. Independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

2. Los Jueces y Magistrados no podrán ser apartados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.

3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.

5. El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.

6. Se prohíben los Tribunales de excepción».

ticas sobre matrimonio, quedando el fuero canónico situado —junto a otros que complementan el ámbito judicial del Estado, Vgr. militar— a extramuros de la configuración general del sistema. Sin embargo, tal interpretación no sería acertada, pues apunta a un análisis simplista del propio espíritu del precepto constitucional, dado que la producción de efectos civiles por una sentencia canónica, lejos de implicar interferencia de la actividad jurisdiccional de la Iglesia en el orden civil, confirma la actuación estricta de un órgano judicial del Estado que es el que, en definitiva, se pronuncia sobre el reconocimiento de tales efectos. Asimismo, tampoco puede afirmarse que el fuero eclesiástico tenga respecto al del Estado carácter excepcional, para lo cual sería necesario que los Tribunales canónicos tuvieran la consideración de órganos estatales, debido a que solamente en este ámbito tienen cabida las jurisdicciones extraordinarias (10). Abordada esta cuestión ante la Corte Constitucional italiana, dos sentencias —30/1971 de 24 de febrero y 31/1971 de 1 de marzo— son suficientemente ilustrativas, pues en ellas se establece que los Tribunales eclesiásticos no son órganos de la jurisdicción especial, por lo demás prohibidos en el artículo 102 de la Constitución, sino integrantes de un ordenamiento extraño al del Estado, al igual que las Cortes de Justicia de las Comunidades Europeas (11). A su vez, conviene destacar que la unificación jurisdiccional contemplada en la Constitución de 1978 no ha sido la primera que regulara un Texto fundamental en nuestro país, así, la Constitución de 1876 dispuso en su artículo 75 que: «un solo fuero regirá para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales»; lo que no impidió que el Decreto-ley de 6 de diciembre de 1868 —conocido bajo el nombre de Ley de Unificación de Fueros— continuara reservando a los Tribunales canónicos las causas en las que se ventilara la aplicación de una ley exclusivamente eclesiástica (12).

Finalmente, la Constitución de 1978 regula en su artículo 16 núm. 3 un sistema de relaciones entre el Estado y la Iglesia católica materializado en la actualidad en los Acuerdos de 1979 en los que la operatividad y competencias de los Tribunales eclesiásticos queda suficientemente definida en el esquema general del ordenamiento, sin que, por consiguiente, pueda estimarse que dicha operatividad implique transgresión alguna del principio de unidad de jurisdicción, pues como afirma López Alarcón, no hay que olvidar que «en los debates parlamentarios de ambas Cáma-

(10) Cfr. LÓPEZ ALARCÓN, *Repercusiones de la Constitución española sobre la jurisdicción matrimonial*, en «El hecho religioso en la nueva Constitución española», (Trabajos de la XVI Semana Española de Derecho Canónico), Salamanca, 1979, pág. 224.

(11) Vid. SPINELLI, *Problematica attuale nei rapporti tra Chiesa e Stato*, Módena, 1974, págs. 231 ss., cit. por LÓPEZ ALARCÓN, *Repercusiones...*, cit., pág. 224.

(12) Cfr. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Ministros de culto*, en «Derecho Eclesiástico del Estado Español», Pamplona, 1983, 2.^a ed., pág. 394.

ras en ningún momento afloró el tema de la jurisdicción eclesiástica, ni para excluirla, ni para aceptarla, lo que revela el convencimiento de los parlamentarios de que constituía materia impropia de la Constitución» (13). Afirmación acertada, pues es precisamente en los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede de 1979 donde comienza a decantarse la función judicial canónica en el nuevo sistema matrimonial patrio.

En efecto, los Acuerdos reseñados suponen, en palabras de Prieto-Castro, la creación de una situación novedosa y, por tanto, distinta en materia de efectos civiles de las sentencias eclesiásticas sobre matrimonio (14), lo que es evidente si se examina el artículo VI núm. 2 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos: «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 eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente». Como puede advertirse, la automática eficacia civil de las sentencias canónicas tal y como se contemplaba en el Concordato de 1953 desaparece, debiendo ahora el Juez civil al examinar la resolución, confrontarla con el Derecho estatal y determinar su ajuste con el mismo. En el Acuerdo se está, por tanto, reconociendo la facultad de solicitar los efectos civiles propios de una sentencia eclesiástica que recaiga sobre el matrimonio celebrado «según las normas del ordenamiento canónico», lo que posibilita que dicha postulación de eficacia radique también en el caso de matrimonio celebrado en forma civil a tenor de las normas del Derecho canónico, partiendo siempre de que la competencia para conocer de las causas de nulidad matrimonial no aparece en el Acuerdo como exclusiva de la jurisdicción canónica sino cumulativa con la civil. Por otra parte, la eficacia civil de las resoluciones canónicas se ve limitada a la nulidad del matrimonio y dispensa «super rato», al quedar excluidas del ámbito de la norma pactada la separación de los cónyuges y los pronunciamientos sobre privilegio Petrino y Paulino. A su vez, la solicitud de efectos civiles es potestativa para ambos esposos como lo demuestra la expresión que utiliza el artículo VI núm. 2 «a solicitud de cualquiera de las partes», sin que, por consiguiente, sea necesario acuerdo entre éstas para instar la ejecución; no obstante, de lo hasta aquí expuesto se deduce que, independientemente de los aspectos concretos abordados, la cuestión de fondo, esto es, el procedimiento y requisitos exigidos para la obtención de eficacia civil de las sentencias eclesiásticas, quedaba en el Acuerdo tratada con

(13) Cfr. LÓPEZ ALARÓN, *Repercusiones*, cit., págs. 226, cit., núm. 75.

(14) Cfr. PRIETO-CASTRO, *Medidas provisionales en las causas matrimoniales. Ejecución de las sentencias de nulidad de matrimonio*, en «Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico», IV, Salamanca, 1980, pág. 49.

una parquedad legislativa que hacía muy difícil la previsión de futuras fórmulas a seguir por la legislación ordinaria, cuyos precedentes vendrán marcados por las conversaciones, poco fructíferas, mantenidas entre el Gobierno y la Nunciatura al estudiar varios borradores de proyectos de ley en los que se contemplaban dos tipos de sentencias canónicas declarativas de nulidad:

1.^º Aquellas que decretaban la nulidad del matrimonio por causas previstas tanto en la legislación canónica como en la civil.

2.^º Otras, en las que se declaraba dicha nulidad en base a un supuesto previsto exclusivamente en el ordenamiento canónico.

En lo referente a las primeras, se preveía la obtención de eficacia civil de forma directa a través de la ratificación del fallo canónico, cosa que a todas luces parece contraria al Acuerdo por disponerse en el mismo, según se apuntó, el control previo del «ajuste al Derecho del Estado».

Por lo que atañe a las segundas, se pretendió que la acción de las partes estuviese encaminada a obtener del Juez civil la cesación de los efectos civiles del matrimonio canónico declarado nulo o disuelto, dejando patente los expertos de la Nunciatura el deseo de que se arbitrara un procedimiento similar al establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la eficacia de las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros, lo que conduce a estimar que el «ajuste» podría discurrir por la esfera estrictamente procesal del ordenamiento del Estado (15).

En este estado de cosas y sin que se alcanzase un acuerdo sólido en las conversaciones previas, la siguiente y definitiva fase será la redacción del artículo 80 y disposición adicional segunda del Código civil a tenor de la reforma operada por ley 30/1981 de 7 de julio, cuyos aspectos más significativos abordamos de forma especial a continuación por considerar que es en ambos preceptos donde se condensa, de manera preferente, la regulación jurídica del tema que sirve de título al presente estudio.

IV. EL ARTICULO 80 Y LA DISPOSICION ADICIONAL SEGUNDA DEL VIGENTE CODIGO CIVIL

a) *Génesis parlamentaria*

El artículo 80 tal y como aparecía redactado en el proyecto de ley enviado por el Gobierno al Congreso para la modificación del Título IV del Libro I del Código civil establecía lo siguiente:

«Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el or-

(15) Vid. GARCÍA FAILDE, *Reconocimiento en el orden civil de matrimonios celebrados según las normas del Derecho canónico y sentencias eclesiásticas de nulidad matrimonial*, en «Revista Española de Derecho Canónico», vol., 38, núm. 110, 1982, págs. 224 y 225.

den civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustadas al Derecho del Estado.

También podrá acudirse directamente al Juez competente pidiendo la cesación de los efectos civiles del matrimonio con el mismo alcance y régimen que la disolución si concurriera alguna de las circunstancias previstas para ella en este Código» (16).

A primera vista resalta la similitud del primer párrafo del proyecto con lo dispuesto en el artículo VI núm. 2 del Acuerdo, hasta el extremo de constituir una copia casi literal del mismo. Sin embargo, el texto transcrita resultaría alterado en base al informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia, que recoge varias enmiendas de diversos grupos políticos y propone una adición al proyecto en el sentido de aludir a los requisitos y condiciones contenidas en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre reconocimiento de resoluciones dictadas por tribunales extranjeros (17); dicho informe, al ser asumido por la Comisión en su dictamen, sustituyendo solamente la expresión «Tribunal civil» por la de «Juez civil» (18), supuso una importante modificación al proyecto gubernamental del artículo 80 C. c., en cuya discusión parlamentaria el diputado socialista, señor Sotillo Martí, haría notar en la sesión del día 25 de marzo de 1981 el malestar de su partido al exponer que el texto de la norma consignado en el Dictamen no reproducía con exactitud la enmienda presentada por su grupo, ya que el precepto tan sólo estaba aludiendo a aspectos procesales, olvidando el Derecho sustantivo del Estado, por lo que insistió en la necesidad de que la sentencia eclesiástica versara para su ejecución civil sobre un capítulo de nulidad canónica comprendido también en el ordenamiento estatal (19). La

(16) *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de Diputados*, I Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 13 marzo 1980, núm. 123-I, pág. 861.

(17) *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de Diputados*, I Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 6 diciembre 1980, núm. 123-I, pág. 868/97.

(18) *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de Diputados*, I Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 30 diciembre 1980, núm. 123-II, pág. 868/28.

(19) Una cuestión similar se planteado en Italia ante el Tribunal Constitucional, concretamente el hecho de si son contrarias a la Constitución las disposiciones del Concordato que imponen a los Tribunales de Apelación italianos el hacer ejecutivas las sentencias de nulidad por causas no previstas en la ley civil, hecho que podría atribuir relevancia en el ordenamiento del Estado —según se discute en la sentencia— a un tipo de matrimonio diverso al reconocido por la Norma Fundamental. El Tribunal Constitucional italiano, en su sentencia núm. 18/1982 —ampliamente comentada por A. REINA, *Matrimonio concordatario y jurisprudencia constitucional (Comentario a las sentencias de la Corte Constitucional Italiana)*, núm. 16/1982 y núm. 18/1982—, en «Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado», (varios autores), Madrid, 1983, págs. 674-730— establecería de forma tácita la no necesidad de coincidencia entre las causas de nulidad de ambos ordenamientos —civil y canónico— para la ejecución de los fallos eclesiásticos sobre matrimonio, aunque también expresamente declaró el alto Tribunal la inconstitucionalidad del artículo 1 de la ley núm. 810 de

pretensión socialista fue rechazada por 172 votos negativos contra 130 a favor, aprobándose finalmente el artículo 80 en unos términos en los que advertimos se ha suprimido el párrafo segundo de su texto originario, inspirado sin duda en la técnica italiana de la «cesación de efectos civiles» para evitar la consecuencia distorsionadora que trae consigo la denegación de eficacia civil a una resolución canónica de nulidad o disolución matrimonial (20).

La disposición adicional segunda será a su vez aprobada en la sesión plenaria del 7 de abril de 1981 (21), no sin antes haber expuesto en la misma el señor De la Vallina Velarde, de Coalición Democrática, su posición al texto por considerarlo contrario al Acuerdo Jurídico (22), a lo que sería respondido por el portavoz del grupo gubernamental, señor Escartín Ipiéns, negando que existiera disparidad alguna entre el Acuerdo y la disposición, pues ésta —afirmó— no era más que el desarrollo «del modo o procedimiento de declarar ajustada al Derecho del Estado la sentencia canónica... Aquí hemos determinado cuál es el procedimiento para

1929 y del párrafo segundo del artículo 17 de la ley núm. 847 de 1929, «en la medida en que tales normas no prevén que a la Corte de Apelación, en el acto de hacer ejecutiva la sentencia eclesiástica declarativa de la nulidad del matrimonio canónico transcrita a los efectos civiles, le corresponde comprobar que en el procedimiento ante los tribunales eclesiásticos se haya asegurado a las partes el derecho de actuar y resistir en juicio en defensa de los propios derechos, y que la sentencia misma *no contenga disposiciones contrarias al orden público italiano* —pág. 44 del texto literal del fallo—. Vid., asimismo, S. LENER, *In merito alle recenti sentenze della Corte Costituzionale sul matrimonio concordatario*, en «La Civiltà Cattolica», 15 maggio, 1982, pág. 344.

(20) Para SANCHÓN REBULLIDA —*Comentario al artículo 80 C. c.*, en «Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil», Madrid, 1982, págs. 500-501—, el párrafo segundo del artículo 80 del Proyecto «respondía con plena coherencia interna, a una de las posibles interpretaciones —y desarrollo unilateral— del ambiguo artículo VI.2 del Acuerdo; concretamente, a la interpretación y desarrollo consistentes en referir la declaración judicial civil, condicionante de la eficacia civil de la resolución eclesiástica, de estar ajustadas al Derecho del Estado, *al fondo, sustutivo y procesal de esta homologación...* Y de aquí el párrafo segundo del artículo 80 del Proyecto, ni asistemático ni incongruente. Su autor se dio cuenta de que, en la hipótesis homologación de fondo, muchas sentencias canónicas de nulidad se declararían no ajustadas al Derecho del Estado; y que las dispensas pontificias *super rato* nunca podrían declararse ajustadas... Pero, en todos estos supuestos la negativa de eficacia civil a la resolución eclesiástica de nulidad o a la dispensa pontifical de matrimonio rato y no consumado se referirían a matrimonios canónicos inscritos, productores, por tanto, de efectos civiles, lo cual conduciría a la figura de matrimonios canónicamente inválidos o disueltos y, sin embargo, civilmente eficaces (impedientes, por ejemplo, de ulteriores nupcias de los contrayentes con tercero). El remedio, denegada la eficacia civil de la resolución canónica, no podría ser tampoco el divorcio: ¿cómo disolver un no matrimonio o un matrimonio ya disuelto?... El remedio técnico más idóneo era pedir al Juez civil que cesasen los efectos civiles de aquel matrimonio puramente registral, no real, que, sin embargo, los producía. No había en ello, insisto, ni eufemismo ni distonía sistemática».

(21) *Diario de Sesiones del Congreso de Diputados*, núm. 157, pág. 9735.

(22) *Diario de Sesiones del Congreso de Diputados*, núm. 157, pág. 9733.

que el Juez civil declare ajustada al Derecho del Estado la resolución de la misma, y este procedimiento está acordado como si fuera la ejecución de la sentencia de un tribunal extranjero, dentro de las normas del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (23).

Posteriormente, el Senado propuso alguna enmienda entre las que destacó la relativa a la supresión de la referencia al artículo 954 LEC y la audiencia «a los interesados», lo que sería rechazado por el Congreso —DSCD núm. 1.178, 22 de junio 1981, página 10684—. Sin embargo, el texto que apareció en el «Boletín Oficial del Estado» fue el propuesto por el Senado y no el del Congreso (24), quedando el contenido de la adicional segunda redactado en los siguientes y definitivos términos:

«1.º Correspondrá el conocimiento de las demandas en solicitud de la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado al Juez de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal, y si los cónyuges residieran en distintos partidos judiciales, al de la misma clase del último domicilio del matrimonio o del lugar de residencia del otro cónyuge, a elección del demandante.

2.º Presentada la demanda por cualquiera de las partes, el Juez dará audiencia por el plazo de nueve días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal; y si, no habiéndose formulado oposición, aprecia que la resolución es auténtica y ajustada al Derecho del Estado, acordará por auto la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica, procediendo a su ejecución con arreglo a las disposiciones del Código civil sobre las causas de nulidad y disolución.

3.º Contra el auto que dicte el Juez no se dará recurso alguno, pero si fuera denegatorio o se hubiera formulado oposición, quedará a salvo el derecho de las partes y del Fiscal para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente.»

Entendemos, sin embargo, que este «descuido administrativo» —no correspondencia entre el texto aprobado de la adicional segunda y el publicado en el «B. O. E.»— pierde entidad si se compara con lo que podría calificarse de «imperfección necesaria»

(23) Sesión Plenaria del día 7 de abril de 1981, *Diario de Sesiones del Congreso de Diputados*, núm. 157, pág. 9734.

(24) Cfr. NAVARRO VALLS, *El matrimonio*, en «Derecho Eclesiástico del Estado Español», Pamplona, 1983, 2.^a ed., pág. 461. El mismo autor desarrolla más ampliamente su pensamiento sobre el tema en, *La posición jurídica del matrimonio canónico en la ley de 7 de julio de 1981*, en «Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado», cit., págs. 491 ss.

del artículo 80 C. c. en relación con la adicional segunda del Código. En efecto, el texto definitivo de ambos preceptos no es armónico al no aludir, según acabamos de ver, la adicional segunda al artículo 954 L.E.C., que sí se menciona en el artículo 80 C. c. ¿Quiere esto decir que el criterio del Senado solicitando la supresión del 954 L.E.C. en la adicional segunda era incorrecto? En nuestra opinión la postura de la Cámara Alta fue perfectamente acorde con la más estricta lógica jurídica al pedir fuese suprimido del texto de la disposición el 954 L.E.C., puesto que el mismo no debía ser de aplicación —pese a la mención expresa del artículo 80 C. c.— al ser subsidiario de 1951 L.E.C. Nótese que en el primer párrafo del 954 L.E.C. se establece: «Si no estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos anteriores, las ejecutorias...», cosa que no ocurre en el supuesto contemplado en el que ciertamente existe el tratado internacional de que habla el 951 L.E.C. (25) —el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos tiene, como después se verá, rango de tratado internacional— y se cumple lo prescrito en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la aplicación de este último. Lo que sucede es que, según lo expuesto, de operar el 951 L.E.C. con su remisión al Acuerdo, el tema de la ejecución no habría quedado siquiera abordado debido a que en dicho Acuerdo no hubo referencia alguna al procedimiento a través del cual las sentencias canónicas obtendrían eficacia en el orden civil —de ahí nuestra calificación de «imperfección necesaria» a la cometida en el artículo 80 C. c.—, disponiéndose solamente que aquéllas habrían de ajustarse al Derecho del Estado; será, pues, el «ajuste» o lo que deba entenderse por tal, el instrumento básico que determine la operatividad de los fallos canónicos sobre nulidad y dispensa «super rato» en el fuero civil, lo que obliga seguidamente a abordar su tratamiento.

b) *El «ajuste» al Derecho del Estado*

Las modificaciones sufridas por el texto del artículo 80 C. c. y disposición adicional segunda del proyecto del Gobierno hasta su definitiva publicación en el «Boletín Oficial del Estado» brindan elementos de juicio sumamente expresivos para comprender la complejidad de los preceptos en cuestión, complejidad que en su mayor parte viene determinada por la exigencia del «ajuste» al Derecho del Estado de la resolución canónica de nulidad o dispensa de matrimonio rato y no consumado para la obtención de eficacia civil. Este requisito, que altera sustancialmente el sistema concordatario anterior sobre ejecución de sentencias eclesiásticas, implica un control parejo en cierta medida al establecido en el artículo 63 C. c. para el acceso al Registro del matrimonio cele-

(25) En idénticos términos se manifiesta BONET NAVARRO, *Comentario a la disposición adicional segunda del Código civil*, en «Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil», cit. pág. 963.

brado en forma religiosa acatólica o según las normas del Derecho canónico (26), aunque ciertamente no desprovisto de una cierta dosis de confusionismo motivado por la equivocidad intrínseca del término «ajuste» empleado para aludir a un ámbito que excede de los límites propios del ordenamiento jurídico interno, tal y como ocurre con la normativa canónica (27).

De las múltiples y variadas interpretaciones doctrinales adelantadas sobre este punto, destaca sobre todas una estrechamente conexa a las argumentaciones parlamentarias que postularon la necesidad de entender el «ajuste» como sinónimo de coincidencia entre las causas de nulidad canónicas y civiles (28). Sin embargo, esta posición plantea cuestiones nada fáciles de solucionar, pues —como apunta Bernárdez (29)—, entre otras, éstas serían sus consecuencias:

«1.º La extraordinaria dificultad práctica de que una sentencia canónica pueda acoplarse a las previsiones legales del Derecho civil habida cuenta de la diversidad existente entre una y otra normativa, con lo que las previsiones concordatoria y civil sobre la eficacia de estas sentencias devendría en la mayoría de los casos inoperante.

2.º La anomalía que supondría mantener como eficaces civilmente matrimonios supuestamente canónicos, pero que consta no han sido contraídos según las normas del Derecho canónico (artículo 60 C. c.).

3.º Suscitar un clima de perplejidad e inseguridad jurídica en los litigantes a quienes se les ha reconocido el derecho a accionar ante la jurisdicción canónica para después encontrar defraudado su interés por la denegación de ajuste de la sentencia.»

Tales dificultades explican la escasa acogida que la tesis reseñada obtendría dentro del abanico doctrinal que acompañó a la entrada en vigor del artículo 80 y disposición adicional del Código civil y en el que, aparte de la expuesta, sobresalieron dos posiciones antitéticas:

1.ª La de aquellos autores que estimaron el ajuste referido al Derecho procesal interno y todo ello en base a la alusión expresa del artículo 80 C. c. al 954 L.E.C. (30).

2.ª La seguida por otro sector doctrinal que entendió el ajuste como un control sobre el fondo de la sentencia canónica, sin que el mismo implicase necesariamente coincidencia entre ambos

(26) Cfr. BERNÁRDEZ, *La «declaración de ajuste» en el contexto del sistema matrimonio español*, en «Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado», cit., págs. 51-52. Asimismo, JORDANO BAREA, *El nuevo sistema matrimonial español*, en «Anuario de Derecho Civil», 1981, pág. 918.

(27) Vid. PRIETO-CASTRO, ob. cit., pág. 43.

(28) Vid. E. VALLADARES, *Nulidad, separación y divorcio, Comentarios a la ley de reforma del matrimonio*, Madrid, 1982, pág. 55.

(29) Cfr. BERNÁRDEZ, ob. cit., pág. 53.

(30) Vid. LACRUZ-SANCHO, *Derecho de Familia*, Barcelona, 1982, pág. 204; LÓPEZ LEÓN, *Lecciones de Derecho civil, El matrimonio*, Sevilla, 1982, pág. 58.

ordenamientos, sino más bien una homologación que asegurara la no divergencia sustancial del fallo canónico con el Derecho del Estado, o lo que es lo mismo, la coincidencia «in abstracto» de ambos sistemas —civil y canónico— (31).

En nuestra opinión la primera postura, al hacer referencia exclusiva al aspecto procesal del tema, olvida la conexión de este último con la misma sustancia del ordenamiento, que constituye además su razón de ser. A su vez, conviene observar que la remisión expresa del artículo 80 C. c. al 954 L.E.C. —independientemente de lo apuntado ya sobre la cuestión en el apartado anterior— no supone descartar otros conceptos jurídicos ajenos al plano procesal, pues, como afirma Navarro Valls, las condiciones exigidas por el artículo 954 L.E.C.: «hay que interpretarlas a la luz de la *mens legislatoris* que subyace en el sistema entero, teniendo en cuenta su específica lógica interna, que, no se olvide, es propiciar al máximo la tutela jurisdiccional de los derechos individuales» (32) lo que pensamos obedece a la necesidad de una consideración más amplia y precisa que el mero cumplimiento de las disposiciones previstas en un precepto de alcance estrictamente procedural. Por último, si la alusión al «Derecho del Estado» contenida en el Código civil se agotase en la normativa procesal, nada hubiera sido más fácil para el legislador que mencionarlo expresamente en el texto, a sabiendas, eso sí, del riesgo que dicha alusión implicaría, por carecer de encuadre en su restringido margen todas aquellas normas constitucionales que al referirse al hecho religioso pudieran tener indirecta aplicación sobre el caso.

En lo concerniente a la segunda teoría, su aplicación parece vaciar de contenido la potestad jurisdiccional reconocida a los Tribunales eclesiásticos en el Acuerdo, ya que una revisión de fondo del fallo canónico implica la reconducción de la causa a un nuevo proceso en el que además de vulnerarse el efecto de «cosa juzgada» se estaría decidiendo, no la ejecución de la sentencia eclesiástica, sino la existencia de alguna circunstancia invalidante similar a las contempladas por la legislación civil; asimismo, la cuestión puede presentar matices mucho más problemáticos en el supuesto de que la decisión canónica hubiese recaído sobre dispensa de matrimonio rato y no consumado cuyo encuadre jurídico —independientemente de su alusión expresa en el Acuerdo— se halla ubicado de forma exclusiva en la normativa canónica, y es que, como sostiene Bernárdez, la tendencia analizada «a fuerza de infravalorar la consideración civil del matrimonio canónico, en sede de matrimonio *in fieri*, por pretendidas exigencias constitucionales y democráticas, entorpece y limita al máximo la ejecución de una sentencia de nulidad, reduciendo la actividad jurisdiccional canónica a una función preparatoria o arbitral de la homologación civil» (33).

(31) Vid. JORDANO BAREA, ob. cit., pág. 918; Vid. BERNÁRDEZ ob. cit., pág. 54.

(32) Cfr. NAVARRO VALLS, *El matrimonio*, cit., pág. 461.

(33) Cfr. BERNÁRDEZ, ob. cit., pág. 56.

Por su parte V. Reina ofrece una tesis que puede calificarse de ecléctica con respecto a las aquí tratadas. Parte el autor de la evidente necesidad por el Juez civil de una revisión de los documentos presentados en demanda de la eficacia que se solicita, para después centrar el «ajuste» en los «efectos secundarios» que suele contener la sentencia canónica, y que inciden de forma más o menos amplia en cuestiones que podríamos denominar «materia civil»: prohibiciones para contraer ulteriores nupcias —impotencia, exclusión de elementos esenciales del matrimonio—, determinaciones relativas a las relaciones paterno-filiales —guardia y custodia de los hijos, educación católica—, etc. (34). Dentro de esta misma línea, para De Diego Lora no cabe hablar de «ajuste» tratándose del «efecto o causa principal» —nulidad y disolución en el sentido estricto del artículo VI del Acuerdo— (35), respecto del cual es preferible el término «juicio de verificación» que deberá versar acerca de si la resolución canónica recae sobre nulidad o dispensa «super rato», si tales resoluciones fueron consecuencia del ejercicio de una acción personal y, finalmente, sobre si la eficacia en el orden civil fue asimismo solicitada por uno de los contrayentes.

Como podrá apreciarse, y a la vista de las dispares posiciones doctrinales, no resulta sencillo emitir un juicio apodíptico que supere unas y otras. No obstante, sí cabe una aproximación valorativa que siente las directrices generales por las que el tema del «ajuste» deba, en nuestra opinión, discurrir, baste para ello llamar la atención sobre el pretendido carácter procesalista que según vimos reviste en cierta medida el artículo 80 C. c. por su remisión expresa al 954 L.E.C., aunque sin olvidar otros aspectos que apuntan directamente hacia la vertiente del orden público que perfila la disposición adicional segunda del Código. La dificultad estribará en concretar el contenido y finalidad de aquel concepto, para lo cual nos parece que la posición de Navarro Valls pone el problema en vías de satisfactoria aclaración, pues conceptúa la noción orientándola a «eliminar el desajuste de la decisión eclesiástica con situaciones o bien consolidadas por los propios contrayentes en el marco del Derecho civil o bien con él contrastantes. Circunstancia que concurriría, por ejemplo, en la sentencia canónica de nulidad dictada por existencia de impedimento canónico no dispensado en esta sede, pero sí en la esfera civil, y que, en las circunstancias del artículo 48 *infine*, ha producido ya su convocatoria civil; o en aquélla que decidiera la nulidad de un matrimonio ya anulado en sede civil o allí disuelto, lo que, por lo demás, será excepcional si la voluntad de los contrayentes se ha decantado en el ejercicio de su opción ante la jurisdicción civil,

(34) Cfr. V. REINA, *El sistema matrimonial español*, en «Los acuerdos concordatarios españoles y la revisión del concordato italiano», Barcelona, 1980, págs. 384-385.

(35) Cfr. DE DIEGO LORA, *La eficacia en el orden civil de las resoluciones eclesiásticas en materia matrimonial*, en «Ius Canonicum», 1979, pág. 226.

salvo el supuesto de disolución del matrimonio por declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, que opera *ex lege* por descripción del artículo 85 del Código civil; o bien que declarara válido por la vía del recurso de revisión canónica un matrimonio canónico cuya nulidad ya se ejecutó civilmente con anterioridad» (36). Por su parte, la jurisprudencia italiana se ha pronunciado en igual sentido al declarar la imposibilidad de ejecutar civilmente una sentencia canónica que virtud a un proceso eclesiástico de revisión vendría a revocar otra contraria sobre el mismo objeto y que en su día recibió la ejecución civil (37). No creemos, que quepa afirmar que tal conceptuación implique trasgredión de principios constitucionales, dado que la eficacia civil de la sentencia canónica viene a potenciar una mayor autonomía de las partes a la hora de solventar ante la jurisdicción eclesiástica las causas matrimoniales, hecho que a su vez confirma la operatividad del principio de libertad religiosa entendido como pauta a seguir por el Estado para el reconocimiento y garantía jurídica necesaria en orden al logro de una plena inmunidad de coacción en materia religiosa en pro de los ciudadanos y las confesiones frente a los demás y al propio Estado (38).

Según esto, la mención expresa que hace el Código civil del artículo 954 de la Ley procesal aparece asimismo como pieza clave en el mecanismo del «ajuste», al encauzar las pautas procedimentales que configuran el proceso de ejecución de la sentencia o resolución canónica en sede civil. Dos serían, pues, los requisitos que esta última debe reunir para verse dotada de los efectos prescritos en la ley:

1.º Su no colisión con el orden público.

2.º El cumplimiento de las condiciones a las que hace referencia el artículo 954 L.E.C.

Dos presupuestos que, por lo demás, creemos íntimamente conexionados en base a una relación de estricta dependencia de lo dispuesto en el 954 L.E.C. con respecto al orden público interno, pues resultaría ilógica la comprobación de unas exigencias procesales a cumplir por una decisión que colisionara con alguno de los supuestos ya estudiados y que configuran el ámbito del orden público sobre el tema.

Esto sentado, procede analizar ahora el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuyo texto es el siguiente:

(36) Cfr. NAVARRO VALLS, *El matrimonio*, cit., págs. 464-465.

(37) Sentencia de la Sección 1.ª de civil de la Corte de Casación de 9 de agosto de 1977, núm. 3638 y de 29 de noviembre de 1977, núm. 5188 («Il Diritto Eccl.»), II, 1978, págs. 115, 134 ss.

(38) Vid. VILADRICH, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español*, en «Derecho Eclesiástico del Estado Español», Pamplona, 1983, 2.ª ed., 210; R. BROTONS, *Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1974, págs. 224 ss.

«Si no estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes:

- 1.^a Que la ejecutoria haya sido directa a consecuencia del ejercicio de una acción personal.
- 2.^a Que no haya sido dictada en rebeldía.
- 3.^a Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España.
- 4.^a Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haya fe en España.»

La primera condición no debe entrañar especiales dificultades, ya que toda causa canónica sobre nulidad o dispensa de rato es resuelta en base a una acción personal, entendiendo por tal, según se verá, incluso la instada por el Fiscal canónico.

La segunda, al disponer expresamente que la sentencia no haya sido dictada en rebeldía, intenta neutralizar aquellas situaciones que despojen al demandado de su derecho a defenderse, en este caso, en el proceso canónico. Sin embargo, esta razonable pretensión —que cierra el paso a actuaciones que conculan el derecho que asiste a cada parte a ser oída en juicio— podría convertirse, como no sin razón ha expuesto cierto autor, en un «arma de la que abuse el demandado para, dejando de comparecer en el juicio eclesiástico y provocando de este modo que se le declare en rebeldía, evitarse las consecuencias *civiles* que le seguirían en la ejecución, a efectos civiles, del fallo canónico y obligar a la otra parte a seguir, acaso violentando su conciencia o por lo menos haciendo dispendios económicos y experimentando molestias, otro pleito civil, para obtener los efectos civiles que con su favorable sentencia eclesiástica no puede obtener por esa mala fe de la otra parte» (39). Conviene no obstante contrastar esta posición tanto con la regulación procesal que de la rebeldía sienta el ordenamiento canónico como con la interpretación misma que nuestro Tribunal Supremo ha dado de idéntica cuestión. En efecto, para el Derecho canónico la contumacia no siempre ha de proceder del demandado sino también del demandante, existiendo una figura procesal calificada por la doctrina de «intermedia» y constituida por la «sumisión a la justicia del Tribunal» (40), asimismo la rebeldía puede ser sobrevenida, en cuyo caso es muy dudoso que el declarado rebelde no haya tenido oportunidad de defensa en juicio. Por otra parte, y como afirma Navarro Valls, es preciso tener en cuenta el sentido otorgado por la jurisprudencia civil al número dos del artículo 954 L.E.C., ya que el Tribunal Supremo ha hecho notar que lo que se pretende con esta norma «es la observancia del principio jurídico procesal de que nadie puede ser

(39) Cfr. GARCÍA FAILDE, ob. cit., pág. 232.

(40) Ibíd., pág. 232.

condenado en juicio sin previa oportunidad de audiencia. De modo que siempre que tal oportunidad haya sido ofrecida a la parte ausente en el proceso canónico, la rebeldía no debe repercutir en la homologación civil» (41).

La tercera condición alude a que la obligación dimanante de la resolución a ejecutar sea lícita en España. Aquí y ante todo cabe preguntarse a qué condición se refiere el texto en el caso que nos ocupa: ¿tal vez a la nulidad misma? Si así fuera toda sentencia que declarase la nulidad de un matrimonio, independientemente del tribunal que hubiese dictado el fallo, sería lícita, pues la nulidad obviamente aparece configurada en el ordenamiento como necesaria consecuencia de la incidencia en ciertos negocios jurídicos de vicios previstos dentro del propio sistema. En nuestra opinión por «licitud» no ha de entenderse otra cosa que el derecho propio de las partes a solicitar de los Tribunales eclesiásticos la nulidad o dispensa «super rato», lo que ya confirmara en 1933 el auto del Tribunal Supremo de 13 de julio, al sentar que «licitud» supone «eludir los preceptos imperativos procesales de nuestra legislación para obtener al amparo de otra extranjera posiciones más ventajosas y venir luego a solicitar en España la eficacia ejecutiva de una sentencia que en esta nación no era probable conseguir». Es decir, puede razonablemente afirmarse que el hecho de solicitar la nulidad o dispensa «super rato», lejos de contravenir norma procesal alguna, implica el pleno ejercicio de una facultad reconocida en un Tratado internacional —el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede tiene tal carácter, según ha reconocido recientemente el Tribunal Constitucional en su sentencia de 12 de noviembre, núm. 66/1982, sobre la que más adelante habremos de volver— e incluso en nuestra legislación ordinaria, que contempla la posibilidad en el artículo 80 y adicional segunda del Código civil. Igualmente, cuando el Tribunal Supremo habla de obtención de un fallo en base a una legislación ajena a la española por ser en ésta difícil la concesión de la sentencia pretendida, no se está en el caso de los pronunciamientos eclesiásticos, al ser precisamente la libertad de los cónyuges la que determina el órgano —civil o canónico— ante el cual habrán de acudir en demanda de nulidad o dispensa «super rato» (42). Cabe por último preguntarse si el acceso al fuero canónico no supondría tal vez una vía «más cómoda» para los cónyuges, sobre todo teniendo en cuenta el tratamiento más amplio —o más bien, más elaborado— que el sistema canónico otorga a la nulidad matrimonial. Aquí conviene dejar bien sentado que el proceso eclesiástico de nulidad y dispensa de matrimonio rato y no consumado no tiene tanto su justificación en criterios

(41) Cfr. NAVARRO VALLS, *El matrimonio*, cit., pág. 462.

(42) Artículo 80 y disposición adicional segunda del Código civil, además de lo dispuesto en el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 1979 en su artículo VI.

de conveniencia como de conciencia, criterios amparados a su vez por el artículo 16 de la Constitución, que consagra el derecho a la libertad de conciencia y religiosa como principios informadores del Derecho eclesiástico español. Y si hubiera que remitirse al concreto casuismo de las causas de nulidad canónicas habría que decir al respecto con Albaladejo que la mayor configuración jurídica de aquéllas en el ordenamiento de la Iglesia es producto de «una mayor exigencia del Derecho canónico para la validez del matrimonio» en su fase constitutiva (43).

Por último, la circunstancia cuarta del precepto procesal, al igual que la primera, consigna un presupuesto cuya aplicación al caso que nos ocupa no reviste serios problemas al tratarse de una disposición encaminada a la mera aseveración en sede civil de la autenticidad de la sentencia eclesiástica junto al carácter ejecutivo de la misma, para lo que bastará una remisión a lo dispuesto en materia procesal por el ordenamiento canónico en base a una actividad «administrativa» de comprobación de los requisitos exigidos llevada a cabo por el Juez civil (44).

En síntesis y para concluir, puede decirse que en el proceso de ejecución civil de las sentencias canónicas se plasman exigencias diversas cuya conjunción supone el presupuesto necesario para la obtención de la tutela jurisdiccional a favor del cónyuge peticionario de los efectos reconocidos en el ordenamiento estatal a las resoluciones eclesiásticas, efectos que habrán de ser admitidos y resueltos por el Juez civil en base a la citada tutela que, por otra parte, reconoce la Constitución en su artículo 24, sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse nuestro Tribunal Constitucional en la aludida sentencia núm. 66/1982 de 12 de noviembre. En ella el alto Tribunal analiza el supuesto de la denegación de efectos civiles a una sentencia de nulidad canónica que cumple los requisitos establecidos por la legislación estatal, y partiendo de que el Acuerdo Jurídico de 1979 tiene rango de auténtico tratado internacional —insertándose, pues, en el ámbito del artículo 94 de la Constitución—, concluye otorgando el amparo solicitado, disponiendo la remisión de los autos al Juzgado de Primera Instancia que dictó la resolución recurrida a fin de que proceda a la ejecución del fallo canónico según el Derecho del Estado que resulte aplicable al caso, todo ello no sin antes haber puntualizado en los fundamentos jurídicos de la sentencia que «si bien no aparecen indicios de violación del artículo 16,3 de la Constitución española, pues la cooperación del Estado con la Iglesia católica no implica automatismo en el reconocimiento de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos ni se ve de qué modo la negativa al reconocimiento de efectos civiles daña el principio de

(43) Cfr. ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, Barcelona, 1982 pág. 111.

(44) Vid. GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. II, Madrid, 1982, arts. 42 a 107, pág. 255.

igualdad del artículo 14 de la propia Constitución, ya que, antes al contrario, el fundamento de la resolución contra la que se ejerce el amparo es el de sometimiento de todos los tribunales españoles al Derecho del Estado, el precepto que puede verse afectado es el del artículo 24, en cuanto garantiza a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, lo que implica el reconocimiento de los efectos de las resoluciones de los Tribunales predeterminados por la ley por todos los órganos del Estado. Si el reconocimiento a los católicos de someter sus relaciones matrimoniales a los Tribunales eclesiásticos aparece mencionado en la legislación aplicable y si, por otra parte, la obligación de reconocer los efectos civiles de las correspondientes resoluciones aparece también declarada, la negativa a proceder de esta suerte por parte de un órgano del Estado, cuando se dan las circunstancias exigidas por dicha legislación, debe ser remediada, aparte del problema de la constitucionalidad misma de la norma de donde resulten aquellos derechos o, dicho de otro modo, la constitucionalidad del Acuerdo entre España y la Santa Sede a que nos venimos refiriendo...» (45).

V. NATURALEZA JURIDICO-CIVIL DE LA SENTENCIA CANÓNICA CUYA EFICACIA ESTATAL SE SOLICITA A TENOR DE LO DISPUESTO EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA DEL CODIGO CIVIL.

En el trámite de debate parlamentario del actual artículo 80 C. c., una de las cuestiones incidentalmente abordadas fue la posición jurídica que dentro del ordenamiento estatal ocupan los Tribunales eclesiásticos en lo relativo a las causas de nulidad y dispensa «super rato». El tema tiene, sin duda, interés ya que la naturaleza jurídica que desde el punto de vista civil se atribuya a los órganos jurisdiccionales canónicos repercute con mayor o menor intensidad en el encuadre valorativo de las sentencias y resoluciones dictadas por los mismos dentro de la normativa estatal. Por de pronto, en el curso de la intervención del señor Escartín Ipiéns, que precedió a la aprobación del artículo 80 C. c., el ponente de la mayoría del Congreso adelantó que sería inexacta la interpretación que calificara a los Tribunales eclesiásticos como si de Tribunales extranjeros se tratase, precisando, al tiempo, su posible naturaleza arbitral, sin duda influenciado por algunas interpretaciones insinuadas por la doctrina italiana en el ámbito de la polémica sobre la revisión del Concordato italiano de 1929 (46). Lógicamente tal juicio implica asignar a las decisiones judiciales canónicas la naturaleza de auténticos laudos arbitrales de obligado

(45) Sala Segunda, Recursos de Amparo núm. 131/1982, Sentencia número 66/1982, de 12 de noviembre, «BOE» de 10-XII-82, supl. al núm. 296.

(46) Cfr. NAVARRO VALLS, *El matrimonio*, cit., pág. 457.

cumplimiento, cuya razón de ser residiría en el respeto a la voluntad acorde de los cónyuges a la hora de someter el matrimonio en su momento extintivo a instancias ajenas a la jurisdicción civil (47). Sin embargo, atentamente considerada la cuestión en el marco de la actual regulación, no aparece estrictamente exacta tal valoración, que tampoco fue, paradójicamente, acogida por la jurisprudencia italiana, que en su sentencia de 27 de julio de 1933, negó a las sentencias eclesiásticas sobre matrimonio el calificativo de laudos arbitrales, precisando que: «Basta appena rilevare che le parti adicono in Tribunale ecclesiastico nell'essercizio della sua attività giurisdizionale, quale è regolata dal Codice di diritto canonico, per escludere senz'altro che possa la sua decisione qualificarsi come arbitrato libero, il quale per sua intrinseca essenza ha il suo presupposto in un incarico, con quale al terzo scelto parti è attribuito il potere stesso di accertamento negoziale di spettanza delle parti, ciò che esclude ogni funzione giurisdizionale» (48).

Sin duda existe cierta analogía entre las resoluciones eclesiásticas y la figura del laudo arbitral, pues en ambos supuestos la actividad desarrollada por el Tribunal canónico y el árbitro no es propiamente jurisdiccional sino configuradora de un poder de decisión atribuido por la voluntad de las partes. Pero esta analogía no permite conclusiones apodípticas que asimilen unas y otras, pues, como ha puesto de manifiesto la doctrina procesal, existen importantes diferencias entre la actividad desarrollada por los árbitros y las que ejercen los Tribunales eclesiásticos, ya que no conviene olvidar que la jurisdicción canónica es necesaria e inderogable, mientras que la de los árbitros es electiva tanto en su origen como en su eficacia; los Tribunales eclesiásticos solamente derivan sus poderes del Derecho de la Iglesia, están sustraídos a todo control por parte de los órganos del Estado, y están sujetos a las normas del Derecho procesal del Estado las que regulan la actividad del colegio arbitral (49). Por su parte y como hace años puso de relieve López Alarcón, «falta un requisito esencial —en la sentencia canónica—, que ya apuntó Jemolo para toda composición privada, y es el *animus* que debe existir en las partes y en el que decide la controversia dirigida al fin de constituir y obrar, respectivamente, como órgano arbitral de la ley civil y tal *animus* ha de exirse aquí con mayor rigor en cuanto se opera una conversión del negocio jurídico» (50).

(47) Postura que tendría un dudoso encuadre puesta en relación con el orden público español.

(48) Sent. de 27 de julio de 1933, cit. por LÓPEZ ALARCÓN, *La ejecución de sentencias en el Derecho canónico y sus aspectos civiles*, en «Revista Española de Derecho Canónico», vol. XXVI, núm. 73, 1970, pág. 325.

(49) Cfr. COLELLA, *Sulla rilevanza statuale dell'attività svolta nel processo ecclesiastico matrimoniale*, Nápoles, 1964, págs. 67-69, cit. por LÓPEZ ALARCÓN, *La ejecución...*, cit., pág. 325.

(50) Cfr. LÓPEZ ALARCÓN, *La ejecución...*, cit., págs. 325-326.

En conexión con estos datos —sobre los que emitiremos postura— será también necesario preguntarse ¿cuál será la naturaleza jurídica de la resolución eclesiásticas cuya ejecución civil se solicita? Para responder a dicho interrogante es preciso traer a colación el cambio operado en la legislación española por la Ley 30/1981, que según vimos abroga el sistema concordatario de ejecución de sentencias canónicas sustituyéndolo por un procedimiento autónomo de carácter jurisdiccional en el que los Tribunales del Estado deciden sobre la ejecución eclesiástica a través de la vía del «ajuste».

Por de pronto este sistema instaura un procedimiento peculiar que no tiene correlato en nuestra legislación civil anterior y en el que la sentencia canónica alcanza operatividad civil a través de la mera solicitud de una o ambas partes, que verán o no reconocida su pretensión en base a una actuación judicial que sin entrar en el fondo de la sentencia canónica analizará su armonía con los principios configuradores del orden público y los requisitos establecidos en el artículo 954 L.E.C., sin que en ningún caso lo acordado por el fallo canónico determine el contenido del auto que habrá de dictar el Juez de Primera Instancia o de Familia, quien aceptará para este procedimiento la sentencia canónica sólo en cuanto a las declaraciones que constituyan los elementos fácticos que configurarán el proceso de ejecución. De ahí que pueda concluirse que la resolución eclesiástica tiene la naturaleza jurídica de mero presupuesto de hecho constitutivo de un procedimiento de carácter específico; presupuesto de hecho dada la no vinculación del Juez civil por la parte dispositiva de la sentencia canónica, aunque la misma suponga a su vez el requisito previo y determinante del procedimiento que con ámbito exclusivo para este caso —ejecución de resoluciones sobre nulidad y dispensa «super rato»— consagra la adicional segunda del Código civil. La naturaleza jurídica del procedimiento será cuestión diversa. De lo aportado se desprende su intrínseca peculiaridad que descarta el calificativo de simple exequatur, lo que implicaría identidad entre los Tribunales eclesiásticos y extranjeros, cosa que debe rechazarse a la luz tanto de las apreciaciones parlamentarias como doctrinales, pero, al tiempo, no puede dejar de anotarse una cierta similitud entre este tipo de proceso y el establecido para la eficacia civil en España de las sentencias dictadas por la jurisdicción extranjera, aspecto que aconseja traer a colación la postura que adoptara el Tribunal Supremo cuando en su sentencia de junio de 1966 calificara de «trámite de naturaleza especialísima el llamado de ejecución, a efectos civiles, de una sentencia firme eclesiástica». Puesto esto en relación con el lugar que dentro de nuestro ordenamiento en vigor haya de asignarse a los Tribunales eclesiásticos, se observa cómo su jurisdicción constituye una categoría autónoma con respecto a la estatal, legitimada por lo dispuesto en un acuerdo internacional y cuyo ámbito no ha de entrar en colisión con el de los órganos judiciales del Estado, al existir una diferenciación en-

tre los fueros civil y canónico por razón del origen, por el objeto y por el fin (51), lo que no impide que ambos puedan recaer sobre un mismo súbdito mezclándose, aunque sin confundirse ni desnaturalizarse recíprocamente (52).

VI. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES

Analizados los aspectos sustantivos más de nota que la ejecución civil de sentencias y resoluciones canónicas plantea en el marco de la última reforma del Código civil, todavía se hace necesario algún apunte sobre la vertiente procesal del tema. Si la pretensión de este trabajo en su ámbito sustantivo era meramente clarificadora de las cuestiones que vienen preocupando a la doctrina, en su sentido procesal es simplemente descriptiva, sin que ello sea obstáculo para precisar alguna observación crítica incidental. Prescindiendo aquí de ciertos aspectos que aparecen claros en la ley —competencia, que viene atribuida a los Jueces de Primera Instancia o de Familia, si los hubiere; objeto del procedimiento, exclusivamente circunscrito, como se dijo, a las sentencias de nulidad y resoluciones de «rato», sin que quepa su extensión a otros pronunciamientos canónicos en la esfera matrimonial: separación, privilegios Paulino y Petrino, etc.— haremos tan sólo algunas referencias a las partes, tramitación del proceso, resolución y recursos.

Respecto a la primera cuestión, los cónyuges, junto al Ministerio Fiscal son las partes que configuran el proceso a tenor del artículo 80 C. c. y disposición adicional segunda. Sin embargo, también el Acuerdo de 1979 sobre Asuntos Jurídicos habla de partes en su artículo VI, 2.^º, entendiéndose por tales en Derecho canónico no sólo los cónyuges sino también el Defensor del Vínculo y el Fiscal, este último si hubiere acusado el matrimonio y aquél en todas las causas de referencia. Sin embargo, en la esfera civil, a la hora de solicitar la eficacia del pronunciamiento eclesiástico, entendemos que en el caso del Defensor del Vínculo, debido a su actuación independiente de los cónyuges dentro del proceso canónico, no puede postularse competencia procesal alguna, cosa que no ocurre con el Fiscal, pues, al actuar en ciertos supuestos en sustitución de aquéllos se produce, además de la correspondiente «representación», un interés directo que debe proyectarse en la esfera civil en el momento de la solicitud de eficacia de la decisión canónica, interés que como es lógico se extiende asimismo a los sucesores y representantes de las partes sobre las que recayó la

(51) Vid. ROBERTI, *De Processibus*, vol. I, ciudad del Vaticano, 1956, páginas 122-123.

(52) Cfr. DE DIEGO LORA, *Ambito de las jurisdicciones*,... cit., pág. 535.

resolución eclesiástica a tenor de lo dispuesto en los artículos 503 L.E.C. y 74 C. c. (53).

En lo concerniente al procedimiento, se inicia a través de la preceptiva demanda y con la intervención obligatoria de abogado, aunque no necesariamente de procurador, pues, dada la similitud del proceso con los actos de jurisdicción voluntaria, pueden comparecer por sí mismos los interesados —art. 4 L.E.C.—. Naturalmente deben acompañarse los documentos prescritos por la ley y en especial el título ejecutivo que representa la resolución canónica debidamente traducida, en su caso. Con la admisión de la demanda —si ello procediera—, el Juez ordenará dar traslado de la misma al cónyuge demandado —o no peticionario— y al Fiscal, emplazándoles para que en el término de nueve días manifiesten lo que estimen pertinente a su derecho, en este sentido la adicional segunda emplea el término de «oposición» para aludir a la fase de alegaciones contradictorias del Fiscal y del otro cónyuge, que habrán de hacerse por escrito; asimismo, la oposición a la que hace referencia el mismo precepto deberá ser fundada y no mero desacuerdo con la resolución canónica (54), no debiéndose entender la oposición del Fiscal en el sentido gramatical de contrariedad sistemática a lo solicitado por el actor sino como mero trámite de audiencia en favor del Ministerio Público, el cual, deberá coincidir con las pretensiones del demandante cuando de las mismas se deduzca su ajuste a Derecho.

Si no hay oposición por parte del cónyuge demando o del Fiscal, el Juez dictará auto declarando la eficacia de la resolución canónica, siempre que se den los requisitos que para tal concesión establece el ordenamiento. En caso contrario, esto es: existencia de oposición fundada a la ejecución civil de la sentencia eclesiástica, la adicional segunda incurre en contradicción, puesto que de su número 2 parece desprenderse la vinculación del Juez por la oposición, mientras que del número 3 se deduce claramente —y ésta es la interpretación que nos parece debe primar— que el auto admitiendo la pretensión del demandante puede producirse no obstante la oposición. En efecto, según el número 3 de la adicional: «Contra el auto que dicte el Juez no se dará recurso alguno, pero si fuera denegatorio o se hubiera formulado oposición, quedará a salvo el derecho de las partes y del Fiscal para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente»; nótese que no se alude al derecho del actor sino al derecho de las partes en general a «...formular su pretensión...», de lo que se deduce que la pretensión *rechazada* —decimos *rechazada* ya que de no ser así no tendría sentido ejercitar el derecho en otro procedimiento, que

(53) Vid. ENTRENA KLETT, *Matrimonio, separación y divorcio*, Pamplona, 1982, pág. 478.

(54) Vid. LÓPEZ ALARCÓN, *El nuevo sistema matrimonial español*, Madrid, 1983, págs. 304-305.

hoy deberá ser el de menor cuantía (54 bis)—puede ser la del demandado o la del Fiscal como partes que son en el proceso. Asimismo, cualquier interpretación contraria desvirtuaría, en nuestra opinión, la función decisoria que tiene asignada el Juez en el ordenamiento y que tiene su razón de ser en la tutela efectiva de los derechos legítimos por parte de los órganos jurisdiccionales competentes.

Contra el auto dictado por el Juez no cabe recurso alguno, ya hubiese sido admitida o denegada la eficacia de la resolución de que se trate, sin embargo, la parte que se considere perjudicada en su derecho por el fallo civil podrá ejercitar su pretensión en el procedimiento correspondiente, que será el juicio declarativo al que ya aludimos. La sorprendente restricción del control de la actividad juzgadora en el caso contemplado parece tener su base, simultáneamente, en una falta de perspectiva y en una incorrecta influencia del legislador. Lo primero, dado que parece como si aquél no hubiese tenido en cuenta a la hora de redactar el número 3 de la adicional segunda que los Juzgados de Primera Instancia y de Familia se sitúan en la esfera propia de los órganos judiciales de primera instancia cuyas resoluciones son susceptibles de apelación y demás recursos previstos en el ordenamiento. Lo segundo porque es evidente la analogía del procedimiento tratado con el propio para el reconocimiento de efectos civiles a una sentencia extranjera —951 ss. L.E.C.— y en el que no cabe recurso, pero no tanto por lo dispuesto en la ley como —y de ahí el calificativo de «incorrecta influencia»— en base a que su resolución se halla reservada al Tribunal Supremo, que al ocupar el vértice de la organización judicial, excluye cualquier competencia en favor de otro órgano —con jurisdicción ordinaria— ante el cual recurrir sus resoluciones (55).

(54 bis) Sin olvidar el R. de Amparo que ambas partes pueden interponer, en su caso, ante el Tribunal Constitucional.

(55) Vid. BONET NAVARRO, ob. cit., págs. 990 ss. Entregado a imprenta este trabajo han aparecido una serie de valiosas aportaciones al tema que aquí se aborda. Dejamos constancia de las siguientes: LALAGUNA, *La reforma del sistema matrimonial español*, Madrid, 1983; RODRÍGUEZ CHACÓN, *Ejecución de sentencias matrimoniales canónicas en España, Constitución y Tribunal Constitucional*, en «Revista de Derecho Privado», 1984, págs. 26 ss. y 149 ss.; SOUTO, *El sistema matrimonial español y la eficacia del matrimonio canónico*, en «Derecho canónico, Derecho matrimonial», U.N.E.D., Madrid, 1983; Varios autores, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid, 1984; L. ECHEVERRÍA, *Derecho concordatario y eclesiástico del Estado Español*, en «Nuevo Derecho Canónico», Madrid, 1983; LÓPEZ ALARCÓN Y NAVARRO VALLS, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, Madrid, 1984.

La responsabilidad civil de los padres por actos del hijo menor: causas de exoneración

FERNANDO GARCIA VICENTE

Profesor del Departamento de Derecho Civil de la Facultad
de Derecho de Zaragoza
De la carrera Fiscal

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El vigente Código civil en su artículo 1.903 establece que: «Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda». Sin embargo, esta responsabilidad no es absoluta, ya que según el último párrafo «cesará cuando las personas en él mencionadas, prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño» (1). El Código penal en el mismo sentido (2) dispone que: «son responsables civilmente por los hechos que ejecutare el menor de dieciséis años, los que lo tengan bajo su potestad o guarda legal». Sin embargo, también pueden quedar exentos de responsabilidad los padres «cuando constare que no hubo por su parte culpa ni negligencia» (3).

Por ello, incluso cuando las condiciones de existencia de esta obligación *ex lege*, son indiscutiblemente cumplidas, el padre y la madre pueden sustraerse a la obligación de reparar el daño, probando que han actuado con la debida diligencia.

Esta posibilidad, sin embargo, no siempre ha existido a lo largo de nuestro derecho histórico. Así sucedió con las acciones noxales del

(1) Antes de la reforma de 13 de mayo de 1981, el Código civil establecía que: «El padre, y por muerte o incapacidad de éste la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía». El último párrafo era idéntico al actual.

(2) FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, t. II, Murcia 1947, págs. 118. Considera que: «La medida de esa diligencia que se debe de emplear en el cuidado y vigilancia de las personas cuya guarda o tutela no está encomendada, ha de establecerse teniendo en cuenta el criterio normativo fijado por el art. 1.903 del Código civil en su último párrafo».

(3) Antes del Código penal de 1944, la Ley empleaba la expresión de «a no hacer constar». En 1944 el Código la sustituye por la actual. Para ver con más detenimiento cómo se hizo este pequeño cambio, ver CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario al Código penal vigente*, en R.G.L.J. 1945, pág. 345.

Derecho romano. También en la Partida Séptima, título XV. Pero donde más clara fue la responsabilidad objetiva de los padres fue en la Edad Media, donde regía el principio de solidaridad del grupo familiar frente a terceros por los actos de los hijos emparentados. Algunos Fueros de esta época que propiciaron esta postura son entre otros los de Teruel, Alcalá, Molina, Cuenca, Soria, Úcles, Zorita, Béjar, Alcorcón, Alcázar, Santa María de Albarracín y el de Toro dado por Alfonso de León en 1194. Establecieron sin embargo algunas limitaciones el de Medinaceli, dado por Alfonso el Batallador, el de Calatayud de 1131 y el de Peralta de 1145 (4).

El Código penal de 1822, en su artículo 27, fue el texto legal que por primera vez admitió de forma clara la exoneración del padre y limitó su responsabilidad al importe de la legítima del hijo. Los Códigos penales posteriores de 1848, 1870, 1928 y 1932 recogieron este principio. En el mismo sentido, el Proyecto de García Goyena de 1851 en su artículo 1.901.

Volviendo a la regulación actual, tanto en el Código civil como en el penal, se establece una presunción de culpabilidad. Según los términos del artículo 1.902 del Código civil, la víctima para obligar a los padres a la reparación, tendría que demostrar que ha incurrido en culpa. Los artículos 20 del Código penal y 1.903 del Código civil, invierten la carga de la prueba. La víctima no tiene necesidad de demostrar la culpa de los padres, ya que se presume que éstos no han actuado con la debida diligencia mientras no demuestren lo contrario. Ahora bien, se trata de una presunción *iuris tantum*, no de una presunción *iuris et de iure*, que admite por tanto la prueba en contrario. Esta posibilidad, que no existe para otros supuestos recogidos en el mismo artículo, ha sido recogida por nuestra Jurisprudencia. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil de 29 de diciembre de 1962. También se han pronunciado así la Audiencia Provincial de Albacete en Sentencia de 5 de septiembre de 1969 y la Audiencia Provincial de Orense en Sentencia de 31 de enero de 1970. En esta última falló el tribunal que: «El padre es responsable de los perjuicios causados por los hijos que estén bajo su autoridad y viven en su compañía, cesando dicha responsabilidad cuando el padre prueba que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

En cuanto al objeto de la prueba liberatoria, pensamos con Rovelli (5) que no es demostrar la carencia en los padres de una culpa eficiente en la producción del específico evento dañoso, sino que más bien trata de demostrar que los padres no han sido la causa indirecta, por no haber cumplido en los deberes que la patria potestad le impone sobre el hijo.

(4) Es muy interesante para el estudio de esta época el trabajo de ORLANDIS, J., *El concepto de delito en la Edad Media*, «Anuario de Historia del Derecho español», 1945, pág. 154.

(5) ROVELLI, *La responsabilità civile da fatto illecito*, t. I, Torino, 1964, pág. 248.

Respecto al contenido de la prueba liberatoria, la posición que se adopta viene condicionada por la que se toma al plantearse el fundamento de este tipo de responsabilidad, porque es evidente que para exonerarse tienen que demostrar que no son culpables de todo lo que pueden ser. Todos los ordenamientos están de acuerdo en que la culpa *in vigilando* es motivo suficiente para responsabilizar al padre, por eso deberán demostrar que han vigilado bien a los hijos. Respecto a la culpa *in educando*, rechazada como causa de responsabilidad en el Derecho alemán y portugués, ha sido admitida jurisprudencialmente en Francia e Italia. Nuestro Tribunal Supremo ha considerado culpable al padre que no ha educado bien al hijo. Ello obliga a probar la buena educación del hijo. La postura es correcta, si se parte de la base de que es una responsabilidad personal del padre por no haber cumplido los deberes y facultades que la patria potestad le confiere, uno de los cuales es la educación.

Lo dicho es cierto, pero distinto de que en la práctica sea muy difícil probar que se ha actuado con la suficiente diligencia para conseguir la exoneración. Tomando al pie de la letra los artículos 154 y 155 del Código civil, raramente podría autorizarse la exoneración, en tanto es posible afirmar que la patria potestad confiere siempre a los padres el poder de impedir el cometer actos perjudiciales.

Pensamos con Carbonnier (6) que es necesario entender la presunción en un sentido más humano, de acuerdo con las costumbres sociales vigentes y de una manera que no desanime a los padres y que no impida que dejen cierto grado de independencia a los hijos (7).

Parece excesivo obligar a los padres a probar la ausencia de culpa en la educación. Es difícil demostrar que el deber de educación se ha cumplido sin fallos, ya que supone la prueba de un número considerable de actos, que se realizan a lo largo de toda la vida del niño. Por todo ello, si queremos que la posibilidad de exoneración sea real, proponemos una reforma del Código en la que se diga que los padres son responsables por la mala vigilancia de sus hijos. Al menos, defendemos un cambio de orientación jurisprudencial, posible dada la ambigüedad de los artículos 20 del Código penal y 1.903 del Código civil. Si no, resulta que lo que teóricamente es responsabilidad por culpa, en la práctica se convierte en responsabilidad objetiva, solución ésta que es completamente contraria a lo dispuesto por nuestro ordenamiento, que admite la posibilidad de exoneración. Si en razón de una determinada política legislativa se quiere optar por la responsabilidad objetiva hay que tener el valor de declararlo, como ha hecho el legislador belga con

(6) CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, núm. 183, 1.^a ed., París, pág. 630.

(7) MAZEAUD-TUNC afirman: «La prueba que les incumbe a los padres será difícil de realizar. Prácticamente, la presunción de falta de vigilancia, por ir acompañada por una cierta obligación de garantía, apenas si liberaría a los padres, más que si el hijo estaba confiado a la vigilancia de un tercero». Añaden: «Suele suceder también que el hijo llega a burlar la más cuidadosa de las vigilancias; en efecto, los padres no pueden, al menos cuando el hijo tiene ya alguna edad, seguirlo paso a paso. MAZEAUD-TUNC, *La responsabilidad civil*, t. I, vol. II, traducción LUIS ALCALÁ ZAMORA, Buenos Aires, 1962, pág. 519, núms. 773-775.

la reforma de 1977. Ganaríamos en coherencia jurídica y evitaríamos pleitos alimentando falsas esperanzas (8).

Otra cuestión se plantea en torno al objeto de la prueba liberatoria. Se trata de determinar si la exoneración debe consistir en probar que se ha actuado prudente y de forma diligente en la educación y vigilancia o si por el contrario debe exigirse al padre que demuestre la imposibilidad de prevenir y de impedir el daño (9).

Nosotros pensamos que si no existiera el juego en contrario de la presunción la primera postura sería más liberal y la segunda más severa. Ahora bien, al existir una presunción en contra del padre, basta con que exista culpa en la prevención del hecho para que el padre deba ser castigado. Recordemos que el artículo 1.903 se refiere a «probar que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

II. LA PRUEBA DE LA VIGILANCIA

Indicar los elementos que permiten a los padres dar la vuelta a la presunción de mala vigilancia constituye una tarea delicada, porque ninguna circunstancia tiene un carácter absoluto. Tales premisas no deben sorprender. Como dice Ollier (10), la culpa se aprecia en abstracto, pero este principio no impide tener en cuenta las contingencias de cada caso. La edad, el carácter, la salud, los antecedentes, el medio familiar, el momento y la cosa con la que se produjo el daño, son otros tantos elementos en funcionamiento, con los cuales se debe apreciar la conducta presuntamente culpable de los padres.

Conviene insistir en que al declarar la diligencia del padre, estamos juzgando sobre una conducta. Lo mismo que en Derecho penal, para determinar su licitud o no, la apreciación de las circunstancias de hecho que la rodean tiene un valor decisivo. La diligencia que deba tener un buen padre de familia no es un concepto teórico, sino que tiene valor en cuanto que se aplica a unas circunstancias determinadas.

Así lo entiende también la Sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo de fecha 17 de junio de 1980, en la que textualmente dice que «La responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos ilícitos ejecutados por los hijos constituidos *in potestate* se justifican tradicional y doctrinalmente por la transgresión del deber de vigilancia que a los primeros incumbe con inversión consiguiente de la carga de la prueba, de manera que la demostración del empleo de las precaucio-

(8) A primera vista es posible otra solución, declarar que basta con probar que se educó o vigiló bien al niño para liberar al padre. Cuando el niño fue bien educado pero no estaba vigilado en aquel momento se debería liberar al padre. Esta solución produciría, en gran número de casos, la indefensión de la víctima, postura que tampoco es buena en cuanto que el más perjudicado y el que menos culpa tiene es la víctima.

(9) BLANC, *La responsabilité civile des parents*, París, 1953, núm. 95, página 137.

(10) OLLIER, *La responsabilité civile des père et mère*, París, 1961, página 139.

nes adecuadas para impedir el efecto dañoso ha sido entendida por la doctrina jurisprudencial en concepto de marcada severidad, exigiendo una rigurosa prueba de la diligencia empleada atemperándose a las circunstancias de lugar y tiempo del caso concreto».

Ningún factor puede ser considerado como exoneratorio. Sin embargo tiene, en este caso más que en otros, interés llevar a cabo un balance de los precedentes judiciales. Pero los tribunales están obligados a unirse a la evolución de las costumbres. Sentencias antiguas y modernas no pueden ser consideradas con el mismo criterio. Una autorización juzgada imprudente hace treinta años parece hoy necesaria para una buena educación. Así, por ejemplo, el 20 de marzo de 1923 el Tribunal de Valence establecía la responsabilidad de un padre por no haber prohibido a su hijo ser miembro de un equipo de rugby. Hoy esta postura no sería fácilmente admisible.

Vamos a estudiar la jurisprudencia española, que empezó siendo muy escasa y todavía hoy lo es en aquellos casos en los que la responsabilidad no deriva de un accidente automovilístico (11). También lo faremos con la jurisprudencia italiana y francesa, que parten de supuestos legales semejantes al nuestro y son mucho más avanzadas, en especial la francesa, que es exhaustiva en los supuestos tratados.

1. *Los juegos*

Empecemos estudiando los juegos. En el caso de daños causados entre niños participantes en el mismo juego, pueden distinguirse: entre juegos peligrosos por sí mismos, respecto de los cuales la misma participación en los mismos representa que el padre ha incurrido en culpa, y juegos que en sí mismos no son tan peligrosos pero de los que puede derivar un daño si se actúa casualmente de forma imprudente.

Así, nuestro Tribunal Supremo declaró en Sentencia de 30 de abril de 1969, que no se había actuado con la diligencia debida cuando un grupo de niños, divididos en dos bandas, se lanzaban piedras recíprocamente. En el mismo bando estaban la víctima y el que lanzó la piedra, con tan mala fortuna de que el primero, inopinadamente se cruzó en la trayectoria de ésta, causándole lesiones la pedrada que determinaron la pérdida de un ojo. La Sentencia confirma en este punto la del Juzgado de Primera Instancia y la de la Audiencia. Aunque para Rogel Vide (12) las lesiones se debieron a un acontecimiento desgraciado en el que se hace cuesta arriba establecer la culpa de alguien. A nuestro

(11) La escasez de la indemnización concedida por nuestros tribunales, hasta que se creó el seguro obligatorio del automóvil, unida a la insolvencia en muchos casos de los padres de la víctima, ha hecho que se acudiera poco a los Tribunales, para resolver estas situaciones. En algunos casos ha sido la Administración la que ha hecho frente a estas situaciones reponiéndolas al estado en el que se encontraban antes de suceder el daño; pensemos en aquellos casos en que se ha prestado gratuitamente la asistencia sanitaria en sus propios centros o en los de la Seguridad Social, o en aquellos otros en los que se ha vuelto a plantar el bosque quemado, argumentando que cumplía una finalidad social.

(12) ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977, pág. 142.

juicio la idea que subyace —aunque no se diga en la Sentencia— es que no se debe permitir a los hijos jugar de forma peligrosa.

Mantiene la misma postura la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1981, en la que consideró la responsabilidad del padre de un niño que en el lanzamiento de un dardo alcanzó en el ojo a una niña de cuatro años.

Esta misma postura es mantenida por la Sentencia de 30 de enero de 1970 de la Audiencia Provincial de Orense, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia. Cuando se encontraban dos niños de catorce años haciendo una pelea, dado el cariz que la misma iba teniendo, se acercó para separarles una tercera persona, siendo empujada por uno de ellos, cayendo al suelo y sufriendo lesiones de las que tardó en curar cuarenta y siete días. El Tribunal consideró que el empujón tuvo que ser realizado de forma voluntaria por uno de ellos. Hizo civilmente responsable al padre «en atención de no haber siquiera tratado de demostrar que empleó diligencia alguna para prevenir el hecho».

Como la situación es diferente, la justicia italiana (13) excluyó la responsabilidad del padre por los daños causados por un niño que hace caer a otro con el que iba amigablemente conversando al ponerle una zancadilla o darle sin querer un empujón.

La jurisprudencia francesa es estricta en este punto. Así, condenan al padre cuando deja a un menor de siete años jugar con una caja de cerillas (14), o cuando dejan a un niño de diez años un hacha (15), o cuando permiten que luchen en la calzada (16).

Pero también es cierto que se está produciendo una reacción tendente a liberalizar la prueba, porque hoy es generalmente admitido que se debe dejar a los menores un mínimo de libertad de acción y de iniciativa para su propio esparcimiento. La jurisprudencia tiende a admitir que los padres no son culpables cuando autorizan a sus hijos ciertos juegos adaptados a su edad y capacidad. Pero todo juego por anodino que sea comporta riesgos. Cuando no van más allá de ciertos límites, los daños que sobrevienen deben ser considerados como imprevisibles, y ello debe bastar para que la presunción se destruya.

En este sentido liberalizador, se ha llegado por algunos tribunales a soluciones excesivas. El Tribunal Civil del Sena (17) ha considerado «que la madre no puede ser considerada responsable por haber comprado una carabina de aire comprimido a su hijo. Este hecho no constituye en sí mismo una falta grave e inexcusable. El uso de este objeto no presenta un peligro especial si se cumplen los reglamentos de policía».

(13) S. María Capua Vetere, 22 julio 1956, *Arch. respon. civ.* 1958, pág. 76.

(14) Tribunal Civil de Le Havre, 7 mayo 1926, *G. P.*, 1926, t. II, pág. 289.

(15) Court civil, 9 mayo 1960, *J. C. P.*, 1960, t. IV, pág. 48.

(16) Tribunal civil Belfort, 3 octubre 1956, *J. C. P.*, 1956, t. II, nota Es-MEIN, pág. 9591.

París, 9 febrero 1942, *G. P.* 1942, t. I, pág. 225.

Chambery, 27 abril 1953, *J. C. P.* 1953, t. II, pág. 7696, nota de SAVATIER.

(17) Tribunal Civil del Sena, 6 diciembre 1951, *G. P.* 1952, t. I, pág. 97. Comenta esta Sentencia MAZEAUD, en *R. T. D. civ.*, 1952, págs. 370-371.

2. Actividades peligrosas

Otra cuestión a tener en cuenta por los tribunales a la hora de fijar la responsabilidad del padre, es si la actividad que estaba desarrollando el menor era o no peligrosa.

Es ciertamente natural mantener la responsabilidad del padre cuando deja a su hijo objetos netamente peligrosos para su edad; o en circunstancias que entrañan riesgo; o cosas que siendo en principio inofensivas, por no reunir todas las condiciones de seguridad que la ley señala para ellas, se convierten en peligrosas.

Tanto la doctrina como los tribunales son unánimes al considerar que dejar en manos de un menor tanto armas como fósforos supone una imprudencia.

En este sentido es significativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1962. El supuesto es así: un niño causa lesiones al demandante, al disparar una escopeta de aire comprimido, con tan mala fortuna que un perdigón hace perder la visión a la víctima. El Juez de Primera Instancia hace responsable civil subsidiario al padre; la Audiencia confirma la Sentencia; interpuesto recurso de casación la Sala de lo civil declara no haber lugar al mismo. El demandado fundó su defensa en que ni tener en casa una escopeta de aire comprimido, ni ausentarse de casa para ir a trabajar suponen una imprudencia. Frente a ello el Tribunal consideró que: «Los propios razonamientos del demandado suponen una grave imprudencia, al dejar al alcance de unos menores irresponsables una escopeta de aire comprimido apta para funcionar, con unos sesenta y cinco metros de alcance, y sin que pueda servir de disculpa la alegación de que los dejó solos porque tenía que trabajar para atender al sustento de la familia, porque esto ocurre actualmente a todos los padres. Si se estima esta tesis, se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados». Este razonamiento es muy significativo.

Todavía tiene más interés la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1975. El supuesto es así: El actor junto con el menor demandado y otras dos personas fueron a cazar a un coto, y una vez terminada la cacería, el actor se hallaba sentado en el coche y el menor demandado llegó con la escopeta cargada y al recostarse en el coche se le disparó, alcanzando el disparo en el pie del actor.

El demandado, tutor del ocasional de la desgracia, alegó su falta de culpa, pues ni siquiera sabía que su pupilo iba de caza, cosa que por otra parte tenía prohibida. El Juzgado de Primera Instancia condenó como responsable civil al tutor. La Audiencia y el Tribunal Supremo confirmaron la Sentencia.

Este fallo es interesante, porque además del problema del que nos estamos ocupando plantea otros dos: el valor del caso fortuito, y si la prohibición es motivo de exoneración. De estos dos últimos nos ocuparemos luego.

Considera el Tribunal que: «La responsabilidad derivada del ar-

tículo 1.903 del Código, en sus diversos apartados, en cuanto a aquellos que deben responder por otras personas que de algún modo les están sometidos, no es subsidiaria, sino directa, ya que se establece por razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilancia a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de otra».

Añade: «Se apoya la Sentencia en el hecho de no haberse adoptado por el tutor en relación con el menor todas las medidas necesarias para evitar que éste originara un daño por su falta de idoneidad». Dice también: «que el deber de educar que es común de los padres y tutores se extiende a la vigilancia preventiva del daño específico» (18).

En este mismo sentido la Sentencia ya citada de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1980. Confirmó otra de la Audiencia de Pamplona, que a su vez revocaba otra del Juzgado de Tudela que admitió la prescripción. El supuesto es el siguiente: en una discusión entre dos niños de ocho años, uno de ellos sacó una navaja con la cual hirió en el ojo al otro menor, a consecuencia de lo cual perdió la visión. El Tribunal Supremo condenó al padre del menor argumentando que el uso y empleo de una navaja por un menor que no pasa de los ocho años, en modo alguno puede calificarse de un juego de niños, como no es menos evidente la culpa *in vigilando* de quien ejerciendo la potestad paterna se despreocupa de que un hijo de corta edad porte un instrumento tan peligroso, que utilizó en presencia de otros chicos no mayores que él.

Sin embargo, el Tribunal Supremo rechazó este tipo de responsabilidad cuando el menor, autor material del disparo, no era hijo de quien con su negligencia en la vigilancia de un arma de fuego había propiciado el daño. Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de febrero de 1959, confirmando las del Juzgado de Primera Instancia y de la Sala de lo Civil de la Audiencia. Estimó el actor que el hecho de dejar el demandado un arma de fuego cargada, en un poblado, a su hijo menor de edad, y no en el hecho de dispararla, es donde se encuentra la causa generadora del daño; daño por tanto imputable al demandado, tanto por ser titular del arma que lo causó, como por haberla dejado en manos de su hijo, sin adoptar las medidas pertinentes de precaución. Frente a ello el Tribunal Supremo consideró que no cabía alegar la violación del artículo 1.903 del Código civil, «ya que la Sala de Instancia ha declarado, quedando firme que quien efectuó el disparo, causa inmediata del desgraciado accidente no es el hijo del demandado, y que el propio lesionado fue su causante inmediato al coger la escopeta de la habitación en la que se guardaba, por lo que el judicialmente interpelado, hoy recurrido, no viene sujeto a la responsabilidad prescrita en el mencionado precepto sustantivo, por no haberse apreciado en su hijo menor de edad culpa alguna como causa ocasional de la lesión que sufrió el hijo del recurrente».

(18) Comentando esta Sentencia, ROGEL VIDE dice que esta alusión al deber de vigilancia y a la educación preventiva no deja de ser un poco confusa. Nosotros creemos que la educación preventiva y la vigilancia tienen relación.

Esta presunción de culpabilidad de los padres se entiende también reforzada cuando el daño lo causan con fuego, fósforos u otros elementos inflamables (19).

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia de Huelva de 5 de mayo de 1971, en la que hizo responsable civil a un padre de un menor de edad por cuya cuenta trabajaba, que a pesar de que las ordenanzas municipales lo prohibían y del viento reinante, hizo una hoguera a menos de 200 metros de un pinar.

Mantiene la misma postura la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1977. El supuesto de hecho es el siguiente: Una hija menor, después de encender un cigarrillo, arroja la cerilla a un lugar donde existía maleza reserba, provoca el incendio de ella, de unos pinos y de un chalet. El padre alegó que le tenía prohibido fumar a su hija. Tanto el Juez de Primera Instancia, como la Audiencia y el Tribunal Supremo consideraron la responsabilidad del padre, porque: «La responsabilidad que se extiende a los padres por los perjuicios causados por sus hijos menores de edad que vivan en su compañía, derivado de modo directo y no subsidiario del incumplimiento por su parte de deberes que impone la convivencia social y familiar de vigilar a las personas que están bajo su dependencia, les hace incurrir en culpa *in vigilando*, que no se puede limitar a prohibir fumar a una menor en su presencia o fuera de ella, sino que debe atemperarse a las circunstancias de lugar y tiempo concurrentes al caso concreto de que se trate, presumiéndose de otra forma su responsabilidad, por lo que en este caso no es aplicable lo establecido en el último párrafo del artículo 1.903».

3. Circunstancias peligrosas

Junto a las cosas peligrosas, la doctrina entiende que hay circunstancias peligrosas, que presumen, cuando el menor se encuentra en ellas, una conducta más negligente de los padres. Así, el dejarles estar en la proximidad de lugares peligrosos, v. g., ríos, balcones. En este sentido la Sentencia de 24 de marzo de 1979 de nuestro Tribunal Supremo estableció la responsabilidad civil de un padre cuyo hijo arrojó una piedra en el momento de pasar una barca debajo de un puente sobre el río Pisuerga en Valladolid, golpeando en la cabeza a otro menor que quedó con una incapacidad permanente por causa de las lesiones sufridas.

En el campo es costumbre dejar a los niños ir solos a clase; esto sin embargo, según la distancia a recorrer en la ciudad, constituye una imprudencia (20). Si bien una madre puede dejar circular a su hijo en una bicicleta, es culpable en el caso de que le autorice a circular por la noche sin la debida madurez (21). Respecto al menor conductor, pen-

(19) Pau, 17 octubre 1957, S., 1958, t. II(pág. 96.

(20) París, 1 febrero 1950, J. C. P., 1951, t. II, 6245, nota de RODIERE.

(21) París, 22 octubre 1958, G. P., 1958, t. II, 347.

samos que el permitirle tomar el automóvil con nieve, hielo, o de noche pueden reflejar una cierta negligencia.

Hay también cosas que sin ser en principio peligrosas, se convierten más tarde, por no reunir las condiciones de seguridad. Como dice Ollier (22), a menudo las decisiones tomadas a propósito de los accidentes de bicicleta revelan, para mantener la responsabilidad de los padres, que la máquina no se encuentra dotada de todos aquellos instrumentos que aumentan su seguridad; v. g., la utilización sin frenos o sin faro, si hubiese de hacerse de noche (23).

Otra circunstancia que es frecuentemente tenida en cuenta es la finalidad que con la actividad se persigue. Suelen ser los Tribunales franceses mucho más benévolos con el padre cuando la actividad que está realizando el niño era necesaria, que cuando era un capricho. Así, cuando el menor ha causado un accidente con una bicicleta, se tiene en cuenta si la bici había sido utilizada para trabajar o para ir al colegio. El Tribunal de Colmar (24) tiene en cuenta otras circunstancias para fijar la responsabilidad de los padres: «Que el niño circulaba de noche sin necesidad, por distracción».

4. La edad

Otra circunstancia, una de las más importantes, a la hora de apreciar qué diligencia era exigible al padre es la edad (25).

Mientras que con los niños que carecen en absoluto de razón, el padre debe extremar su cuidado, porque al no poder discernir lo bueno de lo malo es más fácil que causen un daño. Por el contrario con los que están próximos a alcanzar la mayoría de edad la vigilancia no puede ser ni tan necesaria ni tan intensa porque pueden valerse por sí sclos, tanto en la esfera personal, como en la patrimonial, teniendo además un ámbito de libertad mucho más amplio que el de sus antepasados, que socialmente se considera imprescindible y contra el que sus padres no pueden ir.

La distinta trascendencia de la edad, no ha sido recogida explícitamente en la jurisprudencia española, aunque se tiene en cuenta a la hora de condenar en la Sentencia de 26 de diciembre de 1962. Como causa de exoneración del padre no conocemos ninguna sentencia. Hay un supuesto en el que podía haberse planteado, por faltar escasos días para que el hijo alcanzara la mayoría de edad penal; pero el Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de octubre de 1971, eludió el problema

(22) OLLIER, ob. cit., pág. 149, núm. 150.

(23) Así, la Chambre Criminelle en un arrêt de 8 de febrero de 1956 condenó a un padre cuyo hijo adolescente circulaba en una bicicleta vieja, desprovista de freno posterior, timbre, sin ser la rueda posterior libre, lo que dificultaba todavía más la conducción por ciudad. J. C. P., 1956, t. IV, pág. 42.

(24) Colmar, 13 marzo 1956, J. C. P., 1956, t. IV pág. 72.

(25) En este sentido BLANC, ob. cit., pág. 135. J. BORE, *La responsabilité des parents pour les fait des choses ou des animaux dont leur enfant mineur a la garde*, J. C. P. 1968, pág. 2180.

pues consideró que el padre había cometido un delito de malversación de caudales públicos al no haber vigilado bien a su hijo.

Sin embargo, la trascendencia de la edad a la hora de fijar la responsabilidad civil es algo admitido por la jurisprudencia francesa. Un supuesto en el que se ve con claridad es cuando el accidente ha sido causado con una bicicleta o ciclomotor. Cuando el menor está próximo a los dieciocho años la exoneración es casi de rigor. Los jueces hacen frecuente utilización de diversos argumentos: «El uso de un vehículo de motor por un hombre joven de dieciocho años tiene un carácter normal y no exige por parte del padre una vigilancia constante» (26).

A veces esta solución se defiende con una motivación detallada. El Tribunal de Burdeos (27) considera: «Que la bicicleta es un medio de locomoción muy generalizado, cuyo uso es normal en un hombre de dieciocho años. Esta edad supone tener el suficiente discernimiento; así, se considera a efectos penales y a efectos administrativos, ya que con ella se puede obtener el permiso de circulación. En este caso el uso de la bicicleta se imponía dado lo alejado que estaba el colegio del domicilio de los padres. Por otra parte, el joven realizaba hacia años ese trayecto sin haber sido nunca causa de un accidente». Pero también se ha alegado por otros tribunales otras circunstancias: la ausencia de otro medio de transporte (28), el ejercicio por el hijo de otra profesión, el hecho de que la bicicleta haya sido comprada con los medios propios del hijo (29).

Cuando el niño es más joven, dice Ollier (30) el debate judicial se presenta en principio en las mismas condiciones, pero su resultado es mucho más aleatorio, y ello es más bien natural. El Juez hace bien en no esperar de un adolescente de catorce años o menos el mismo uso racional de una bicicleta que de parte de un joven de veinte años. De ello deduce que la obligación que tiene el padre de vigilar a su hijo, deba ser más intensa. A consecuencia de ello es más riguroso a la hora de fijar las circunstancias que pueden exonerar al padre.

¿Es posible fijar una edad tope? Creemos que no es posible. Mazeaud (31) cita a una Sentencia del Tribunal Correccional de Colmar en la que se exoneraba a un padre de un niño de trece años. Hay otras en las que en catorce y quince años se produce la exoneración (32). Sin

(26) Colmar, 17 octubre 1952, D., 1953, pág. 104. En el mismo sentido París, 10 junio 1966, *Gaz Pal* 1966, II, pág. 205, estableció que la autorización dada por un padre a un hijo de dieciocho años para usar un coche en compañía de un amigo es completamente normal, tanto más cuanto el hijo se encontraba cumpliendo el servicio militar. El padre no podía normalmente prever, dado el comportamiento habitual de su hijo, que iba a beber en exceso y cometer un delito de omisión del deber de socorro.

(27) 5 junio 1946, *J. C. P.*, 1947, t. II, nota de COSTE, pág. 3382.

(28) Court Criminal, 27 julio 1944, D. 1945, nota LALOU, pág. 76.

(29) Tribunal civil del Sena, 25 de abril de 1951, G. P. 1951, t. II, pág. 132.

(30) OLLIER, ob. cit., núm. 145, pág. 145.

(31) MAZEAUD, comentario a una Sentencia del Tribunal Correccional de Colmar de 17 octubre 1952, *Revue Trimestrèle du Droit civil*, 1953, págs. 326-327.

(32) Tribunal civil de Metz, 13 abril 1956, *J. C. P.* 1956 t. IV, pág. 172. Court civil, 18 enero 1957, G. P. 1957, t. I., pág. 410.

embargo, en esta edad de los trece a los quince años no es posible hablar de un criterio uniforme en la jurisprudencia. Depende de las circunstancias de cada caso y de la severidad del Tribunal para que el fallo sea en un sentido o en otro.

5. *El carácter del niño*

Otro factor a tener muy en cuenta es el carácter del niño. Como dice Rovelli, parece evidente que la inmadurez de carácter debe ser suplida con una vigilancia más estrecha del menor (33). Una particular deficiencia en la formación del carácter viene demostrada por los actos anteriores del menor, especialmente por haber cometido delitos dolosos o preterintencionados contra las personas o las cosas. También tiene una particular relevancia el que el menor haya realizado con anterioridad actos ilícitos culposos, por ejemplo cuando sin querer causar lesiones con su conducta tiende directamente a reñir, golpear, ofender, causar un susto (34).

En el mismo sentido Deschenaux y Tercier (35), refiriéndose al Derecho suizo, mantienen que para determinar el grado de vigilancia tienen que tenerse en cuenta dos factores: el tipo de actividad y la personalidad del niño o incapaz. Respecto a la última la doctrina suiza mantiene: «que el grado de diligencia depende en primer lugar de la personalidad del autor. Según su edad, desarrollo físico y mental, sus aptitudes, su carácter, su formación, sus antecedentes, el medio en el que vive, la vigilancia deberá ser más o menos intensa». La Ley exige en Suiza una diligencia especial para las personas enfermas o débiles de espíritu (art. 333 del Código civil).

Respecto a la jurisprudencia, debemos advertir que este factor no ha sido ni reconocido ni negado por la española. El Tribunal de Cassación (36) francés, ha mantenido la postura de los Jueces de Instancia, que establecieron la responsabilidad del padre de un muchacho de diecisiete años que había herido a un peatón de varios disparos, porque era culpable de haber dejado salir solo y por la noche, a este muchacho, nervioso y enfermo, que había sido condenado por robo dos años antes. El comportamiento pasado del hijo podía haberle incitado a extremar la prudencia. Contrariamente (37), en el caso de una muerte causada en crisis de demencia, permite el juego de la excusa exonerativa, si los padres a los primeros síntomas de nerviosismo habían confiado su hijo a un médico que le hacía objeto de la debida diligencia (38).

(33) ROVELLI, ob. cit., pág. 250.

(34) ROVELLI, ob. cit., págs. 251-252.

(35) HENRI DESCHEAUX y PIERRE TERCIER, *La responsabilité civile*, Berna 1975, pág. 111.

(36) Sentencia de la Sala de lo Civil de la Court de Cassation de 4 de febrero de 1954, *J. C. P.* 1954, t. IV, pág. 38. Ha sido comentada por MAZEAUD, en *Revue Trimestrelle de Droit civil*, 1955, pág. 106.

(37) Tribunal Correccional de Niza, 13 noviembre 1953, comentada por MAZEAUD en *Revue Trimestrelle de Droit civil*, 1954, pág. 304.

(38) Para estudiar la jurisprudencia suiza e italiana, DESCHEAUX y TERCIER, ob. cit., págs. 111-112. ROVELLI, ob. cit., págs. 240 ss.

6. *La autorización paterna*

Una cuestión que suele plantearse ante los tribunales es la de determinar si la autorización dada por los padres para que el hijo cumpla con un acto determinado puede ser tomada en cuenta como constitutiva de una falta de vigilancia, y en consecuencia para impedir la aplicación de la excusa exonerativa.

Pensamos en Mazeaud (39) que cae por su peso que si los padres han autorizado un acto reprobable, su responsabilidad queda comprometida: tal es el caso de los padres que dejan a su hijo un automóvil o una motocicleta sin estar provisto de permiso de conducir, o cazar sin licencia. Con este motivo, dice, si el acto autorizado es un acto particularmente peligroso.

En este mismo sentido Ollier (40) afirma que si el acto no es lícito no solamente la exoneración debería de ser negada, sino que la presunción resulta reforzada.

Pero la cuestión es más delicada cuando el acto permitido al hijo no posee un carácter peligroso tan señalado: por ejemplo, una autorización para andar en bicicleta por la calle, en motocicleta o en automóvil con permiso de conducir, la de cazar con licencia de caza, la de entregarse a un deporte violento. Todo dependerá de las circunstancias de hecho en cada caso; se tendrá en cuenta factores a los cuales antes nos hemos referido, tales como edad, naturaleza, estado de la cosa, carácter, antecedentes, tipo de actividad. Hay que tener en cuenta que la evolución del ambiente social desempeña en esto un papel importante.

El mismo principio permite resolver la cuestión de determinar si los padres se liberan por el solo hecho de haber prohibido al hijo el acto dañoso.

En nuestro país, dos veces se ha alegado que el padre había prohibido al hijo la actividad que dio lugar al daño, pero en las dos veces se ha condenado al padre. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1975, el menor demandado llegó de una cacería con la escopeta cargada y al recostarla en el coche se le disparó, alcanzando el disparo en el pie del actor. El tutor alegó que tenía prohibido al pupilo el ir de caza. De otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1977, en la que se juzgaba el caso de un menor que causa un incendio al arrojar una cerilla en un pinar, el padre alegó que le tenía prohibido fumar. El Tribunal no lo tuvo en cuenta.

Aunque no se diga en ninguna de las dos Sentencias, el Tribunal se basa en un criterio justo: no basta con prohibir, sino que es necesario tomar aquellas medidas necesarias para que la prohibición se cumpla. La vigilancia es precisamente eso, asegurar que el niño no hará algo perjudicial.

Acabamos con una última consideración de carácter general. De todos los factores antes citados ninguno es decisivo, pero la concurrencia de varios aumenta su valor y facilita la labor del Juez. La diligencia no

(39) MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. I, vol. II, pág. 521.

(40) OLLIER, ob. cit., págs. 149 ss.

puede concretarse de otra manera, porque no es posible acudir a un principio teórico que sirva para solucionar todos los casos posibles. En definitiva, se está tratando de juzgar no sobre las relaciones jurídicas, sino sobre conductas que no se valoran por el resultado directo que producen, sino por la influencia que tienen en un tercero, lo cual aumenta esta dificultad.

III. LA PRUEBA DE LA EDUCACION

1.º) *Su relación con la vigilancia. Ambito de aplicación*

Aunque ni el Código penal, ni el civil lo digan expresamente, la culpa *in educando* es otro de los motivos por los que puede exigirse la responsabilidad del padre. La presunción se extiende, y así lo ha sido ya reconocido por nuestra jurisprudencia (41) a todo defecto de la actuación paterna que pueda exigirse en base del artículo 154 del Código civil. Por ello, el probar que se ha actuado con la suficiente vigilancia no basta para asegurar a los padres el fracaso de la acción intentada contra ellos en aplicación del artículo 1.903 ó 20 del Código penal. Parece, pues, que el estudio de este medio de defensa debe hacerse de forma sistemática y complementaria con la vigilancia.

En este sentido, De Cupis (42) afirma que la idónea vigilancia para impedir los hechos perjudiciales no concluye, en lo que se refiere al padre y al tutor del menor, con la vigilancia inmediatamente anterior al momento de producirse tales hechos, sino que debe entenderse en el sentido de comprender una obra reiterativa de educación moral, adecuada a las condiciones personales y sociales de cada ambiente. Co-trelativamente con ello la culpa *in vigilando* comprende también la omisión culpable de esta acción educativa, susceptible de alcanzar óptimos resultados y que debe desarrollarse con especial cuidado respecto a los menores (43) (44).

Más aún, hay una tendencia doctrinal que considera que en muchos casos la prueba de una buena educación debería bastar para liberar al padre, cada vez al menos que el accidente dañoso resultara de un gesto inoportuno, de la mala suerte, o de un simple error en la conducta del padre. En este sentido, un Tribunal francés, cuando un niño hirió a un compañero en el curso de un juego y el padre alegó que era un

(41) Sentencias ya citadas de 15-II-75; 24 marzo 1979.

(42) DE CUPIS, *El daño*, traducción por ANGEL MARTÍNEZ SARRIÓN, Barcelona, 1975, pág. 683.

(43) DEMOLOMBRE, *Cours du Code de Napoleon*, t. XXXI, Traité des contrats, París, 1882, pág. 471.

BAUDRY, LACANTINERIE, *Les obligations*, t. IV, París, 1908, pág. 623.

CONTURSI, LISI, *Responsabilità civile dei genitori e violazione dell'obbligo di educare la prole*, «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1949, págs. 979-980.

(44) La omisión de la debida atención a la educación influye negativamente no sólo en la personalidad del menor, sino también en su correcto comportamiento en la vida social. Por ello somos contrarios a negarle eficacia causal respecto a los daños causados por el menor a los terceros.

muchacho serio, sumiso, trabajador, de naturaleza tranquila, de una conducta ejemplar, que había recibido una educación superior a la de su medio familiar, la exoneración debía producirse según el Tribunal: porque no era necesario probar la imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho. Basta con probar que la educación dada, en función de elementos tales como el medio social, la edad, los antecedentes y ocupaciones del niño, es tal que no puede reprocharse ninguna falta al niño. Esta es una decisión aislada de los tribunales franceses. Recoge, sin embargo, una idea que a nuestro juicio es muy aprovechable, que es relacionar el grado de vigilancia con el de educación. A nuestro juicio, contra mejor educado está un niño menos vigilancia puede exigírsele al padre para permitir la exoneración.

Somos conscientes de que esto en la práctica no es fácil de realizar. La prueba de la educación no es concluyente y es muy difícil de tener en cuenta. Compensarla en la vigilancia lo es todavía más. Sin embargo, es posible dado el silencio de nuestro Código en este punto. Más aún, es incluso más porque nuestro ordenamiento se basa en la responsabilidad por culpa y dadas las condiciones sociales actuales que hacen que la vigilancia física y permanente sea imposible; nos preguntamos: ¿En qué culpa puede incurrir el padre? Otra cosa es que por defender una política legislativa en favor de la víctima no interese mantener esta postura.

Se plantea el problema de fijar si la prueba se debe limitar a una falta en una faceta concreta de la educación, la que se manifiesta al causar el daño, o tiene que hacer referencia a toda la vida del menor.

El dilema tiene enorme importancia práctica porque mientras que la demostración de que una persona está globalmente educada es muy difícil, casi imposible, es más viable cuando se trata de demostrar que se le educó bien para aquel tipo de actividad. Se trata en definitiva de facilitar la prueba, porque no es lo mismo, cuando un menor produce un atropello, tener que demostrar que gracias a la educación percibida era un buen conductor, que demostrar que era un niño bien educado para todo.

Ni la Doctrina ni la Jurisprudencia están claramente definidas. Para Rovelli (45) el padre, para exonerarse, basta con que pruebe que había educado correctamente a su hijo para desarrollar la actividad que produjo el evento dañoso. El argumento que utiliza es el de la causalidad: es necesario que exista relación entre la conducta del padre y aquel específico hecho dañoso.

También pensamos que no figurando en la dicción legal la educación como elemento integrante de la presunción, su inclusión supone de hecho una ampliación; admitirla en su grado más amplio es extender mucho la regulación legal.

Es evidente, como luego veremos, que la falta delictual o el delito penal del menor hacen suponer un defecto general de su educación. Pero junto a ello hay muchas faltas civiles que sólo suponen un fallo

(45) ROVELLI, ob. cit., pág. 258.

en un punto concreto. Si el acto del menor procede de una actividad peligrosa o de una actividad especial cuyo ejercicio requiere especiales precauciones o conocimientos. En estos casos lo que debe exigirse es que el padre haya dado la suficiente instrucción a su hijo para que pueda ejercitarse bien la actividad permitida. Hay que tener en cuenta que en la práctica, con el juego en contrario de la presunción, esto no es muy sencillo.

Respecto a la jurisprudencia, la española, que ha reconocido —como vimos— este tipo de culpa como fundamento de la responsabilidad, no se ha planteado este problema. La francesa, que es la única en estudiarlo, tiende a extender a todos los aspectos la prueba de la educación (46). Hay, sin embargo, sentencias aisladas que mantienen la tesis contraria (47).

2.º) *Los delitos y la educación*

Los franceses son muy severos con el padre. Incluso en casos en los que el hijo no vivía con la familia, se ha procurado justificar por todos los medios esta ausencia, para hacer responsable al padre de un niño que ha cometido un delito contra la vida. Consideran que el matar a otro es un acto de tal gravedad que refleja una falta enorme en la educación que hasta aquel momento se había impartido.

Esta postura de severidad es corriente en los casos de difamación que suponen delitos contra el honor. En Francia ha sido frecuente que los tribunales declaren que la misma comisión del hecho demuestra que el niño no había sido educado convenientemente. Sin embargo, existe una postura doctrinal que considera que extremar la dureza en la admisión de la prueba en contrario no es bueno, porque hay que admitir —dice— que si hay ciertos actos que moralmente son afrentosos, no son consecuencia de la mala educación recibida a nivel familiar, porque es muy probable que esta educación sea incapaz de impedir este tipo de actos.

En los casos de delitos contra los bienes la doctrina también se encuentra dividida. Para Mosco (48), si se prueba la omisión de la educación cuando el menor ha cometido determinados delitos, la presunción de culpabilidad hay que entenderla agravada. Justificando esta postura, Ollier (49) afirma que: «Encargados por el Creador de enseñar a sus hijos la distinción entre el bien y el mal, los padres deben ser considerados como personalmente responsables de las desviaciones que ellos han provocado o han dejado sin reprender. Realizado un delito ellos deben de tratar de demostrar que no lo han provocado con su inter-

(46) París, 11 octubre 1971, *Rev. trim. Dr. civ.* 1973, comentada por DURRY, pág. 349.

En el mismo sentido, París, 3 marzo 1969, *GAZ PAL* 1969, II, Somm 31.

(47) París, 10 junio 1966, *GAZ PAL*, 1966, t. II, pág. 205.

Angers, 5 febrero 1970, *D.* 1970, pág. 376.

(48) Mosco, *Il dovere di educare i figli a la responsabilità del genitore per il illecito dei figli minori capaci*, «Foro pen.», 1956, pág. 127.

(49) OLLIER, *Ob. cit.*, pág. 73.

vención. Ninguna vigilancia bastaría para impedir la perpetración de actos que suponen un mínimo de independencia. La educación es el medio natural para conseguir la honestidad de los niños».

Como indica Rovelli, una particular deficiencia en la formación de carácter se manifiesta en los actos intencionalmente directos contra la integridad personal de los otros, integrantes de delitos dolosos y preterintencionales contra las personas.

Señalaremos cómo para los Tribunales, la educación implica omisión de lo que se exige para hacer conocedor al menor de los peligros y ser respetuoso con los bienes ajenos. A esta postura opone Trabuchi (50) que en estos casos la responsabilidad no puede ser fijada sobre la educación más que cuando circunstancias especiales ponen en evidencia que hay una falta de educación. En estos casos, hay algunos en los que se produce una reacción sicológica ciertamente imprevisible y no asimilable a una actitud que la educación de los padres hubiera podido evitar.

IV. CONCURRENCIA CON CIRCUNSTANCIAS QUE EXONERAN PENALMENTE AL HIJO

De acuerdo con la teoría tradicional sobre el fundamento de este tipo de responsabilidad, que hace depender la responsabilidad del padre de la culpa del hijo, no cabe la posibilidad de exigir la responsabilidad del padre en aquellos casos en los que con una falta en la educación y vigilancia había también coadyuvado al daño, la fuerza mayor, el caso fortuito, o en general otras circunstancias que como las comprendidas en el artículo 8 del Código penal permiten exonerar al menor de toda culpa.

En efecto, para la tesis clásica el padre se responsabilizaba del acto, doloso o culposo, de un tercero. Si el acto no era tal, sino sólo un hecho que había producido unos efectos imprevisibles, por la concurrencia de una circunstancia ajena a su voluntad, era técnicamente imposible exigir la responsabilidad del padre, ya que fallaba el presupuesto básico.

La tesis clásica parte de un presupuesto que es inexacto. El padre no responde por culpa ajena sino por culpa propia en la vigilancia y educación. No se trata de una responsabilidad por acto ajeno sino por un acto propio. De aquí deriva una conclusión que es importantísima: no es imprescindible la culpa del menor para que se dé la responsabilidad del padre, basta con que se produzca un daño o lesión, en virtud de lo que se llama un acto objetivamente ilícito, para que el padre deba responder, si hubo culpa suya por permitir una determinada conducta del niño.

Partiendo de esa base, tenemos que considerar que el padre sólo podrá exonerarse de su responsabilidad cuando su conducta, siendo

(50) TRABUCHI, *Instituzioni di diritto civile*, Padova 1966, pág. 227.

diligente, no ha podido impedir el daño por haber concurrido alguna de las circunstancias del artículo 8 del Código penal.

Con todo ello queremos concluir que las circunstancias exoneratorias de la responsabilidad sólo podrán liberar al padre, cuando hayan incidido en la relación de vigilancia o educación, haciéndola imposible, pero no tendrán ese valor si actúan sobre la conducta del niño.

El padre que abandonando a sus hijos y desentendiéndose provoca el estado de necesidad de ellos, no puede ampararse en él para exonerarse de su responsabilidad, que supone la convivencia social o familiar y vigilar a las personas que están bajo su dependencia.

Esta misma postura, porque realmente también hubo caso fortuito, es la mantenida por la Sentencia de 29 de diciembre de 1962 en los que al dispararse casualmente una escopeta de un niño, y habiéndose alegado el caso fortuito por su padre o tutor el Tribunal no lo consideró, al declarar que el dejar en manos de un menor una escopeta supone de por sí no vigilarlo adecuadamente.

En definitiva esta es la postura admitida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1977, en la que por la cerilla arrojada por un menor se produce un incendio de un bosque y edificios colindantes. Por la defensa se alegó que el incendio había sido fortuito. El Tribunal rechazó este motivo y consideró que se produjo por falta de diligencia en la conducta del padre y textualmente, en su considerando, dijo: «Para nada influye en estos casos la mayor o menor graduación de culpa atribuida al agente productor del daño, ni las circunstancias que puedan rodear el hecho cometido por él en virtud del principio general de derecho *«quod est causae, est etiam causae causati»* y porque conforme a lo prevenido en el Código, la responsabilidad se extiende a los padres por los perjuicios causados por sus hijos menores de edad que viven en su compañía, derivando de un modo directo y no subsidiario del incumplimiento por su parte de deberes».

V. LOS DELITOS SEXUALES. QUIEBRA DE LA PRESUNCION

Ante una situación como esta, en la que todas las sentencias españolas antes citadas han negado a los padres la posibilidad de exonerarse en base a haber actuado con la suficiente diligencia en la vigilancia y educación, cabe preguntarse si hay razones para mantener en la práctica que se trata de una responsabilidad por culpa, o si el principio de protección de la víctima pesa tanto sobre los tribunales, que en la realidad del caso concreto se ha convertido en una obligación de garantía.

La misma cuestión se plantea M. Bessone (51) en Italia. Allí la

(51) MARIO BESSONE, *Il diritto di famiglia e delle persone*, julio-septiembre 1982, Milano, págs. 1011 a 1015. En el mismo sentido, G. Viney, en fecha bien reciente, llega a la conclusión respecto al Derecho francés que la presunción que establece el artículo 1.384 de su Código puede indiscutiblemente ser rechazada.

GENEVIEVE VINEY, *Traité de Droit civil, Les obligations. Responsabilité*, París, 1982, pág. 968.

solución es más sencilla porque, aunque se actúa con rigor por los tribunales a la hora de tener en cuenta cuál es la diligencia exigible, hay sentencias recientes que permiten la exoneración. Una de 15 de enero de 1980 dictada por el Tribunal de Casación en la que se establece que el deber de vigilancia impuesto *ex lege* debe de ponerse en relación con el grado de previsibilidad del evento dañoso, debiendo de ceder la presunción del artículo 2.048 al verificarse la imprevisibilidad. En otra de 7 de julio de 1979 el Tribunal de Apelación de Roma estableció: que no incurre en culpa quien no previene lo imprevisible, de forma que libera de responsabilidad a unos padres por considerar que se encuentra «fuera del radio de acción» del sujeto investido del deber de vigilancia. En base a esto, el citado autor considera esta responsabilidad como una obligación de garantía que surge *ex lege* y que grava a los padres, tutores y maestros, y en la que la prueba liberatoria es simplemente el límite.

Con relación a España pensamos que esta tesis es aplicable. De una parte porque nunca los Tribunales han establecido la responsabilidad objetiva de los padres, por el contrario implícita e explícitamente la responsabilidad la fundan siempre en la culpa *in vigilando* o *in educando*. De otra, la modificación introducida en el Código civil por Ley 11 de 1981, al establecer la patria potestad conjunta extendió la responsabilidad civil a ambos padres sin modificar en nada la posibilidad de exoneración. En el mismo sentido el proyecto de Código penal dc 1979.

Pero por lo que supone de quiebra del principio jurisprudencial ya visto, el supuesto más interesante es el de los llamados delitos sexuales. El artículo 444 del Código penal, según la redacción dada por la Ley de 27 de junio de 1983, establece que los reos de violación, estupro o rapto serán también condenados a indemnizar a la víctima.

En buena técnica jurídica el tipo de delito o falta cometido por el hijo no debería de tener trascendencia a la hora de hacer responsable al padre. Sin embargo, una constatación se impone con evidencia; ni los tribunales franceses, italianos, ni españoles consideran al padre civilmente responsable de los delitos sexuales.

Hay una Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, sala de lo Civil, de 29 de febrero de 1961. En ella el Juzgado de Primera Instancia de Yecla condenó a un hijo, menor de edad, del demandado como culpable de un delito de estupro, entre otras penas, a que abonara por vía de dote la cantidad de diez mil pesetas, así como a que reconociera la prole y la mantuviera. Requerido el condenado para el cumplimiento de la condena, manifestó que carecía de medios económicos. Se reclamó entonces al demandado, responsable como padre de los daños causados por el hijo menor. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia condenando al demandado a dotar a la víctima en la cuantía de diez mil pesetas y a alimentar al hijo de ésta durante el tiempo legal, en la cuantía que se fijara en los trámites de ejecución de sentencia. Apelada la sentencia fue revocada por la Audiencia Territorial que absolió al demandado. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

La Sentencia no entra en el fondo de la cuestión y libera al padre por razones procesales. Considera que: «Pertenecen a los Tribunales de orden penal el cumplimiento de los casos en que recae sanción sobre el acto ilícito o culposo realizado y, por el contrario, si se pone término a la causa por absolución o sobreseimiento, muerte o rebeldía del culpado o cuando al perjudicado le quede reservada la acción, en todos estos casos queda expedita, por determinación del artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la jurisdicción a los órdenes civiles, cuanto porque la responsabilidad civil subsidiaria por razón de delito o quasi delito, declarada en el artículo 21 del Código penal a los padres, en defecto de los directamente obligados, sólo alcanza a las infracciones que los directamente obligados cometan en el desempeño de sus funciones, circunstancia que en el caso de autos no ha ocurrido». Considera también: «Que no es lícito a la jurisdicción civil suplir las deficiencias o rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a otra jurisdicción».

Al final hace una alusión muy interesante, al decir que el artículo que se invoca —1.903— queda para supuestos distintos de aquellos a los que se quiere aplicar. Este último razonamiento es lo más significativo de la Sentencia.

La jurisprudencia francesa (52) considera que el padre y la madre de un hijo menor que habita con ellos, no pueden ser declarados responsables de las consecuencias de las relaciones sexuales tenidas por sus hijos, si no hay seducción dolosa y ruptura desleal de los esponsales. Cierta parte de la Doctrina de este país justifica esta postura, alegando que en la realización ha intervenido también la seducida. Nadie, dicen, puede quejarse de un acto en el cual voluntariamente ha tomado parte. Frente a ello se puede argumentar que precisamente lo que hoy se entiende que se protege en los delitos sexuales es la libertad de la voluntad de la víctima. En unos casos como en la violación, ésta no existe y en otros como en el estupro o en el rapto se encuentra viciada. Por otra parte, se puede argumentar, pese a que ya no es tan claro como antes de la reforma, que la indemnización no sólo tiene por objeto compensar a la seducida, sino también amparar al hijo que va a tener. En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia italiana (53).

A mi juicio, esta postura es técnicamente inexacta y discriminatoria. Los padres deben de responder de los daños y perjuicios causados por sus hijos, cualquiera que sea el tipo de delito o infracción que los proyoque. Es posible que en este tipo de delitos la vigilancia del padre se haga más difícil, por la dificultad de controlar una esfera tan íntima de los hijos como es ésta, pero ello no es razón para eximir a los padres. Si la vigilancia es difícil, lo que deben de hacer los padres es extremarla, se diría por la tesis clásica.

(52) París, 20 mayo de 1958, *J. C. P.* 1959, t. IV, pág. 8. Court de Cassation, 19 mayo 1953, *D.* 1953, pág. 15. Comentada por MAZEAUD en *R. T. D. Civ.*, 1953, pág. 697.

(53) Suprema Corte, 8 julio 1954, en *Resp. civ.*, pág. 32.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

Apuntes sobre la evolución del Derecho civil de la República Federal de Alemania en 1983

(Legislación y Jurisprudencia)

Por el Profesor Dr. HANS-LEO WEYERS

Ayudante, Beate Düring, Frankfurt

I

Desde la perspectiva del Derecho civil de la República Federal de Alemania, el año 1983 ha sido un año relativamente tranquilo. Las disposiciones complementarias (*Novelle*) sobre arrendamientos, de las que ya dimos cuenta (A. D. C. 1984, pág. 159), aunque han entrado en vigor en el presente año, ya estaban elaboradas en 1982 y habían sido discutidas públicamente. Por lo demás, tanto el legislador como los Tribunales —éstos en primer lugar— han continuado ocupándose de las consecuencias de la reforma llevada a cabo en la regulación del divorcio.

II

La «Ley sobre regulación de casos injustos en la nivelación de pensiones» (de 21 de febrero de 1983, *Bundesgesetzblatt* del año 1983, I, 105) constituye, como no pocas leyes de los últimos años, una reacción del legislador ante una decisión del Tribunal Constitucional.

Para entenderlo, es necesario aclarar brevemente el sistema de las consecuencias económicas de un divorcio en el Derecho alemán vigente, y de modo especial el llamado *Versorgungsausgleich* —nivelación de pensiones—, una original, pero extraordinariamente compleja regulación de la pensión por jubilación de los cónyuges divorciados (véase, ante todo, A. D. C. 1981, pág. 964). Si los cónyuges se divorcian después de largo tiempo de matrimonio el marido suele tener derecho a una pensión por jubilación, mientras que la mujer —que no ha ejercido ninguna actividad profesional en beneficio de la familia o la ha interrumpido ya— no tiene derecho o sólo tiene derecho a una pensión por jubilación mucho más reducida. Según la antigua regulación del divorcio, la

mujer tenía derecho, únicamente en determinadas circunstancias, a una prestación de alimentos que debía satisfacer su marido (del que se había divorciado). Tal prestación de alimentos puede obtenerla aún hoy día. Pero junto a ella, existe hoy, en los términos de los párrafos 1.587 y ss. del BGB, y con respecto a la pensión de jubilación, la llamada *nivelación de pensiones*. Esto significa que el derecho a pensión que los cónyuges habían adquirido durante el matrimonio, debía dividirse en principio entre ellos como cualquier otro elemento patrimonial, en el caso de divorcio, de manera que el «más rico» de los cónyuges debía entregar al «más pobre» la mitad de «la ganancia». Los detalles de la cuestión son bastante complicados, y no son importantes para la comprensión del fin que persigue la Ley de 21 de febrero de 1983. Hay que llamar la atención sobre lo siguiente: la distribución del derecho a la pensión tiene lugar en la mayoría de los casos de tal manera que el derecho a la misma que corresponde al cónyuge «más rico» se transmite en parte al «más pobre» (y por ello, generalmente a la mujer). Este derecho se convierte así en un derecho propio y autónomo del cónyuge «más pobre» (la mujer). Por eso no tiene en principio, después de haberse transmitido con arreglo a los párrafos 1.587 y siguientes del BGB, ninguna importancia el destino del otro cónyuge para la subsistencia de este derecho. Esto puede conducir a un enriquecimiento de las instituciones que tienen que satisfacer las pensiones. El ejemplo más claro es el de que la mujer muera antes de haber alcanzado la edad en que le correspondería percibir la pensión. En este caso no se le pagará a ella ni un marco, y en cuanto al marido se reducirá su derecho a la pensión en relación con el derecho de la mujer, y—lo que es decisivo— permanecerá reducido. El resultado es abiertamente injusto. Hay otros casos menos drásticos.

A la vista de tales resultados, la ley fue impugnada por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Bien es verdad que el Tribunal declaró que los párrafos 1.587 y siguientes estaban adecuados a la Constitución, pero añadió que la propia Constitución exigía una regla complementaria que estableciera una excepción para los «casos injustos», como es el del ejemplo antes indicado (premociencia de uno de los cónyuges). En esencia, la finalidad de la Ley de 21 de febrero de 1983 es establecer esa regla de excepción para casos injustos que exigía el Tribunal Constitucional. Por ello, en el caso de que el cónyuge titular hubiese muerto antes de haber empezado a pagarse la pensión, y por tanto la Caja de pensiones no le hubiese realizado ninguna prestación, la reducción del derecho del otro cónyuge debía anularse, de modo que éste reciba la pensión íntegra. Si sólo se hubiere pagado algo durante corto tiempo por razón de la cuota de pensión transmitida, se anularía también en parte la reducción sufrida por el otro cónyuge. La Ley regula también otros casos injustos. Pero nos llevaría muy lejos adentrarnos en los mismos. La Ley sólo estará en vigor hasta el 31 de diciembre de 1986. Después deberá dotarse de nueva regulación a la «nivelación de pensiones».

III

Como hemos dicho, la jurisprudencia también se ha visto fuertemente afectada por las consecuencias de la nueva normativa del divorcio. Dejando a un lado algunas otras sentencias del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de preceptos aislados del BGB (entre otras, la Sentencia de 27 de enero de 1983 sobre el parágrafo 1.587 b) III del BGB, *Neue Juristische Wochenschrift* de 1983, pág. 1417), hay que llamar la atención sobre algunas sentencias del Tribunal Constitucional. En la sentencia de 26 de enero de 1983 (*Neue Juristische Wochenschrift* 1983, 1548) se trataba de decidir si los mismos fundamentos que según el parágrafo 1.361 III del BGB en relación con el parágrafo 1.579 I n.º 4 del BGB bastan para excluir en los casos en que los cónyuges vivan separados el derecho a alimentos (generalmente a favor de la mujer) por razón de grave iniquidad —*grobe Unbilligkeit*—, bastan también para excluir el derecho de alimentos tras el divorcio. La cuestión se resuelve afirmativamente por el Tribunal Constitucional en los casos ordinarios, y especialmente en aquel en que el cónyuge con derecho a alimentos (la mujer) lo pierde por constituir una comunidad *more uxorio* con otra pareja durante su matrimonio, y esa comunidad continúa tras el divorcio. Es, sin embargo, una cuestión general, si el comportamiento —que no tiene hoy en principio ninguna significación para el divorcio mismo— puede tener alguna significación respecto de su derecho a alimentos. No se puede excluir que el legislador decida, en época próxima, sobre esta cuestión aun hoy tan discutida.

En su sentencia de 23 de febrero de 1983 (*Neue Juristische Wochenschrift* de 1983, 1.429) el Tribunal Constitucional se ha ocupado de la cuestión de la cuantía del derecho de alimentos de los hijos, tras el divorcio de los padres, cuando éstos —separadamente— viven en distinta situación económica. En una sentencia anterior (*Neue Juristische Wochenschrift*, año 1981, 1559), el Tribunal Constitucional resolvió que sólo el nivel de ingresos del cónyuge que satisface los alimentos en dinero es el determinante de la cuantía a que tienen derecho los hijos. En la sentencia más reciente, el Tribunal Constitucional ha añadido lo siguiente: no se deriva automáticamente de lo anterior que el derecho de alimentos de los hijos deba alcanzar una cuantía proporcional a los ingresos del progenitor obligado al pago. La prestación de alimentos a los hijos menores de edad debe abarcar el conjunto de sus necesidades vitales, pero no implica que aquéllos deban participar en el lujo del alimentista.

También ha tenido que ocuparse el Tribunal Constitucional de nuevo de un problema sobre las relaciones entre padres e hijos (Resolución de 31 de mayo de 1983, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1983, 2491). Según el parágrafo 1.634, I, 1, II, 1, inciso 1.º y II, 2.º del BGB, puede decidir el Tribunal de Familia en qué modo puede el progenitor, al que no corresponda la patria potestad, mantener relaciones personales con el hijo. Un Tribunal de Familia de Westfalia sometió

ese precepto al Tribunal Federal, consultando su constitucionalidad, pues a través del mismo cabía lesionar el derecho, garantizado por la Constitución, que corresponde al progenitor titular de la patria potestad. El Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del precepto, y fundamentó aquélla en que tanto la patria potestad de uno de los padres como el derecho de comunicación del otro están bajo la protección del artículo 6 de la Ley Fundamental. En caso de desacuerdo de los padres, el Estado debe tomar una decisión respetando los derechos fundamentales de aquéllos y haciendo que esto sea compatible con el bienestar del hijo.

En este A. D. C., año 1984, págs. 159 y 160, hemos informado ya sobre el proyecto de reforma del Derecho internacional privado de la República Federal de Alemania. A este tema corresponde también una resolución del Tribunal Constitucional de 22 de febrero de 1983 (*Neue Juristische Wochenschrift*, año 1983, 1.968), en la que se trataba de decidir sobre la constitucionalidad del artículo 15 de la EGBGB (Ley de Introducción al Código civil alemán). Según esa disposición, el régimen económico-matrimonial lo determina el Derecho del Estado al que pertenecía el marido al tiempo de la celebración del matrimonio. Como era de esperar, el Tribunal Constitucional declaró nulo este artículo por otorgar preferencia al marido.

IV

Un tema completamente nuevo es el abordado por nuestro Tribunal Supremo en su decisión de 7 de abril de 1983 (*Neue Juristische Wochenschrift*, año 1983, 2.073). Se trata de la cuestión de qué *status* ha de tener el niño engendrado artificialmente a través de la llamada heteroinseminación o inseminación por un extraño, es decir, con semen que no es del marido de la madre. En el caso controvertido, el marido de la madre había impugnado el carácter matrimonial del hijo, que le correspondía según las reglas legales, probando que él no era el padre del niño. El Tribunal Constitucional aprovechó la ocasión para hacer observaciones generales al problema de la heteroinseminación en su conjunto. Según las mismas, se trata aquí, en primer lugar, de una tarea del legislador. Por diversas razones, no corresponde a los Tribunales resolver el problema en su conjunto. Según el Derecho actual, no cabe privar en todo caso al marido de la madre de su derecho a impugnar el carácter matrimonial de tal niño. En todo caso hay que advertir que las circunstancias de la pretendida heteroinseminación eran, en este supuesto, bastante dudosas, y por ello quizá haya de ser tratado de nuevo el problema en posteriores sentencias.

V

En nuestro último informe (A. D. C., año 1984, págs. 163 y 164) aludimos ya al «caso de la madre enferma de rubeola». Entre tanto, el Tribunal Supremo se ha ocupado de nuevo de un caso semejante (Sen-

tencia de 22 de noviembre de 1983; *Neue Juristische Wochenschrift*, año 1984, 658). En este caso se trataba de una mujer que, ya con avanzada edad, había dado a luz un hijo mongólico. Es sabido que tal enfermedad del niño puede determinarse con un riesgo relativamente pequeño de error mediante el examen del líquido amniótico de la madre. Según el Código penal de la República Federal de Alemania, la provocación de un aborto en este caso no es punible. En el presente caso, el médico que trataba a la mujer embarazada no se había informado suficientemente sobre la posibilidad de analizar el líquido amniótico. El Tribunal Supremo declaró, en primer lugar, que el médico está obligado a probar que la mujer, correctamente asesorada, no habría consentido el referido examen, y, como consecuencia del mismo, tampoco la interrupción del embarazo. Dado que el médico no podía realizar la prueba a su favor, estaba obligado a indemnizar los daños. El deber de indemnizar abarcaba todo el sostenimiento del niño que había nacido con mongolismo. En la «decisión sobre la rubeola», el Tribunal Supremo resolvió exclusivamente con fundamentos procesales, si el médico debía indemnizar los mayores gastos de sostenimiento que debían satisfacer los padres, y que derivaban precisamente del defecto del niño. Ahora ha declarado categóricamente el Tribunal Supremo, que debían indemnizarse todos los gastos de sostenimiento realizados por los padres, pues si el médico les hubiese dado una correcta información, el niño no habría nacido.

VI

El 27 de septiembre de 1983 (*Neue Juristische Wochenschrift*, año 1984, 655) tuvo que tratar el Tribunal Supremo el problema de la llamada «operación del principiante». El núcleo del problema reside en que todo paciente tiene derecho a ser operado por el mejor método posible, y en que, por otro lado, cualquier médico sólo llega a tener la necesaria aptitud para ello a través de la práctica, y esta práctica comienza a adquirirla, en definitiva, con un enfermo cualquiera. En este caso, un médico auxiliar había realizado una operación de cuello a una enferma, conforme a las instrucciones del médico jefe correspondiente, y en ella resultó lesionado un nervio. Era la primera operación de esta naturaleza realizada por el médico auxiliar. El Tribunal Supremo reconoció a la enferma un derecho a indemnización por daño y perjuicios contra el hospital, aduciendo que la operación debía de haber sido supervisada por un médico experimentado. Respecto de la carga de la prueba, dispuso el Tribunal Supremo que pesaba sobre el hospital en lo relativo a la relación de causalidad entre las cualidades del médico principiante y el daño infringido a la enferma. La reclamación sólo puede dirigirse contra el médico auxiliar, según la decisión del Tribunal Supremo, cuando pueda reprochársele que, según sus conocimientos y su grado de experiencia, podía haber previsto la lesión de la enferma.

VII

La cuestión de si una persona puede exigir indemnización de daños y perjuicios si otra le ha «estropeado las vacaciones», ha sido ya objeto, repetidas veces, de decisiones judiciales. El problema jurídico reside en que, según el parágrafo 253 del BGB, los daños inmateriales sólo han de indemnizarse excepcionalmente. Por ello se ha discutido mucho si el tiempo de vacaciones, que una persona se ha ganado con su trabajo durante la mayor parte del año, y por el que quizás ha pagado un alto precio a una empresa turística, puede considerarse como un elemento del patrimonio material. Esta problemática ha entrado en una nueva fase con la Ley del contrato de viaje de 1 de octubre de 1979. Pues el nuevo parágrafo 651 f) II del BGB establece: «Si el viaje se frustra o se reduce notablemente, el viajero puede exigir, por pérdida inútil del tiempo de vacaciones, el correspondiente resarcimiento en dinero» (se sobreentiende: de la empresa turística). La cuestión jurídica que desde entonces se trataba de resolver era solamente, si de esta regla cabía deducir una conclusión analógica, o, a la inversa, una conclusión *a sensu contrario*. El Tribunal Supremo no se ha pronunciado terminantemente sobre esta cuestión, pero excluyendo en todo caso una conclusión analógica, sólo ha estimado correcta la consideración de este transcurso desaprovechado de las vacaciones en el marco del derecho a la indemnización por daños personales (parágrafo 847 del BGB).

VIII

Por último, hay que aludir a un problema especialmente complejo desde el punto de vista dogmático, que el Tribunal Supremo ha tenido que tratar en dos sentencias de 18 de enero de 1983 (*Neue Juristische Wochenschrift*, año 1983, 810 y 812). Se trata de la relación entre la acción derivada del contrato y la derivada del delito. En principio, según el Derecho alemán, el contratante cuyos derechos han sido lesionados puede fundar su acción para la indemnización de eventuales daños, en el incumplimiento del contrato, o, independientemente de lo anterior, y siempre que se den los presupuestos necesarios, en el delito. De ahí que si el arrendatario de un automóvil, por ejemplo, estropea el vehículo, el arrendador tiene tanto una acción derivada del contrato de arrendamiento como una acción derivada de la lesión de su propiedad. Pero el ejercicio de esta última acción presupone que el demandante es propietario de la cosa dañada. Y esto no se puede, ciertamente, afirmar, cuando el vendedor transmite al comprador una cosa, con un defecto que da lugar a la destrucción posterior de la cosa comprada. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en una conocida sentencia (*Neue Juristische Wochenschrfit*, año 1977, 379) —a mi entender desafortunada— ha reconocido la posibilidad de ejercitar una acción por delito en un caso en que, por defectuoso funcionamiento de un interruptor eléctrico, una

gran instalación se incendió y quedó destruida (es el llamado caso del «Schwimmerschalter», denominación que proviene del «interruptor de nivel» cuyo defectuoso funcionamiento provocó el incendio). Esta instalación fue suministrada al demandante por el demandado. Normalmente, el demandante sólo habría tenido por ello una acción derivada del contrato. Es evidente que el Tribunal Supremo quería conceder en este caso concreto al demandante, por causas que no pueden ser expuestas aquí detenidamente, una acción por delito que en el caso concreto resultaría más ventajosa para el demandante. Ha sentado con ello la peligrosa regla de que han de reconocerse acciones por responsabilidad civil cuando la cosa comprada (o adquirida de otro modo) tiene en una parte pequeña y determinada un defecto que luego produce la destrucción de la cosa comprada en su totalidad. No hace falta gran perspicacia para adivinar que ya han surgido grandes dificultades de esta regla, por no permitir claras delimitaciones. Esto ya se ha constatado en los casos citados. En el primer caso se había comprado un automóvil que tenía el cable del acelerador defectuoso. Como consecuencia de ello ocurrió un accidente, por el que el coche se estropeó. El Tribunal Supremo reconoció aquí también la procedencia de una acción por responsabilidad civil. En el segundo caso rechazó sin embargo tal acción. Se trataba de una «plataforma de elevación», es decir, de un aparato para levantar los automóviles durante su reparación, que tenía un defecto como consecuencia del cual un automóvil cayó de la plataforma y resultó gravemente dañado. En este caso se modificó la regla establecida en el «caso del interruptor» «Schwimmerschalter». Es dudoso, sin embargo, que la nueva regla —extraordinariamente complicada— vaya a tener una vigencia más larga que la anterior. Quizá dentro de algunos años tengamos que informar de algo nuevo sobre este punto.

Traducción a cargo de
ANTONIO PAU PEDRÓN
Registrador de la Propiedad

La codificación del Derecho internacional privado en la República Federal de Alemania(*)

JÜRGEN SAMTLEBEN

Instituto Max Planck de Derecho privado extranjero e internacional privado
Hamburgo

La codificación del derecho internacional privado alemán es un tema muy complejo que tiene varios aspectos diferentes. Para mi ponencia de hoy he escogido estos rasgos de la reforma que desde la vista de un observador español pueden ser los más interesantes. Para facilitar la distinción de los diferentes aspectos del tema he dividido mi exposición en tres partes: I. Los trabajos de codificación. II. Las normas generales del proyecto alemán. III. La parte especial del proyecto.

I. LOS TRABAJOS DE CODIFICACION

1. *Introducción*

En unas notas introductorias quiero hablar sobre la necesidad de la reforma del Derecho internacional privado alemán y sobre las razones que se aducen en pro y en contra de la codificación.

La regulación del Derecho internacional privado alemán se encuentra actualmente en la Ley de Introducción al Código civil (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*) de 1896. Estas normas se basan en concepciones del siglo pasado que hoy día

* Conferencia dictada en Madrid, el 31 de mayo de 1984, en el coloquio «La Codificación del Derecho Internacional Privado en Europa», organizado por el Departamento «Francisco de Vitoria» de Derecho Internacional en el Instituto de Ciencias Jurídicas del Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Se ha conservado el texto literal de la conferencia y sólo añadido algunas notas.

Para un resumen del coloquio, cf. A.-L. CALVO CARAVACA, «*IPR-Reform in Spanien und Deutschland*», en «*Rasels Zeitschrift*», vol. 48 (1984), pp. 745-748.

ya no corresponden a la realidad. En primer plano está el principio de nacionalidad, que tiene su fundamento en el nacionalismo político de su época. En segundo lugar se destaca la prioridad del derecho del marido en las relaciones familiares, que corresponde a la tradición patriarcal de la sociedad alemana del siglo diecinueve. Técnicamente, las normas de la Ley de Introducción eran insuficientes, porque consideraciones políticas llevaron a los legisladores a formular sólo normas unilaterales. Así, para la evolución del Derecho internacional privado alemán, desde el principio, el papel de la jurisprudencia era esencial.

Pero especialmente en las últimas décadas hubo cambios muy importantes en el orden social y jurídico. Actualmente, se encuentran más de cuatro millones de extranjeros en la República Federal de Alemania, un hecho que evidentemente pone en tela de juicio el principio de nacionalidad. Por otro lado, la posición dominante del marido no corresponde ya a la opinión pública y a la realidad social. Así hay muchos casos de matrimonios de alemanas con extranjeros en los cuales no se justifica siempre la aplicación del Derecho extranjero (1).

En el campo jurídico encontramos una evolución paralela. Las nuevas Convenciones de La Haya, de que Alemania es parte, han abandonado el principio de nacionalidad y dan preponderancia al lugar de la residencia habitual. Este hecho ha influido también en el Derecho internacional privado alemán fuera del ámbito convencional. Por otra parte, la Constitución de la República Federal de Alemania prevé en su artículo 3, par. 2 la igualdad de derechos de hombres y mujeres. Bajo este aspecto, las normas de la Ley de Introducción que remiten a la ley del marido, han sido declaradas inconstitucionales por los tribunales. Así la necesidad de una nueva codificación se impone.

Pero no hay sobre este punto una opinión unánime entre los autores alemanes. Hay voces muy autorizadas en contra de una codificación porque la consideran prematura y ven el peligro que una codificación inspirada por la problemática actual no sea apropiada para solucionar nuevos problemas que podrían surgir en el futuro. Personalmente no comparto esta opinión porque en este sentido nunca habrá un momento idóneo para la codificación. Por otra parte, el estado actual del Derecho internacional privado alemán es tan confuso y complicado que sólo puede ser manejado por los especialistas de la materia. Esto no se puede tolerar en una rama del Derecho que por su importancia práctica tiene que ser aplicada por muchos abogados y jueces. Por esta razón es urgente la reforma del Derecho internacional privado alemán y tenemos que dirigir nuestros esfuerzos a lograr una nueva codificación que sirva para solucionar los problemas de nuestra época.

(1) En el año 1982 hubo 18.000 matrimonios nuevos, según estadística en *Der Amtsvormund* 1984, p. 43.

2. Los proyectos

Ya hemos dicho que uno de los motivos principales de la reforma era el artículo 3 par. 2 de la Constitución alemana de 1949 (el art. 3 par. 2 entró en vigor cuatro años más tarde). La influencia de esta disposición sobre el Derecho internacional privado no era siempre indiscutida. Sobre esta cuestión hubo tres opiniones diferentes. La opinión mayoritaria después de la entrada en vigor del artículo 3 par. 2 negó toda influencia sobre el Derecho internacional privado porque las normas de colisión eran solamente Derecho formal sin ninguna implicación de mérito. Así se argumentó que no se podría saber de antemano si el Derecho del marido aplicable en un caso concreto sería más favorable o no para la mujer que su propio Derecho. Esta posición dominó también en la jurisprudencia de las primeras décadas bajo la nueva Constitución.

Una segunda opinión negó igualmente una influencia directa del artículo 3 par. 2 sobre el Derecho internacional privado, pero veía en esta norma una directriz para una legislación futura. Parece que esta opinión estaba todavía inspirada por la tradición de la Constitución de 1918 en la cual los derechos fundamentales sólo tenían carácter programático. Sobre esta base comenzaron los trabajos de codificación en el seno del «Consejo Alemán de Derecho Internacional Privado» (Deutscher Rat für Internationales Privatrecht), órgano consultivo del Ministerio de Justicia constituido por expertos, que entre los años 1954 y 1972 publicó sucesivamente cuatro volúmenes de proyectos e informes sobre las diferentes materias del Derecho internacional privado. Estos proyectos, que fueron retocados en los últimos años, constituyen la base de reforma actual. Por su contenido, siguen la tradición científica del Derecho internacional privado alemán, con una abierta inclinación al principio de nacionalidad.

Una tercera opinión, al principio solamente defendida por pocos autores, se pronunció por la inconstitucionalidad de aquellas normas de colisión que para las relaciones de familia remiten a la ley del marido. Esta opinión, basada en la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales según el artículo 1 par. 3 de la Constitución, encontró respaldo en la famosa decisión del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del Derecho español, la llamada «Spanierentscheidung», del año 1971 (2). Creo que todos ustedes están familiarizados con los detalles del caso en que un español soltero quería casarse con una alemana divorciada, lo que le fue negado en base al Derecho español, pero concedido por el Tribunal con base en la Constitución. Aquí el asunto principal era la realización entre el Derecho extranjero y la Constitución. Pero en ese

(2) Tribunal Constitucional, Sentencia de 4 de mayo de 1971, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 31, p. 58 = *Rabels Zeitschrift*, vol. 36 (1972), p. 145.

mismo contexto, el Tribunal Constitucional declaró que las normas de colisión sólo pueden considerarse en vigor si corresponden a la Constitución. Como la disposición del artículo 13 de la Ley de Introducción regula el matrimonio por la ley nacional de ambos contrayentes, esta norma quedó intacta.

A partir de esta decisión, la invalidez de varias normas de la Ley de Introducción, que están en conflicto con el artículo 3 par. 2 de la Constitución, era manifiesta. Con todo, la jurisprudencia sólo en los últimos años ha llegado a esta consecuencia, declarando inválidas las normas sobre régimen de bienes y sobre divorcio (3). El Ministerio de Justicia, ya en el año 1976, comenzó a trabajar en la reforma del Derecho internacional privado. Encomendó esta tarea al profesor Gunther Kühne, antes funcionario del mismo Ministerio, que publicó su proyecto en el año 1980. Este proyecto sigue los rasgos generales de los trabajos del «Deutscher Rat», pero contiene algunas modificaciones, dando más espacio a la autonomía de las partes (un tema que el prof. Kühne ya había tratado en su tesis de doctorado). Sobre este fundamento se elaboró en el Ministerio de Justicia un anteproyecto de ley (1981), que con algunas modificaciones se publicó en el año 1983 como proyecto de ley y se encuentra ahora en el proceso parlamentario (4). También este proyecto está basado en el principio de nacionalidad.

Finalmente, quiero referirme a dos proyectos no oficiales que fueron elaborados en el seno del Instituto Max Planck de Hamburgo. Se trata, por un lado, del proyecto de Paul Heinrich Neuhaus y su discípulo Jan Kropholler (5). Este proyecto puede considerarse como la suma científica de Neuhaus, profesor hoy emérito de la Universidad de Hamburgo. Se caracteriza por sus grandes líneas sencillas y por su tendencia de evitar regulaciones detalladas para dejar espacio a la jurisprudencia. En vez del principio de nacionalidad, los autores del proyecto proponen la residencia habitual como conexión principal. Pero hay que advertir que la noción de la residencia habitual es entendida por Neuhaus de manera diferente que en el lenguaje común, y no se refiere al mero hecho de la residencia, sino a la integración social en un determinado orden jurídico.

Por otro lado, están las propuestas de reforma elaboradas por un grupo de trabajo dentro del Instituto (6). Estas propuestas se orientan por la práctica diaria del Instituto que en muchos casos da informes para los tribunales alemanes sobre cuestiones de

(3) Tribunal Constitucional, Sentencia de 22 de febrero de 1983, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 63, p. 181 = *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1983, p. 562; Corte Federal, Sentencia de 8 de diciembre de 1982, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs*, vol. 86, p. 57 = *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1983, p. 255.

(4) *Bundestagsdrucksache*, núm. 10/504, de 20 de octubre de 1983.

(5) Publicado en *Rabels Zeitschrift*, vol. 44 (1980), p. 326 ss.

(6) Publicado en *Rabels Zeitschrift*, vol. 44 (1980), p. 344 ss.

Derecho internacional privado y extranjero. Por razones prácticas, se ha tomado como base el principio de nacionalidad, pero atenuando el rigor del principio por varias excepciones. Así este proyecto se caracteriza por su flexibilidad, lograda especialmente a través de conexiones alternativas y dando mayor espacio a la autonomía de las partes. El mismo grupo de trabajo después elaboró un informe crítico sobre el proyecto oficial y fórmulas alternativas para sus diferentes disposiciones (7).

3. El proyecto oficial

Para terminar con esta primera parte de mi ponencia quiero dar un breve resumen del contenido del proyecto oficial. Este proyecto está destinado a remplazar las respectivas normas de la Ley de Introducción de 1896. Para facilitar la aplicación de la nueva ley, se ha procurado conservar la numeración actual, de tal manera que la mayoría de las disposiciones bajo el mismo número trate la misma materia como antes. Sin embargo, se ha mejorado el plan y la división del respectivo capítulo, que lleva en el proyecto el título «Derecho Internacional Privado». Las dos primeras subdivisiones contienen la Parte General y el Derecho de las personas en los artículos 3-12. Sigue el Derecho de la familia y el Derecho de sucesiones en los artículos 3-12. Sigue el Derecho de la familia y el Derecho de sucesiones en los artículos 13-26. De estas normas generales y especiales del proyecto vamos a tratar en seguida más detalladamente.

Las demás subdivisiones del proyecto contienen la regulación de los contratos, copiando las normas de la Convención europea de Roma de 1980, y algunas modificaciones de las leyes de procedimiento. También se espera una futura codificación del Derecho de obligaciones no contractuales y del Derecho de bienes (8). De estas materias no se trata aquí, porque son objeto de otra ponencia en el coloquio.

II. NORMAS GENERALES DEL PROYECTO

En seguida quiero tratar de las normas generales del proyecto, entendiendo como tales no sólo las que se refieren a la Parte General del Derecho internacional privado en sentido estricto, sino también las normas sobre personas y negocios jurídicos en general.

(7) Publicado en *Rabels Zeitschrift*, vol. 47 (1983), p. 595 ss.

(8) El Ministerio de Justicia ha elaborado un anteproyecto sobre estas materias que fue distribuido en mayo de 1984.

1. Parte General

La Parte General del Derecho internacional privado ha encontrado en el proyecto sólo una regulación fragmentaria en los artículos 3-6 bajo el título «remisión» (Verweisung). Este título no trata de las cuestiones famosas como la cuestión previa, la calificación o la adaptación, y creo que lo hace con buena razón. Porque estos problemas son materia de la ciencia jurídica y no son apropiados para una codificación. En cambio, este título se limita a algunas normas básicas, y quiero dar primero un breve resumen de estas reglas.

El artículo 3 en su par. 1 nos da una definición del Derecho internacional privado, en su par. 2 establece la primacía de los tratados internacionales y en su par. 3 contiene una excepción general a favor de la *lex rei sitae* que es difícil de entender y explicar. (No voy a intentar aquí explicar esta regla, sólo anotar que nuestro Instituto se ha pronunciado en contra de esta norma de excepción y esperamos que se suprima durante el proceso parlamentario). El artículo 4 trata del reenvío y en su último párrafo de la determinación del Derecho aplicable cuando en el Estado respectivo existen diferentes sistemas legislativos (esta regla coincide con el art. 12 n.º 5 del Título preliminar español). Los siguientes artículos 5 y 6 se refieren al estatuto personal y al orden público. Se menciona expresamente como parte del orden público los derechos fundamentales de la Constitución. Aquí se nota la influencia de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional en el caso del español («Spanierentscheidung»). Pero hay que subrayar que conforme esta decisión no todo conflicto con los derechos fundamentales excluye la aplicación del Derecho extranjero, sino que debe valorarse también la intensidad de contacto que el caso concreto tiene con el exterior.

En mi ponencia de hoy sólo quiero estudiar más detenidamente la norma del artículo 4 sobre el reenvío, porque sé que este problema era muy controvertido en España hasta la reforma del Título preliminar en 1974. Es curioso que la codificación española y el proyecto alemán en esta materia parten de posiciones opuestas pero ofrecen para los casos más frecuentes de la misma solución. Así el artículo 12 n.º 2 del Título preliminar del Código civil español dice que la remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, pero admite como excepción el reenvío en favor de la ley española. En cambio, el artículo 4 par. 1 del proyecto alemán parte del supuesto que la remisión al Derecho extranjero incluye también su derecho internacional privado (exceptuados los casos en que la norma de colisión se refiere expresamente al Derecho material —esto se dice en el art. 3—). Pero si el Derecho extranjero remite al Derecho alemán, se aplica el Derecho alemán material sin admitir un reenvío ulterior a la ley extranjera. Lo que se puede resumir brevemente en que en ambos

ordenamientos se acepta el reenvío a la ley propia (reenvío de primer grado o de retorno).

Así teóricamente coinciden la ley española y el proyecto alemán en esta solución, pero no en los resultados prácticos. Supongamos un caso de un matrimonio de un alemán con una española casados en España y que tienen su residencia habitual en este país. Según el Derecho internacional privado español, las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges se rigen por la ley alemana que es la ley del marido (art. 9, núms. 2 y 3, Tít. prel.) (9). En cambio, según el proyecto alemán las relaciones entre los cónyuges se rigen en defecto de una nacionalidad común por la ley de la residencia habitual, en el caso la ley española (arts. 14 y 15 del proyecto). Si aplicamos ahora las normas sobre reenvío, llegamos al siguiente resultado: El juez español aplicaría en este caso la ley española, porque acepta la remisión de la ley alemana a su propia ley. En cambio, conforme al proyecto alemán, el juez alemán tendría que aplicar la ley alemana, porque la norma española remite a la ley del marido.

Ya es dudoso si este resultado no estaría en conflicto con el artículo 3 par. 2 de la Constitución alemana que establece la igualdad de derechos de hombre y mujer. En todo caso, de esta manera se pierde la armonía internacional de decisiones que se quería lograr con el reenvío. Por eso, nuestro Instituto ha propuesto una fórmula alternativa que evita estos resultados contradictorios. Se según esta fórmula se excluye el reenvío que abiertamente contradice los fines de la norma de conflicto alemana. Como la finalidad de la nueva codificación alemana es justamente asegurar la igualdad de derechos de hombres y mujeres en el Derecho internacional privado, en nuestro caso no se puede aceptar el reenvío a la ley del marido. Por eso, en última consecuencia se debe aplicar el Derecho español.

2. *Ley personal*

De las otras disposiciones de este título del proyecto nos interesa especialmente el artículo 5, que trata de la ley personal o del estatuto personal (en alemán «Personalstatut»). Ya hemos dicho que el proyecto —conforme a la tradición legal en Alemania y España— sigue el principio de nacionalidad y sólo subsidiariamente se refiere a la residencia habitual. Ahora el artículo 5 se ocupa de los casos de doble nacionalidad (par. 1), de los apátridas o personas con nacionalidad indeterminada (par. 2) y de la determinación de la residencia habitual de las personas incapaces. De estos párrafos

(9) Salvo que se considere que la Constitución española de 1978 ha derogado automáticamente las conexiones discriminatorias para la mujer cada contenidas en tales artículos, como sostiene el profesor Julio D. González Campos en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado, Parte especial*, vol. II, Oviedo, 1984, p. 173 y s.

los últimos no ofrecen mayores problemas y creo que ambos coinciden con el Derecho español. Por eso quiero limitarme aquí a la discusión del par. 1 sobre la doble nacionalidad.

En la práctica, el caso más frecuente de doble nacionalidad es la persona que tiene la nacionalidad del país del foro y de un país extranjero. Aquí la actitud casi unánime de las naciones es considerar sólo la nacionalidad del foro. Esta solución se justifica en el Derecho internacional público, pero no se adapta a los fines del Derecho internacional privado. Por ejemplo, según esta regla, a una persona con nacionalidad alemana y española, los tribunales aplicarían en Alemania el Derecho alemán y en España el Derecho español (art. 9, núm. 9, Tít. prel.), lo que también (como en el caso del reenvío) impide la armonía internacional de decisiones. Por eso, en los últimos años hubo una evolución en el Derecho internacional privado alemán, primero en la doctrina y después también en la jurisprudencia de la Corte Federal (10), en contra de la preferencia automática de la nacionalidad del foro. En cambio, la ley personal de estas personas con doble nacionalidad hoy se determina por criterios objetivos como en el caso de dos nacionalidades extranjeras. Esta solución, que también es defendida en otros países, era igualmente aceptada por todos los proyectos anteriores en Alemania. Sin embargo, el proyecto oficial ahora quiere dar otra vez la preferencia a la ley alemana, lo que se debe considerar como un verdadero retroceso.

Esperamos entonces que se quite esta norma del proyecto y que se siga para todas las personas con doble nacionalidad la misma regla. Pero, ¿cuál es esta regla? El proyecto alemán para el conflicto de dos nacionalidades extranjeras da preferencia a aquella nacionalidad a que la persona tiene la más íntima conexión, especialmente por su residencia habitual o su vida anterior. En cambio, el artículo 9, núm. 9, Tít. prel. del Código civil español en este caso remite a la regla sobre apátridas o personas con nacionalidad indeterminada, quiere decir que se aplica la ley de residencia habitual, que también puede ser la ley de un tercer Estado. Sé que esta regla, que igualmente encontramos en la nueva legislación húngara, es criticada por voces muy autorizadas en España (11). Personalmente, tengo mucha simpatía por esta regla, que tiene una larga tradición y ya fue defendida en el siglo pasado en forma similar por el fundador del principio de nacionalidad Mancini y por Franz Kahn en Alemania. Pero esta solución, que he expuesto más detalladamente en un trabajo escrito hace algunos años (12), no ha encontrado eco en el proceso codificador alemán ni en el seno del propio Instituto Max Planck. Por eso no quiero insistir aquí en este tema.

(10) Cf. Corte Federal, Sentencia de 17 de abril de 1980, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1980, p. 2016, con nota de SAMTLEBEN, ibid., p. 2645.

(11) Cf. PÉREZ VERA, *Derecho internacional privado, Parte especial*, Madrid, 1980, p. 77 ss.

(12) SAMTLEBEN, *Rabels Zeitschrift*, vol. 42 (1978), p. 456 ss.

3. Derecho de las personas

Ahora vamos a comentar brevemente los artículos 7-12 del proyecto sobre Derecho de las personas y negocios jurídicos. Primero hay que resaltar que el proyecto sólo trata de las personas naturales y no de las personas jurídicas o de las sociedades. En cambio, las propuestas del Instituto contienen una norma sobre un aspecto particular, la forma de los actos o contratos sociales (un problema que en los últimos años frecuentemente ha ocupado la doctrina y jurisprudencia alemana).

El proyecto oficial regula en los artículos 7-10 la capacidad, la interdicción civil, la declaración de muerte y el nombre de la persona. La capacidad de las personas se rige como en el Derecho español por la ley de su nacionalidad (igualmente se admite el principio que un cambio de nacionalidad y la declaración de muerte pueden pronunciarse en Alemania en ciertos casos según el Derecho alemán). Los siguientes artículos 11 y 12 sobre la forma de los actos jurídicos y la protección de la otra parte contratante tienen su origen en la Convención europea sobre el derecho aplicable a las obligaciones contractuales. La incorporación de las normas de la Convención en la ley alemana suscita problemas especiales que son objeto de otra ponencia en este coloquio.

Algunas anotaciones sobre el artículo 10 que regula el Derecho aplicable al nombre y apellido de las personas. Sobre esta cuestión existen en Alemania tres concepciones muy divergentes. En principio hay conformidad que el nombre y apellido de la persona se rige por su ley personal. Este principio ha encontrado su expresión pura en el proyecto Neuhaus y Kropholler. Pero este principio está modificado en la doctrina y jurisprudencia por otras dos corrientes opuestas. Así la opinión tradicional en el Derecho internacional privado alemán sigue la idea que la adquisición o modificación del nombre y apellido que tiene su origen en el Derecho de familia, se rige por la *lex causae*, p. ej., la ley aplicable a la filiación, la legitimación, al matrimonio o al divorcio. Todavía se basan en esta concepción los proyectos del Consejo alemán (Deutscher Rat) y del prof. Kühne. En cambio, una tendencia más moderna que ha encontrado su expresión, p. ej., en las propuestas de nuestro Instituto, quiere dejar también en esta materia más espacio a la autonomía de las partes. La jurisprudencia durante muchos años siguió la teoría de la *lex causae* y solamente en los últimos años ha evolucionado en el sentido de que por un lado se respeta la ley nacional del hijo y por otro se concede cierta autonomía a la esposa para elegir la ley aplicable a su apellido. Especialmente los matrimonios entre cónyuges alemanes y españoles y los hijos de estas parejas han ocupado en muchos casos los tribunales, dando lugar a un sinnúmero de controversias.

También el artículo 10 del proyecto oficial parte del principio que el nombre y apellido se rige por la ley nacional de la persona

(par. 1). No ha seguido la teoría de la *lex causae*; en cambio admite en cierta medida la autonomía de las partes. Así dice el par. 2 que al hijo natural también se puede dar el apellido según la ley personal de uno de los padres o de la persona que le da su apellido. Aquí se nota la influencia del informe crítico de nuestro Instituto, porque el anteproyecto del Ministerio no contenía la excepción en esta forma. Sin embargo, no se entiende por qué el par. 2 limita esta excepción a los hijos naturales, ya que los mismos problemas se presentan con los hijos legítimos o legitimados. Igualmente en el caso del matrimonio el artículo 10 abre en los pars. 3 y 4 para los cónyuges ciertas posibilidades de elegir su apellido según una ley que no sea su ley personal. Pero también aquí estas posibilidades son muy limitadas y necesitan ser ampliadas para corresponder a la variedad de casos que se presentan en la práctica. No puedo aquí entrar en detalles, por eso remito a los que se interesan por este asunto a nuestro informe crítico sobre el proyecto oficial.

III. LA PARTE ESPECIAL DEL PROYECTO

En la tercera parte de mi ponencia quiero referirme a la Parte Especial del proyecto alemán, especialmente a las siguientes materias: matrimonio, filiación y sucesiones.

1. *Derecho matrimonial*

El derecho matrimonial se encuentra regulado en los artículos 13-17 del proyecto, que tratan de la celebración del matrimonio, de los efectos personales y patrimoniales del mismo y del divorcio. Según el artículo 13, los requisitos de fondo para contraer matrimonio se rigen para cada uno de los cónyuges por su ley personal. Pero se puede prescindir de la aplicación de esta ley, si coinciden los siguientes supuestos: 1. uno de los cónyuges es alemán o tiene en Alemania su residencia habitual; 2. debe existir un conflicto con la garantía constitucional de la libertad del matrimonio, p. ej. en caso de un divorcio en Alemania no reconocido en el país de nacionalidad, y 3. los contrayentes han hecho esfuerzos razonables para cumplir con su ley personal (p. ej. intentado un juicio de *exequatur* en su país). Aquí se manifiesta la influencia directa de la decisión del Tribunal Constitucional en el caso del español («Spanierentscheidung») y de la discusión siguiente en la doctrina y jurisprudencia.

Para la forma de celebración del matrimonio en Alemania, el artículo 13 contiene en su par. 3 una regulación especial que corresponde al Derecho vigente. Según esta norma, la forma del matrimonio civil del Derecho alemán en principio es obligatoria para todos los matrimonios realizados en Alemania. Esta regla choca con aquellos ordenamientos jurídicos que —como anteriormente

el Derecho español— exigen de sus nacionales en el extranjero la observancia de su ley nacional. Por eso el artículo 13 par. 3 abre una excepción para los matrimonios de extranjeros realizados ante una persona autorizada por el gobierno del Estado nacional de uno de los cónyuges. Esta excepción, que corresponde al artículo 50 del Código civil español, se aplica p. ej. a los matrimonios ante los cónsules autorizados a realizar tales actos. El Convenio entre España y Alemania del año 1872 sobre relaciones consulares no prevé una semejante autorización (y tampoco los cónsules alemanes en España están autorizados a realizar matrimonios). En cambio, para los cónsules españoles en Alemania tal autorización resulta del artículo 51 par. 3 del Código civil. Pero estos matrimonios sólo serán considerados válidos en Alemania si ninguno de los contrayentes es alemán, de lo contrario se trata de matrimonios claudicantes. Por eso, la norma del artículo 13 par. 3 debe considerarse insuficiente.

Más grave todavía es la situación en cuanto a los matrimonios religiosos. Para los españoles católicos en Alemania, el matrimonio canónico es admitido por el artículo 44 del Código civil y se puede realizar ante cada párroco. Pero según el Derecho internacional privado alemán, estos matrimonios serán inválidos, porque la autorización del sacerdote resulta del Derecho canónico y no proviene —como exige el texto legal— del gobierno del Estado nacional de uno de los cónyuges. En el pasado se ha encontrado para estos casos la solución en que el gobierno español ha autorizado expresamente a determinados sacerdotes en Alemania para celebrar tales matrimonios. Esta autorización, a pesar de no tener ninguna relevancia ante el Derecho canónico, era suficiente para el Derecho alemán. Pero esta solución tenía sus inconvenientes, porque no siempre se podía probar la autorización del sacerdote por el gobierno español. Por eso, se impone una reforma del proyecto alemán en el sentido de admitir para la forma del matrimonio tanto la *lex loci celebrationis* como la ley nacional de uno de los cónyuges (esta es la propuesta de nuestro Instituto).

Los siguientes artículos 14-17 del proyecto alemán tratan de los efectos personales y patrimoniales del matrimonio y finalmente del divorcio. Aquí se sigue en principio el sistema de unidad, lo que quiere decir que se pretende determinar la ley aplicable para todas estas materias por la misma conexión. Se habla aquí del estatuto de la familia («Familienstatut»), que se determina por la nacionalidad común de los cónyuges o en su defecto por ciertas conexiones subsidiarias. Pero lo que varía en estas disposiciones es el momento decisivo para la conexión: para los efectos personales, la ley aplicable puede cambiar junto con el elemento de conexión, en cambio para los efectos patrimoniales es decisivo el momento de la celebración del casamiento (salvo un pacto contrario de los cónyuges) y para el divorcio el momento de la acción judicial (salvo una excepción en favor de cónyuges alemanes). Creo que este sistema coincide en general con el Derecho internacional

privado español. Lo que difiere, como ya hemos visto, son las conexiones subsidiarias. En defecto de una nacionalidad común de los cónyuges durante el matrimonio el Derecho español remite a la ley del marido, en cuanto el proyecto alemán declara aplicable la ley de la residencia habitual. (Omito aquí las otras conexiones subsidiarias.)

Estas normas del proyecto han merecido la crítica de nuestro Instituto, especialmente por las siguientes razones: 1. la inmutabilidad del régimen económico matrimonial, que no corresponde a las tendencias modernas de reforma y a las exigencias de la práctica; 2. la regulación insuficiente de la autonomía de las partes para los efectos personales y patrimoniales tanto del matrimonio como del divorcio; 3. la concepción errada del artículo 17 sobre divorcio, ya que dificulta el divorcio de extranjeros en Alemania y sólo prevé una excepción unilateral en favor de cónyuges alemanes. Otras críticas se refieren a problemas especiales como la prohibición del divorcio sin acción judicial («Privatscheidung») en Alemania o la regulación inadecuada del reajuste de los derechos a la pensión después del divorcio (el llamado «Versorgungsausgleich» del Derecho alemán). Por limitación de tiempo, no voy a entrar aquí en la discusión de estos problemas.

2. Derecho de filiación

En materia de filiación la situación es todavía más complicada porque en esta materia Alemania está ligada por varios tratados internacionales. Así Alemania es parte del Convenio de La Haya sobre la obligación alimenticia entre parientes de 1973. Igualmente está en vigor el Convenio de 1961 sobre protección de menores. Estos convenios tienen gran importancia práctica, porque se aplican a todos los menores con residencia habitual en Alemania, sin considerar su nacionalidad. Por eso, el proyecto alemán quiere incorporar en el artículo 18 las normas del Convenio sobre la obligación alimenticia de 1973. En cambio, en materia de tutela el artículo 24 contiene una regulación autónoma, que sólo se aplica a los casos fuera del ámbito del convenio sobre protección de menores. Sin embargo, entre España y Alemania esta materia se rige todavía por las normas del Convenio consular de 1872 y de la Convención de La Haya de 1902.

Las otras materias relacionadas con la filiación están reguladas en los artículos 19-23 del proyecto. También en esta parte el proyecto sigue la idea del «estatuto de la familia» (Familienstatut). Así la filiación legítima, la legitimación y la adopción por uno o dos cónyuges se rigen por la ley aplicable a los efectos personales del matrimonio. Este principio, que está modificado y complementado por otras reglas secundarias, parece algo doctrinal. La regulación del proyecto no tiene en cuenta, que también en esta materia hay varias interferencias con los tratados internacionales, y por eso conduce en la práctica a resultados poco convenientes.

3. Derecho de sucesiones

Finalmente algunas consideraciones sobre el Derecho de sucesiones, que está regulado en los artículos 25-26 del proyecto alemán. Ningún problema ofrece la regulación de la sucesión intestada en el artículo 25, el cual como el derecho vigente —y conforme al art. 9, n.º 8 del Código civil español— remite a la ley nacional del causante. Para la forma de los testamentos rige en Alemania el Convenio de La Haya de 1961 que con su principio de múltiple conexión tiende al «favor validitatis». El proyecto alemán quiere incorporar las normas de esta Convención en el artículo 26 y extiende su ámbito de aplicación también a la forma de los pactos sucesorios. Por lo demás, el último párrafo del artículo 26 sujetaba la validez de las disposiciones de última voluntad a la ley nacional del testador o disponiente en el momento de su otorgamiento. Más acertado parece la regulación del artículo 9, n.º 8 del Código civil español, el cual en caso de cambio del estatuto personal del testador antes de su muerte sigue el principio del «favor validitatis» (así también las propuestas de nuestro Instituto). Tampoco los otros problemas que resultan de un tal conflicto móvil —muy discutidos en la doctrina y jurisprudencia— han encontrado en el proyecto una solución adecuada.

Pero el punto más controvertido en la discusión de reforma ya no aparece en el proyecto oficial. Desde hace varios años se ha propuesto en la doctrina alemana admitir la autonomía de las partes también el Derecho internacional privado sucesorio. Conforme esta opinión, el testador puede elegir la ley aplicable a su sucesión, lo que resulta muy práctico para evitar conflictos que puedan resultar de la situación de la herencia en diferentes países o de una divergencia entre el Derecho sucesorio y el régimen económico matrimonial. Como ya he mencionado en mi ponencia, éste era el tema de doctorado del prof. Kühne y por eso no es de admirarse que en su proyecto siguiera esta opinión. Pero también los otros proyectos —incluso el anteproyecto hecho por el mismo Ministerio— admitieron la autonomía del testador en el Derecho internacional privado sucesorio. El único punto controvertido era el ámbito de esta autonomía, es decir la enumeración de las legislaciones que el testador podría elegir. Parece que el Ministerio, cansado de estas controversias, al final llegó a suprimir la autonomía del testador en el proyecto oficial por completo. Pero las razones que se aducen en los motivos —la posibilidad de fraudes y abusos— no son convincentes y se podrían eliminar con una cláusula de excepción en favor de los parientes más próximos, como la hemos formulado en nuestras propuestas.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Estos son los grandes rasgos de la proyectada reforma del Derecho internacional privado alemán en materia de familia, Derecho

de personas y sucesiones. El proyecto oficial se encuentra ahora en una comisión del parlamento que lo va a considerar en este período legislativo, así que podremos contar con una nueva Ley de Introducción antes de 1987. No se sabe todavía cuáles serán las modificaciones que se incluyan en el proyecto durante el proceso parlamentario. Por eso es difícil dar un juicio final sobre los resultados de la reforma. En todo caso, se espera una simplificación y clarificación del Derecho internacional privado alemán. En cuanto a los resultados prácticos, muchas disposiciones del proyecto oficial pueden ser mejoradas y perfeccionadas. En mi ponencia de hoy, no he podido entrar en todos los detalles de la problemática. Pero seguramente volveremos a estos detalles en la discusión.

Muchas gracias.

VIDA JURIDICA

Reimpresión del "Negocio Jurídico" de Federico de Castro

La Editorial Civitas, como ya ha hecho con el «Derecho Civil de España», proyecta publicar, a comienzos de 1985, una reimpresión fotográfica del «Negocio Jurídico», de Federico de Castro. El libro, que sin duda puede considerarse la más autorizada exposición de la materia en nuestra literatura jurídica, es de sobra conocido y, por ello, no necesita presentación. Sin embargo, al dar cuenta de la próxima aparición, ha parecido conveniente ofrecer a los lectores del Anuario el prólogo que con este motivo ha redactado Juan Vallet de Goytisolo.

1. Entre los trabajos del profesor don Federico de Castro y Bravo —«el más grande entre los muchos y grandes juristas de habla castellana» (Luis Figa Faura), el maestro que «vale por un siglo de ciencia española» (Manuel Peña) y que «rescata para los juristas la verdad y la justicia» (Antonio Hernández Gil)—, tal como subrayó este último, puede considerarse que sus tres grandes obras son «el Derecho Civil de España, El negocio jurídico y el Anuario de Derecho Civil».

De la segunda —que Civitas reproduce en la edición facsímil que presentamos— el mismo Hernández Gil, en el elogio fúnebre que pronunció en el Pleno de Académicos de la Real de Jurisprudencia y Legislación, comentó que «es una monografía exhaustiva en la que nada falta ni sobra. Hay en ella análisis minucioso, síntesis, ideas esenciales acerca de la naturaleza del derecho, de la persona y de la voluntad y de su autonomía, datos históricos y sociológicos, referencia a las ideologías, explicación crítica de las doctrinas, detalles jurisprudenciales, casos prácticos, sentido de la proporción y de la unidad, todo en fin».

La dedicación de don Federico de Castro a la Parte General del Derecho Civil dimanaría de un hecho providencial. Catedrático de Derecho Civil a los veintiséis años, llegaría a la Universidad de Madrid como Catedrático de Derecho Internacional Privado que, también por oposición, ganó en 1934. La reposición en esa cátedra del profesor don José de Yauguas Messía, dio lugar a que se le asignara, en la misma Universidad Central, la Cátedra de la Parte General del Derecho Civil, que ocupó hasta su jubilación.

La exposición de esta parte general —que constituyó una de las tareas

que se propuso realizar—, si bien en su Derecho Civil de España sólo llegó a concluir los dos impresionantes volúmenes, dedicados a la Introducción del Derecho Civil, el I, y al Derecho de la Persona, el II, lo complementaría, en 1967, con el volumen *El negocio jurídico*, que aquí se reimprime, y vino a complementarlo, más sintetizadamente, podando drásticamente del texto el aparato erudito que tenía preparado, citas, discusiones jurídicas —según él mismo explicó al presentar la obra— en sus Temas del Derecho Civil, que abarcaban las restantes materias: Bienes de la personalidad, Patrimonio, Persona jurídica, Representación, Abuso de los derechos, Prescripción, Caducidad, dadas a luz con la finalidad estricta de la docencia y que sirvieron, como «Lecciones», para sustituir los «Apuntes» tomados de sus explicaciones en la cátedra —que circulaban entre los estudiantes—. El tema de La persona jurídica resultó ampliado con la publicación por Civitas, en 1981, con este mismo título de la compilación de los diversos e importantísimos estudios monográficos que había dedicado a La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica (1949), ¿Crisis de la Sociedad Anónima? (1950), Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares (1953) y Formación y deformación de la persona jurídica (1964), más el tercero de los citados Temas de Derecho Civil destinado al estudio de la persona jurídica.

El negocio jurídico es, por consiguiente, uno de los volúmenes acabados y plenamente logrados de la obra que, don Federico de Castro, realizó editando la Parte General del Derecho Civil.

2. El negocio jurídico ofrece algunas características específicas, dentro de la tónica general de toda la obra del profesor De Castro, en la que late un afán renovador «que le afirma y reafirma en sus valores esenciales contemplados desde la perspectiva de nuestro tiempo»; de un cambio que «es, a la vez que transformación, reencuentro, retorno, fidelidad a las líneas maestras del modelo clásico, y no sólo inclinación innovadora», sobre los «grandes soportes: el derecho natural como ontología definitoria del ser y como ética del comportamiento; y la historia, como testigo de lo que dura, evoluciona y, en ocasiones, perece» (Antonio Hernández Gil).

Advertimos que *El negocio jurídico* fue editado por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, como volumen X del Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil, que el mismo don Federico había proyectado y del que tan sólo llegarían a publicarse, además de éste, los volúmenes: 43, La transacción, por el profesor Antonio Gullón Ballesteros; 50-I, La sociedad de gananciales, por el profesor Alfonso de Cossío y Corral; 58-I* y 58-I**, por quien aquí escribe, y 61-I, La herencia y las deudas del causante, por Manuel Peña y Bernaldo de Quirós.

El Prólogo de *El negocio jurídico* comenzaba planteando las preguntas de por qué y para qué todavía otro libro sobre el negocio jurídico; puesto que, a partir de algo más de un siglo antes, se habían publicado sobre esa materia «tantos estudios, que su simple mención bibliográfica llenaría un libro de regular formato», iniciados y fomentados «en el clima cultural del pandectismo alemán».

El autor responde que, aun cuando tal bibliografía ha originado «estu-

dios de agudeza e ingenio difícilmente superables», ha adolecido «de un creciente carácter teórico abstracto. Vicio de origen no corregido y que lleva a que la censura de alejamiento de la realidad, dirigida contra el pandectismo, se extiende a la generalidad de los estudios sobre el negocio jurídico».

Por ello, a fin de corregir ese defecto, explica el autor de este libro que, en él, «se han recogido y examinado varios centenares de sentencias del Tribunal Supremo. Se han estudiado los casos presentados en sus resultandos y se han valorado los dichos de sus considerandos, en función de lo decidido en los fallos. Estudio crítico de la doctrina jurisprudencial, con el que se ha pensado sería posible conseguir mejor conocimiento del sistema jurídico español sobre el negocio jurídico».

Es decir, seguimos en un Derecho Civil de España. No sólo por el profundo estudio de nuestra jurisprudencia, sino también por el certero aprovechamiento de los antecedentes históricos, en especial de los autores de los siglos XVI y XVII, que tan bien conocía don Federico Pero se trata de un derecho español contrastado, en semejanzas y diferencias, con las más modernas corrientes doctrinales de los distintos sistemas jurídicos extranjeros. En un libro, a la vez, doctrinal y práctico, donde las más elevadas y abstractas doctrinas elaboradas son contrastadas con la historia jurídica y con la realidad práctica vividas antaño y hogaño.

Se distribuye en seis partes.

La I trata de la doctrina general de la autonomía de la voluntad, en la que se basa el negocio jurídico del que perfila la figura, su estructura y su interpretación.

La II contempla los vicios y defectos del negocio jurídico.

La III trata ampliamente de la doctrina de la causa, en doce capítulos magistrales.

La IV enfoca, a la vez, la causa y la relación negocial. Lo que le permite iluminar la clasificación de los negocios, distinguir los negocios formales y los llamados abstractos en su diversos tipos, así como la influencia continua da de la causa en la relación negocial, con las discutidas cuestiones de la cláusula «*rebus sic stantibus*» y de la base del negocio.

La V se ocupa de los negocios anómalos: simulados absoluta o relativamente; en fraude de la ley; fiduciarios; indirectos.

La VI examina la ineeficacia de los negocios jurídicos: nulos, anulables, rescindibles; sin olvidar la nulidad e ineeficacia relativas, la denominada anulabilidad absoluta y la inoponibilidad.

3. El estudio de El negocio jurídico parte del examen de su fundamento, que no es otro sino la denominada autonomía privada o autonomía de la voluntad, puesta a plena luz en el capítulo I.

De Castro, para ello, deja de lado la «potente carga sentimental y valorativa (¡libertad!, ¡derechos del individuo!)», que suele contener esta expresión; pues, «cree indispensable dejar de lado los prejuicios y estar atento a su complejo significado real».

Ante todo, señala que no corresponde a su sentido etimológico (nomos = ley; autos = propio, mismo), que más propiamente designa la potestad nor-

mativa de las corporaciones y demás cuerpos intermedios (antaño —añadimos— habría podido designar la del padre en su propia familia). Pero, añade que, no obstante esta crítica, ya expuesta en tiempo de Savigny, ha seguido empleándose esa expresión por considerarse de mayor peso que ellas, y por su utilidad de evocar el ámbito de independencia y libertad dejado a cada persona, que es el espacio central del Derecho privado.

A continuación, indica que «resulta engañoso» decir que «consiste en una libertad de hacer o no hacer, de prometer y obligarse, en demarcar un círculo de libertades o de lucha libre para los individuos exento de la intervención del Estado»; pues, «se pretende algo más, se pide que el acto o la declaración de voluntad tenga un valor jurídico específico que sea vinculante, con lo que se niega la libertad de desdecirse o retractarse. *«Contractus ab initio est voluntas, ex post facto necessitatis»*; lo que requiere la intervención del aparato coactivo del Estado para exigir el cumplimiento de lo debido o el pago de una indemnización.

De Castro no acepta ni la concepción normativista —que considera la autonomía de la voluntad como «simple ocasión para que actúe la máquina del Estado»— ni la individualista —que la considera como algo que «sólo a los interesados importa, por lo que se les ha de negar toda justificación a las normas imperativas que la limiten»—; y proclama que «es una exigencia que lleva consigo la misma condición de la persona humana», y que «la intervención resolutiva del Estado con el despliegue de todas sus fuerzas (jueces, funcionarios de la administración, agentes ejecutivos, policía)», «habrá de tener su propia justificación», «valorada desde el punto de vista de la comunidad», es decir, con la explicación del criterio del bien común, sostenido por el iusnaturalismo clásico.

Digamos que bajo este punto de vista, no debe existir una dialéctica entre Estado e individuos en orden a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas, ni dos ámbitos cerrados —uno de subordinación y otro de libertad— en los que respectivamente, uno y otros, impongan su voluntad: el Estado heteronómicamente, con leyes, y los individuos autonómicamente, con los negocios jurídicos, en aras de autonomía de su voluntad. El bien común ha de señalar la pauta en todo el campo del derecho que deben respetar, al positivizar lo que haya de ser derecho, tanto el Estado como los particulares, y que ese respeto, no sólo constituye un deber moral, sino que se debe imponer como condicionante del valor jurídico, tanto de las normas emanadas de aquél como de los negocios jurídicos dimanantes de éstos.

Todo esto explica que, desde el momento en que el hombre ha querido adecuar el orden de las cosas a sus ideas abstractas, tanto el concepto de la autonomía privada como su negación, e, igualmente, el de los derechos sujetivos, se hayan «contaminado por las diversas ideologías modernas y contemporáneas» que —en palabras de don Federico— dan «acritud y sentido a las disputas teóricas más abstrusas sobre el negocio jurídico y el derecho subjetivo», tanto más por «la conexión y dependencia mutua entre lo político social y lo jurídico». Por ello, estima De Castro que el significado sociológico y político de la autonomía privada y su evolución, según épocas y países, puede ser provechoso preliminar para el estudio del negocio jurídico, obser-

vando panorámicamente —aunque sea de modo esquemático e incompleto— cómo en éste ha venido jugando el principio de la autonomía privada, en el curso de la Historia, y «produciendo efectos distintos y hasta contrarios, según la diversa coyuntura social».

A efectos de esa perspectiva, distingue el autor:

a) El antiguo régimen. En él señala que, en contra de lo que había llegado a ser opinión común, la intrincada red de derechos y obligaciones propias de los diversos tipos de feudalismo tuvieron como última justificación y base jurídica el respeto a la palabra dada solemnemente, por el cual, en contra del Digesto 2, 14, 18, «modus et conventio vincit legum». Perspectiva que hemos visto confirmada en nuestros estudios en torno del pactismo y de la libertad civil.

b) El liberalismo de la Ilustración desconoció que la autonomía privada —señala De Castro— «sirvió de base al antiguo régimen», del que no tuvo presente sino «una organización ya anquilosada, trabada por innumerables viejos vínculos heredados, ataduras que estorbaban el desarrollo y progreso social», y pensaron que bastaba su supresión para que «reine para siempre la libertad».

El pandectismo de la primera generación confirmaría científicamente el axioma «voluntas facit legem», al centrar el Derecho privado en torno de los conceptos de derecho subjetivo y de negocio jurídico.

c) La mercantilización del Derecho privado se produjo en la segunda generación del pandectismo. El dogma de la autonomía de la voluntad es mantenido; «pero ya no como expresión del respeto a la libertad individual, sino como un eficaz instrumento para el desarrollo del comercio». Se atiende a lo declarado y no a lo querido, a la protección del diligente hombre de negocios; a crear, fortalecer y ampliar privilegios en favor de prestamistas, comerciantes, industriales, financieros y, paralelamente, a la supresión y poda de los que aún conservaban labradores, ganaderos y artesanos.

d) El normativismo positivista se inició en esa última indicada posición: Los negocios abstractos y la tipificación «conducen a reforzar la tendencia a excluir toda consideración extraña a la voluntad declarada (protección de incapaces, de las minorías en las sociedades, de quienes actúan por necesidad), y, con ello, la de la significación social del negocio (causa). Los derechos subjetivos, sin distinción, serán calificados de absolutos (sin limitaciones implícitas), y, por tanto, no censurables aunque sean ejercitados ilimitadamente».

e) La preservación de los valores morales actuó siempre de contrapeso a la tendencia acabada de contemplar. Aunque ésta acabó con algunas figuras amparadas en los principios de justicia y equidad (justo precio, rescisión por lesión, grave desigualdad social), otras se conservaron o han renacido «con creciente energía en los últimos años (potenciación de la buena fe, condena del fraude y del abuso del derecho, responsabilidad objetiva y por actos propios, cláusula «rebus sic stantibus», equivalencia de prestaciones, motivos incorporados a la causa, presunciones de abandono de derecho)».

f) El intervencionismo de la Administración.

En el mundo moderno se advierte la injerencia del Estado y de la burocracia, constante y creciente, la dependencia de los servicios públicos para proporcionar a las masas lo necesario para su existencia, y la planificación y reglamentación de la economía. Es fruto de que la economía capitalista, basada en la libertad de mercado acaba por hacerla desaparecer o comprometerla gravemente (monopolios y oligopolios) y por llevar a situaciones sociales insopportables. Para prevenirlo se impone la intervención del Estado, y las mismas grandes empresas la solicitan si se trata de favorecer su desarrollo o para que acuda en su ayuda y les salve en momentos de crisis.

g) Crisis y aporía de la autonomía privada.

De Castro contempla la situación objetivamente. Los poderes sociales defienden libertades y autonomía; pero, frente a sus abusos, «los particulares» reclaman el apoyo del Estado para que los limite. «De lo que resultan presiones de un lado y de otro, que coinciden en disminuir el alcance de la autonomía privada» que, «no obstante esta especie de círculo infernal», sigue activa, tal vez, «por los encontrados intereses de las fuerzas sociales en lucha, por el valor mismo de las ideas de libertad e igualdad para la propaganda política y, sobre todo, por esa necesidad interna que siente toda ordenación jurídica de justificarse en principios de justicia. De ese valor trascendente del amparo de la autonomía privada, parecen conscientes los políticos, y así se ha llevado a los textos constitucionales, como uno de los derechos naturales del hombre al libre desenvolvimiento de la personalidad».

4. Nos hemos extendido, tal vez excesivamente, en la presentación del capítulo I del libro que prologamos. Pero lo hemos hecho porque lo consideramos clave para mostrar la postura del autor ya que, coherentemente, preside la exposición rigurosamente científica y práctica, a la par, de los demás capítulos de su obra.

La justicia, como valor trascendente, requiere el respeto a la persona humana y su defensa tanto del riesgo de su despersonalización, al quitarle su esfera de desenvolvimiento, como de los abusos de los más fuertes y poderosos. De ahí la atención de De Castro por la voluntad verdadera, libre de presiones y engaños, y por la causa; su receptividad del criterio del bien común; su insistencia por la moralización del derecho, el equilibrio de prestaciones, el principio general de la buena fe, etc.

Federico de Castro defiende la autonomía de la voluntad en cuanto trata de preservarla:

— Del positivismo, mediante su interpretación de las normas; pues estima que sus textos legales quedan inmersos en los principios generales de derecho (*Derecho Civil de España. Parte General*, vol. I, págs. 461 a 467, en adecuación a la realidad del caso concreto de que se trate).

— Del literalismo, al interpretar el negocio jurídico de que, en concreto, se trate haciendo aplicación del criterio de la buena fe (§ 113, págs. 89 y siguientes).

— Del nominalismo técnico jurídico, en la regulación de los negocios jurídicos, al defender que para determinarla se debe atender «al propósito

práctico o resultado social del negocio». Atender al propósito práctico —advierte— no supone disminuir el alcance de la autonomía de la voluntad, sino por el contrario tenerla en cuenta en su doble aspecto de libertad y responsabilidad» (§ 27, págs. 28 y sigs.; §§ 259, 260, págs. 21 y sigs.).

— De su exteriorización divergente, dentro de los límites marcados por el principio de la buena fe, y sin óbice de la consiguiente responsabilidad del emitente (§§ 76 a 80, págs. 61 a 65).

— Del formalismo, de acuerdo con la concepción espiritualista y causalista del sistema jurídico español. «La quiebra del primitivo sistema formalista romano sobre los contratos, deja en primera línea la consideración de la causa. Se mirará desde entonces positivamente como requisito del contrato, y no sólo como antes negativamente, al dar lugar su falta a la *contradiccio y a la exceptio dolis*» (§ 256, pág. 199).

— De la tipificación negocial rígida, al atender a las causas atípicas con sus consiguientes consecuencias prácticas, en aras de la prevalencia de la voluntad empírica de los sujetos del negocio, como en: la elevación de la condición a causa, en pro de ese respeto (§§ 264 a 271, págs. 205 a 212); la de no condenar los negocios anómalos, en tanto su empleo quede dentro del ámbito del lícito ejercicio de la autonomía de la voluntad, cuidando de que no sirvan para impedir el control judicial sobre el fin práctico que se pretende conseguir con el negocio (causa concreta), ni para dejar de lado el principio general de la buena fe (§§ 398 a 400, págs. 329 a 331).

— De los resultados inmorales, atendiendo a la denominada causa concreta, valorando en ella la licitud y la ilicitud, y a si ésta es atribuible a ambos o a uno sólo de los contratantes, con delimitación de la «*soluti retentio*» admisible (§§ 303 a 312, págs. 244 a 253).

— Del artificio de la abstracción, pues, además de «la injusticia o iniquidad de los resultados a que se llega por medio del negocio abstracto, éste «no corresponde a una concepción sana de la autonomía de la voluntad», ya que no es admisible «un corte arbitrario de la declaración negocial, atendiendo sólo a lo escriturado y considerar extrajurídico o fuera del negocio todo lo demás» (§§ 351 a 375, págs. 289 a 310).

— Del desequilibrio posicional de las partes del negocio (Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, en especial, V y VI, en «A.D.C.», XXXV-VI, págs. 105 y sigs.).

— De los cambios de circunstancias posteriores a la celebración del contrato, entendiendo que no se puede romper la conexión con la causa y que, dada la frustración del propósito concreto del negocio, queda abierta la posibilidad de acudir al juez a fin de que dé por resuelto el negocio o para que lo adapte equitativamente a las nuevas circunstancias (§§ 377 a 397, págs. 313 a 325).

— Del abuso de confianza, frente a la creación de los negocios fiduciarios por el pandectismo alemán, con rechazo de su doctrina del doble efecto, y al dar sentido sustancial y positivo a la verdadera causa del negocio, interpretándolo de conformidad con ella (§§ 461 a 496, págs. 379 y sigs.).

— De la rígida aplicación del concepto de nulidad como algo insanable, armonizando los encontrados criterios romanos —expresado por el apotegma

«*...uod ninquam fuit, convalescere non potest*»— y canónico de la «sanatio in radice», mediante la admisión de la convalecencia, la conversión del negocio nulo, y la nulidad parcial sea por su admisión o regulación de la ley, por interpretación del negocio o en evitación del fraude de ley (§§ 540 a 555, págs. 485 a 495).

5. Este repaso, que acabamos de efectuar, no pretende ser exhaustivo, y, evidentemente, no lo es, sino que únicamente sirve de breve muestrario de cómo el profesor De Castro y Bravo había entendido la autonomía de la voluntad considerándola dotada de límites intrínsecos, conforme a su misma naturaleza jurídica. (Notas sobre las limitaciones...fi I, 1, «A.D.C.», cit., pág. 989.) Para él, corresponde a la dignidad de la persona humana y su desenvolvimiento y desarrollo, que requiere el respeto a su libre iniciativa —por lo cual la sociedad humana no puede confundirse con la perfecta temeraria—; pero por ello mismo, ese respeto exige que no degeneren en ley de la jungla ni en algo semejante a lo que sería la libertad del zorro en un gallinero o del lobo en un aprisco.

Tampoco, para él, el derecho subjetivo es meramente el reverso de las normas positivas ni el vacío dejado por éstas al libre juego de las voluntades o los intereses privados. Es precisa la confrontación de los derechos de uno con los del otro, que requiere su ordenación ponderada de acuerdo con la propia naturaleza del hombre, como ser que, a la vez, es moral, racional y social.

Ha sintetizado bien Manuel Peña el pensamiento del maestro, al decir que, para éste, es la «norma para el bien común, y no la voluntad del Principio, la que es objeto de la búsqueda del intérprete. Concibe el derecho civil como baluarte de la dignidad y la libertad de la persona, que exigen el reconocimiento de los derechos subjetivos y de la autonomía de la voluntad. Se opuso, por tanto, a la concepción estatalista, desconocedora del valor central de la persona, pero también, a la concepción abstracta y mercantilista del Derecho privado, que potencia "el poder capitalista del financiero" en contra de la deseable igualdad real de los hombres. El derecho subjetivo no es un ámbito acotado para la pura arbitrariedad».

De Castro actuó, siempre y concretamente también al estudiar el negocio jurídico, de conformidad al lema que él mismo eligió para el Anuario de Derecho Civil: «per arma iustitiae a destris et a sinistris».

Como buen iusnaturalista —en el sentido clásico de la expresión— creía en la verdad y en la justicia, y continuamente trabajó en la búsqueda de una y otra. Acudía a los principios generales del derecho para, por su trámite, conseguir una aplicación jurídica, interpretativa e integradora del derecho positivo por la ontología, definitoria del ser, de una parte, y de otra, por la ética, como veneros de normas de comportamiento exigibles.

Don Federico de Castro era generosamente liberal en el sentido de obrar siempre con liberalidad, es decir, en el primer significado de esta palabra según el Diccionario. Y lo fue, especialmente, como maestro.

También lo era al departir en su magisterio, en cuanto jamás pretendió imponer sus ideas. Así nunca formó una escuela jurídica. Tal vez, fue así porque su liberalidad se basaba en el respeto a la persona y, por lo tanto, a

la personalidad de sus discípulos; y porque sabía que la verdad no se impone por la fuerza, sino por la razón.

Pero, no era liberal en el significado dado en esta palabra en economía política —como acabamos de comprobar—, ni tampoco en el filosófico. En ese último sentido nos muestra su pensar en el maravilloso párrafo de su Derecho Civil de España que dedica a la serie de crisis que ha sufrido la doctrina jurídica moderna y que la ha llevado a una «afanosa e infructuosa búsqueda de sombras y fantasmas». (Parte General, vol. I, parte I, cap. I, I, 3, pág. 15.) Don Federico era demasiado profundo y serio para permitirse un frívolo e irresponsable modo de pensar, sin sólidos fundamentos y sin una rigurosa comprobación ni confrontar racionalmente sus argumentos y medir las posibles consecuencias, próximas y remotas, singulares y generales de la solución propuesta.

En este último sentido, del rigor en la búsqueda, en la exigencia de la documentación y en la profundidad del examen sí que señaló escuela que, en general, hemos tratado de seguir los que somos sus discípulos.

6. De Castro y Bravo tuvo un perfecto conocimiento del pandectismo alemán y dominó la dogmática y la técnica jurídica más depuradas. De él explicó Antonio Hernández Gil, al pronunciar su elogio fúnebre en el Pleno de Académicos de Jurisprudencia, que «está al día en el conocimiento de la contemporaneidad dentro y fuera de España; mas no actúa al dictado». Nunca dejó de ponderar ese conocimiento con el que tenía, bien forjado, del derecho natural, que traía al derecho positivo a través de los principios generales del derecho, y de la tradición histórica, no sólo desde las fuentes genuinamente romanas y las del «ius commune», sino, muy especialmente, de la propia tradición hispánica, que conocía de primerísima mano, a través de los autores de los siglos XVI y XVII. Su formación doctrinal la confrontó constantemente con el conocimiento, día a día, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Leía, subrayaba y anotaba, en su primera hoja, todas las sentencias de la Sala Primera, de las que recibía puntualmente copia.

Por esto, aunque parecía paradójico, su método jurídico no era pluralista sino unitario en cuanto universal, sin fisuras, y ontológicamente orgánico, con perspectiva plena.

Hémut Coing ha contrapuesto la que denomina jurisprudencia dogmático-sistemática, característica de la pandectística alemana q en general de la doctrina moderna, y la empírico-casuística empleada por los juristas romanos, y por los comentaristas, «mos italicus». De Castro, en la obra que comentamos, ha sabido conjugar armónicamente ambas jurisprudencias. De conformidad con el título de la colección por él pensada, proyectada y comenzada a dirigir, Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil, en la que se integraba este volumen. En éste, la mejor sistemática y su plan expositivo se armoniza perfectamente con la práctica, a través del estudio de las sentencias de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo, y con la crítica, tanto o más en el aspecto práctico que en el doctrinal, y también en la perspectiva sociológica y en la de la justicia concreta, en una causística viva y rica.

Su método, al examinar cada uno de los capítulos de El negocio jurídico,

resulta más nítidamente escolástico que el de cualquier otro de sus estudios: Planteamiento del tema, repaso histórico del estado de la cuestión, en sus sucesivas fases; exposición de las diversas posiciones y propuestas formuladas por los autores y en el derecho comparado; crítica de cada una de ellas; posición del derecho español —legislación, principios, doctrina y jurisprudencia—; y expresión clara y magistral de las soluciones que razonadamente va alcanzando.

:—: :—: :—:

Esperamos, con confianza, que este libro, que ahora se reimprime, continúe siendo no sólo fuente de información teórica, crítica y práctica, sino, muy especialmente, medio de formación de buenos juristas, gracias a la bien ordenada gimnasia mental a que, su lectura atenta, invita al lector, a quien, su sugerente exposición, le lleva a pensar de modo sereno, con profundidad y fructíferamente.

Juan VALLET DE GOYTISOLO

Información Legislativa ⁽¹⁾

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

I. DERECHO CIVIL

1. Parte General

1. INICIATIVA LEGISLATIVA. Se regula la iniciativa popular y de los Ayuntamientos en el Principado de Asturias.

Ley asturiana de 5 de junio de 1984 «BOE del 4 de julio».

La Ley desarrolla la previsión del artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Asturias, aprobado por Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre.

Tanto la iniciativa popular como la de los Ayuntamientos asturianos se ejercerá mediante la presentación de proposiciones de Ley que deberán ser suscritas, en el primer caso, por 10.000 asturianos mayores de edad y, en el segundo caso, ser aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros de tres corporaciones municipales cuyo censo en conjunto no sea inferior a 10.000 electores.

2. Derecho de obligaciones

2. INTERES LEGAL. Se modifica el tipo de interés legal del dinero. Ley 22/1984, de 29 de junio («BOE» del 3 de julio).

A) Exposición.

La presente Ley modifica el sistema de fijación del interés legal del dinero, derogando la Ley de 7 de octubre de 1939 que lo establecía y el artículo 1.108, párrafo 2º del Código Civil. También modifica parcialmente la Ley General Tributaria y la Ley General Presupuestaria en relación con el tipo de interés aplicable.

El contenido de la Ley puede sistematizarse de la forma siguiente:

1) Ámbito de aplicación.

a) La Ley señala el interés que salvo estipulación contraria, deba pagar el deudor moroso, cualquiera que sea la naturaleza del acto o contrato de que deriva la obligación.

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

b) Esta Ley entró en vigor el día siguiente a su publicación, siendo aplicable a todas las obligaciones en que el derecho a exigir el interés nazca con posterioridad a tal fecha.

2) Interés legal: Vendrá determinado por el tipo básico del Banco de España vigente el día en que comience su devengo, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezcan uno diferente.

B) Observaciones.

El tipo de interés legal se encontraba establecido por la Ley antes citada de 1939 en el 4 por 100, cifra claramente inferior, no sólo a los tipos de interés vigente en los mercados financieros, sino también a la resultante de disposiciones especiales (Leyes Generales Tributarias y Presupuestaria, que se remitieron al interés básico del Banco de España; art. 921 bis Ley Enjuiciamiento Civil que remite a un tipo dos puntos superior a dicho interés básico).

Resultaba, pues, necesaria la actualización del tipo de interés legal que realiza esta disposición, aunque pueda discutirse el sistema implantado. En efecto, la fijación del nuevo tipo se hace por remisión al repetido interés básico del Banco de España, con lo que consigue una deseable adecuación constante a las circunstancias económicas. Pero tal coordinación, además de ser ficticia (téngase en cuenta que actualmente está vigente el tipo de interés básico del 8 por 100, establecido por Orden de 23 de julio de 1977), supone remitir a meras disposiciones reglamentarias y de rango inferior ciertas consecuencias jurídicas de relaciones privadas.

Por el contrario, juicio favorable merece la previsión de que esta materia se rija en las leyes anuales de Presupuestos, ya que, aunque se desborde en cierta forma el contenido típico de estas leyes, se asegura el respeto al principio de legalidad y la adaptación del tipo a la coyuntura económica.

3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Indemnización de daños causados a medios de transporte, en territorio español, que realicen viajes de transporte internacional.

Real Decreto-Ley 11/1984, de 18 de julio («BOE» del 19).

A) Exposición.

1. Alcance de la responsabilidad estatal: El Estado indemnizará los daños y perjuicios sufridos por medios de transporte extranjeros, de mercancías o colectivos de viajeros, su carga y ocupantes, en territorio español, cuando realicen viajes de transporte internacional.

2. Requisitos exigibles: Los daños y perjuicios indemnizables habrán de ser:

— Derivados directamente de acciones violentas realizadas en relación con un conflicto existente.

— Efectivos, evaluables económicamente e individualizados.

3. Montante de las indemnizaciones: Los daños personales se indemnizarán, como mínimo, en las cuantías previstas por la legislación de Seguridad

Social, salvo que otra cosa resulte de tratados o de la aplicación del principio de reciprocidad.

Los daños materiales se indemnizarán conforme a la Ley y Reglamento de Expropiación Forzosa.

4. Régimen procedural: Debe distinguirse:

a) Indemnización provisional y urgente, consistente en una cantidad fijada, previa solicitud de interesado e información sumaria, por el Gobernador Civil, para cubrir daños graves y de urgente reparación.

b) Procedimiento ordinario, utilizable también a continuación del anterior, para la resolución definitiva de la petición y regulado en los artículos 111 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, y 133 a 138 de su Reglamento.

5. Acción de regreso: El Estado podrá repetir, frente a los culpables de los hechos dañinos, el importe de las indemnizaciones que abone.

B) Observaciones.

La presente disposición trata de cubrir los daños producidos a medios de transporte extranjero en España y se encuentra fundada en el principio de reciprocidad internacional.

Obviamente se trata de un supuesto legal de responsabilidad objetiva en cuya regulación merece destacarse la retroactividad que se establece, pues se extiende a los hechos producidos desde 1 de enero de 1984, aunque el plazo anual de prescripción de las acciones sólo corra desde el día de la publicación del Real Decreto-Ley.

4. DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. Se aprueba la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios.

Ley 26/1984, de 19 de julio («BOE» del 24).

A) Exposición.

1) Principios generales:

a) Concepto de consumidores y usuarios: Se entiende por tales a las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes, productos, servicios o actividades, cualquiera que sea la condición de quienes los proporcionen.

b) Derechos básicos de los consumidores y usuarios: Protección frente a riesgos que puedan afectar a su salud y a sus intereses económicos o sociales, reparación de perjuicios sufridos, información correcta, audiencia y participación en procedimientos normativos, y protección en situaciones de inferioridad.

c) Carácter imperativo de la Ley: Serán nulas la renuncia previa a los derechos concedidos por esta Ley y las actuaciones realizadas en fraude de ella.

2. Protección de los consumidores: La Ley distingue:

a) Protección de la salud y seguridad: Los productos, bienes o servicios puestos a disposición de los consumidores no implicarán riesgos para su salud o seguridad, o, en su caso serán puestos en conocimiento de aquéllos.

Los reglamentos determinarán los extremos necesarios para que se cumpla esta finalidad.

Concretamente los productos que, en su composición incluyan sustancias o elementos perjudiciales, lo indicarán así expresamente.

La Administración controlará los aditivos y productos, mantenimiento y empleo de los productos. Para asegurar estas actuaciones, se desarrollarán campañas de control de calidad.

b) Protección de los intereses económicos y sociales. Para articularla, la Ley atiende a la oferta, promoción y publicidad de los productos, cuyo contenido, así como las prestaciones propias de los mismos, serán exigibles por los consumidores, aunque no se contraten expresamente. Las ofertas falsas o engañosas serán perseguidas como fraude, ostentando legitimación administrativa las asociaciones de consumidores.

Las operaciones de oferta, promoción y venta deberán estar presididas por la buena fe y equilibrio de las prestaciones, prohibiéndose las cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general que resulten abusivas (se relaciona una larga lista de supuestos concretos). Las dudas interpretativas se resolverán en contra de la parte redactora de las cláusulas.

Se definen las condiciones generales como: El conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas, para aplicarlas a todos los contratos que celebren y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate.

En cuanto a las relaciones posteriores a la venta de productos la Ley exige que las garantías ofrecidas sean realmente efectivas, siendo obligatoriamente consignadas por escrito las referentes a bienes de naturaleza duradera.

3. Derechos de los consumidores: Se regulan separadamente los siguientes:

a) Derecho a la información: Los bienes y productos deberán incorporar o permitir a los consumidores una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales.

Las oficinas de información, de titularidad pública o privada realizarán tareas de ayuda a los consumidores y podrán realizar y difundir los resultados de análisis, ensayos, estudios o controles.

b) Derecho a la educación y formación: El sistema educativo incorporará la materia de consumo y se fomentará la formación continuada del personal afectado especialmente por esta Ley.

c) Derecho de representación y participación: Las Asociaciones de consumidores y usuarios se constituirán conforme a la legislación ordinaria para la defensa de sus intereses. Estas entidades podrán ser declaradas de utilidad pública y representar a sus asociados, ejercitando acciones en defensa de sus intereses o de los generales de los consumidores, disfrutando del beneficio de justicia gratuita.

Para gozar de beneficios habrán de cumplir los requisitos que se establezcan reglamentariamente.

Las asociaciones serán óidas para la elaboración de las disposiciones generales que afecten directamente a los consumidores o usuarios.

4. Medidas de garantía: Son de distinta naturaleza.

a) Medidas preventivas: Los poderes públicos adoptarán las medidas adecuadas para corregir las situaciones de inferioridad o indefensión en que puedan encontrarse los consumidores. Incluso podrá constituirse, para este fin, un órgano estatal excepcional, con participación de las Comunidades Autónomas.

b) Medidas correctivas: El consumidor tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que le cause el consumo de bienes o la utilización de productos y servicios, salvo cuando se deban a su culpa exclusiva o de las personas de quienes deba responder.

Los fabricantes, importadores, vendedores o suministradores responderán frente a los consumidores de los daños que les causen por sus acciones u omisiones, a menos que justifiquen el cumplimiento de los requisitos reglamentarios y los exigidos por la naturaleza de los productos.

Alcanzará la responsabilidad a los daños derivados de actuaciones correctas cuando se garanticen especialmente niveles de pureza, eficacia o seguridad, limitándose entonces la indemnización al máximo de 500 millones de pesetas. Además, el consumidor deberá ser compensado por el tiempo transcurrido desde la declaración judicial hasta el pago efectivo de la indemnización.

El Gobierno podrá imponer un sistema de seguro obligatorio y un sistema arbitral que, previa aceptación de las partes, liquide las responsabilidades en esta materia cuando no exista intoxicación, lesión o muerte, ni indicios racionales de delito.

c) Responsabilidades administrativas: Las infracciones del régimen vigente sobre consumo serán sancionadas administrativamente, sin perjuicio del pleno respeto al principio «non bis in ídem».

La Ley tipifica las distintas infracciones y prevé su sanción con multas y hasta con el cierre temporal de establecimientos. Accesorialmente se ordenará el decomiso de las mercancías.

d) Organización administrativa: Las Administraciones del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales concurrirán para la defensa de los consumidores ejercitando sus propias competencias.

B) Observaciones.

La presente Ley se configura como desarrollo del artículo 51 de la Constitución, llevando a cabo, en el aspecto normativo, todas las previsiones contenidas en el mismo.

Desde el punto de vista técnico-jurídico interesa hacer notar que en este texto se sistematizan y, en su caso, se formulan con rango legal todas las técnicas empleadas por la jurisprudencia para asegurar la debida igualdad entre las partes en las relaciones contractuales. Se encuentran, pues, preceptos que constituyen mera aplicación a este campo de instituciones generales del Derecho Civil o Mercantil y criterios elaborados por los Tribunales. Algunas de estas regulaciones positivizadas pueden ser extendidas a otros ámbitos o utilizarse para precisar el sentido de conceptos jurídicos.

Finalmente debe advertirse, también, el notable componente jurídico-administrativo de esta regulación e incluso alguna norma procesal relevante

que evidencian el carácter interdisciplinar del llamado Derecho de los Consumidores y vuelve a cuestionar el sentido de las tradicionales divisiones entre las ramas del Derecho.

3. Derechos Reales

5. DERECHO DE PROPIEDAD. Se regula la reforma agraria en Andalucía.

Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía de 3 de julio de 1984 («BOE» del 13 de agosto).

A) Exposición.

El contenido de la Ley se ordena sistemáticamente en cuatro Títulos (preliminar y tres más) y comprende 65 artículos.

1. Principios generales de la Ley: La reforma agraria andaluza se inspira en tres principios:

- Cumplimiento de la función social de la propiedad de la tierra.
- Establecimiento y desarrollo de explotaciones agrarias rentables, social y económicamente, y
- Contribución a la solución de graves problemas sociales.

El incumplimiento de las obligaciones inherentes a la función social de la propiedad de la tierra facultará a la Administración autónoma para acordar expropiaciones, imponer planes de mejora y exigir un impuesto especial. Dichas obligaciones recaerán sobre el propietario de la tierra o el titular de la explotación.

2. Normas orgánicas: Se crean el Instituto Andaluz de Reforma Agraria, como organismo autónomo encargado de esta materia y el Catálogo de Fincas Rústicas Mejorables. La inclusión de fincas en este Catálogo se hará constar en el Registro de la Propiedad.

3. Actuaciones de la Administración Autónoma:

a) Reglas generales: La Administración actuará normalmente por comarcas, sin perjuicio de las actuaciones singulares sobre explotaciones.

Se considera explotación agraria el conjunto de factores de producción que, constituyendo una unidad orgánica y en forma técnicamente autónoma, tengan por objeto la producción agraria cuyos riesgos se asuman por su titular, aunque se asiente en diversas comarcas.

El Consejo de Gobierno aprobará Decretos de Actuación Comarcal y de declaración de comarcas de Reforma Agraria para aplicar las medidas establecidas en esta Ley.

b) Actuaciones concretas: La Ley regula separadamente las siguientes:

— Expropiación del uso y del dominio: Se ordenará por el Consejo de Gobierno como sanción al incumplimiento de la función social de la propiedad. Para ello la finca deberá ser declarada manifiestamente mejorable, articulándose la operación como arrendamiento o consorcio forestal forzoso con el IARA y sólo como expropiación del dominio si concurren graves razones.

— Planes comarcales de mejora. Consisten en la fijación de las obras a realizar en una comarca y de los criterios para la elaboración de Planes individuales a explotaciones concretas, siendo integrados en los Decretos de Actuación Comarcal ya citados.

Podrán ser expropiadas las explotaciones que no se acómoden a los Planes individuales que se aprueben.

— Impuesto sobre Tierras Infrautilizadas: Se crea este tributo propio de la Comunidad Autónoma, cuyo hecho imponible es la infrautilización de fincas rústicas, por no alcanzar el rendimiento óptimo fijado para la comarca en que se encuentre. La Ley regula sus elementos fundamentales y las excepciones aplicables.

— Transformación de grandes zonas de interés general: Persigue cambiar en profundidad las condiciones económicas y sociales de ciertas zonas cuando ello requiera la realización de obras o trabajos generales o de especial complejidad que precisen del apoyo técnico, jurídico y financiero de la Comunidad Autónoma. Se incluyen especialmente las transformaciones en regadío, en zonas de secano y en materia forestal.

Estas operaciones se realizarán mediante los Decretos de declaración de interés general y de aprobación del Plan de Transformación.

— Concentración de explotaciones y permutas forzosas: Podrán acordarse tanto por causa de utilidad pública como por interés privado.

— Expropiación por causa de interés social.

— Asignación de tierras públicas: Podrá formalizarse por el IARA como concesión, arrendamiento, subarriendo o cesión de propiedad.

— Adquisición de tierras por compraventa: Podrá realizarse para cumplir los fines de esta Ley, otorgándose preferencia a quienes se obliguen a invertir el precio en el territorio andaluz y en fines que redunden en beneficio general de su economía.

4. Asentamiento en las tierras públicas:

Las tierras y derechos del IARA podrán asignarse a los agricultores en concesión administrativa arrendamiento subarriendo y en ciertos casos, en dominio, según el título que aquél ostente y las finalidades de política agraria y social que hayan inspirado su actuación.

Sólo podrán ser beneficiarios los agricultores que puedan adquirir la consideración de explotadores directos y personales.

Las explotaciones agrarias beneficiarias podrán ser no sólo individuales, sino también familiares o de carácter asociativo.

Tratándose de adjudicaciones en propiedad, serán respetados los derechos de adquisición preferente que corresponden a los explotadores personales y directos.

B) Observaciones.

La presente Ley se funda en la competencia que atribuye a la Comunidad Autónoma andaluza su Estatuto en relación con la agricultura y ganadería, para la reforma agraria y la mejora y ordenación de las explotaciones (artículos 18.1 num. 4 y 12.3 num. 11 del Estatuto aprobado por Ley Orgánica de 30 de diciembre de 1981). Dicha competencia, además de ejercerse de

acuerdo con las bases de ordenación de la economía general, debe coordinarse con otros ámbitos reservados a la competencia exclusiva del Estado por la Constitución, como son la legislación civil y el régimen de la expropiación forzosa (art. 149.1, núms. 8 y 18). Por consiguiente, nuevamente se pone de manifiesto, e incide en el régimen de competencias vigente, el carácter interdisciplinar del Derecho Agrario.

No obstante, los problemas que esta configuración pudiese acarrear han sido bien enfocados por la Comunidad andaluza, pues la Ley reseñada contiene las debidas remisiones a la legislación estatal (hasta en su condición de supletoria según la disposición final), sin invadir su campo exclusivo.

En cuanto al contenido de la disposición, se configura, por la extensa y bien sistematizada Exposición de Motivos, como «medio para remover los obstáculos de carácter estructural que se oponen al adecuado desarrollo del potencial de la agricultura andaluza».

II. DERECHO REGISTRAL

6. MATRIMONIO. Se dictan medidas para evitar la duplicidad de matrimonios e inscripciones.

Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de julio de 1984 («BOE» del 23).

Como señala el preámbulo de esta Circular, son frecuentes los casos en que personas casadas o que van a celebrar matrimonio canónico intentan celebrar también matrimonio en forma civil. Ello supone un desoñocimiento de los plenos efectos civiles del matrimonio contraído en forma canónica y es fuente de posibles confusiones y fraudes.

Para evitar tales situaciones se prescribe a los Jueces o funcionarios que se abstengan de autorizar tales matrimonios duplicados e instruyan a los interesados sobre la eficacia de la forma canónica. Igualmente debe quedar cerrada la inscripción de matrimonios canónicos cuando los contrayentes se encuentren ya casados en forma civil. El Ministerio Fiscal deberá instar la cancelación de las segundas inscripciones practicadas.

III. DERECHO MERCANTIL

7. SEGUROS PRIVADOS. Medidas urgentes para el saneamiento del sector y para el reforzamiento del Organismo de control.

Real Decreto-Ley 10/1984, de 11 de julio («BOE» del 14).

A) Exposición.

La presente disposición tiene dos partes claramente diferentes:

Primero, crea y regula una entidad nueva, la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras; y, en segundo lugar, prevé la dotación de medios personales a la Dirección General de Seguros para llevar a cabo sus funciones inspectoras. Obviamente aquí interesa sólo la primera parte del Real Decreto-Ley, que se puede sistematizar de la siguiente forma:

1. Creación y naturaleza de la Comisión: Se crea la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras, que tendrá personalidad jurídica pública y capacidad plena para cumplir sus fines, actuando en régimen de derecho privado.

2. Objeto de la Comisión: Actuará como liquidador para la liquidación de entidades intervenidas por el Estado cuando éstas acepten su actuación, cuando carezcan de liquidadores nombrados debidamente o cuando disponiendo de ellos, incumplan reiteradamente sus obligaciones, en perjuicio de los acreedores y aseguradores.

3. Organización de la Comisión: Será regida por una Junta Rectora de composición paritaria por representantes de la Administración y expertos de las Entidades Aseguradoras.

La Junta informará y asesorará a la Dirección General de Seguros.

4. Funcionamiento de la Comisión: Viene informado por los siguientes criterios:

a) Realizará las operaciones de liquidación sustituyendo a los órganos de la Entidad en liquidación. En caso de suspensión de pagos o quiebra desarrollará las funciones de los Interventores, Administrador, Comisario, Depositario y Síndicos.

b) Su actuación será compatible con las de los Interventores designados por el Ministerio de Economía y Hacienda.

c) Instará las responsabilidades que procedan y podrá realizar los convenios o gestiones que estime convenientes para cumplir su finalidad.

d) No vendrá obligada a solicitar la suspensión de pagos o quiebra de las entidades de liquidación, aunque exista insolvencia, sino que deberá elaborar un plan de liquidación para someterlo a los trámites del convenio de acreedores. En este procedimiento, la Comisión sustituirá a la intervención del Juez, sin perjuicio de las posibles impugnaciones jurisprudenciales ulteriores. El plan habrá de ser ratificado por la Dirección General de Seguros.

e) La Comisión no será deudora ni responsable de las obligaciones propias de las entidades en liquidación.

f) Podrá anticipar las cantidades necesarias para liquidar a los aseguradores o beneficiarios teniendo en cuenta el previsible haber líquido de las entidades en liquidación, subrogándose en su lugar para reclamar a éstas lo abonado.

5. Medios financieros: La Comisión recibirá subvenciones, rentas patrimoniales, recobros de cantidades anticipadas y podrá emitir cédulas de suscripción preferente por entidades aseguradoras.

B) Observaciones.

Las medidas que ahora se introducen en el sector asegurador tienen su inmediato procedente en la creación de los Fondos de Garantía del sector financiero (Bancos, Cajas de Ahorros, Cooperativas de Crédito, véanse, principalmente, los Reales Decretos-leyes 4/1980, de 28 de marzo y 18/1982, de 24 de septiembre).

Principal aspecto de esta nueva regulación es la intervención de la Comi-

sión en la elaboración de un plan de liquidación y la remisión a los procedimientos concursales ordinarios para su aprobación, que han requerido introducir nuevas especialidades en la legislación concursal, que no prevé una liquidación intervenida por la Administración.

8. ENTIDADES DE SEGUROS. Ordenación del seguro privado.

Ley 33/1984, de 28 de agosto («BOE» del 4).

A) Exposición.

1. Ambito de aplicación de la Ley: Se determina acudiendo a dos sistemas, objetivo y subjetivo.

Según el primer criterio, se considera privada a toda operación de seguro o previsión, excepto la Seguridad Social obligatoria, comprendiéndose las operaciones de seguro, reaseguro, capitalización, gestión de fondos colectivos de jubilación y actividades preparatorias, de mediación o de ejecución de las anteriores.

Subjetivamente, la Ley se aplica a todas las personas y entidades que se dediquen empresarial o profesionalmente a realizar las operaciones indicadas. Incluso las entidades públicas que, en alguna forma, realicen tales operaciones, deberán ajustarse a condiciones equivalentes a las privadas.

Para la aplicación de la Ley se precisa, claro está, que las personas o entidades operen en España, cualquiera que sea su nacionalidad.

2. Régimen general de las entidades aseguradoras: Debe distinguirse:

a) Entidades que pueden ejercer la actividad aseguradora: Sólo podrán dedicarse a ella las entidades privadas con forma de sociedad anónima, sociedad mutua a prima fija o a prima variable, montepío o mutualidad de previsión, sociedad cooperativa y delegaciones de entidades extranjeras que cumplan los requisitos exigidos. También podrán desarrollar esta actividad los organismos autónomos y entidades con forma privada de personificación en que sea mayoritaria la participación de las Administraciones públicas.

b) Requisitos complementarios: Las entidades citadas tendrán por objeto social la práctica de operaciones de seguro, reaseguro y capitalización, su denominación reflejará las actividades que realicen y deberán tener un capital suscrito o fondo mutual mínimo, según los ramos en que operen. Sus administradores y apoderados generales deberán ser personas físicas residentes en España y no incurso en las prohibiciones e incompatibilidades que se señalan.

c) Intervención administrativa: El ejercicio en España de operaciones de seguro requiere que la entidad aseguradora obtenga previamente autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, determinando los ramos en que pueda operar y el ámbito territorial a que se extienda.

De faltar tal autorización, serán nulos de pleno derecho los contratos de seguro que celebre la entidad, sin perjuicio de su responsabilidad.

Para el ejercicio de actividades aseguradoras por entidades españolas en el extranjero con establecimiento permanente, bastará comunicación al Ministerio indicado.

3. Regímenes especiales de ciertas entidades: La Ley se refiere separadamente a las siguientes:

a) Mutuas y cooperativas a prima fija: Son sociedades que tienen por objeto la cobertura a sus socios de los riesgos asegurados mediante una prima fija pagadera al principio de cada período, pero sin que se produzca lucro para tales entidades.

b) Mutuas y cooperativas a prima variable: Son sociedades que persiguen la cobertura, por cuenta común, de los riesgos mediante el cobro de derramas con posterioridad a los siniestros, debiendo atenderlas mancomunadamente, en proporción a los capitales asegurados respectivos.

A diferencia de las anteriores no se inscribirán en el Registro Mercantil, sino en el especial previsto en la Ley.

b) Cooperativas de seguros: Su régimen será el establecido en la legislación de cooperativas, pudiendo cubrir riesgos a terceros.

d) Mutualidades de previsión social: Son entidades privadas sin ánimo de lucro que ejercen una actividad aseguradora para proteger a sus miembros o bienes contra eventos de carácter fortuito y previsible, mediante aportaciones de sus asociados o de otras entidades.

d) Para gozar de los beneficios inherentes a su condición estas entidades deberán cumplir una serie de requisitos, limitando su cobertura a las contingencias de esta Ley.

4. Ejercicio de la actividad aseguradora:

Las entidades aseguradoras y sus actividades están sujetas al control de la Administración del Estado para verificar el cumplimiento de las normas aplicables. Los modelos de pólizas, bases técnicas y tarifas de primas no precisarán autorización, pero deberán estar a disposición del Ministerio de Economía y Hacienda antes de su utilización. Las primas deberán ajustarse a los principios de libertad, equidad y suficiencia, según las reglas de la técnica aseguradora.

Las Entidades deberán constituir provisiones técnicas, invertidas en los activos que se señalen y mantener un margen de solvencia y fondo de garantía correspondiente a los ramos en que operen.

También se dictan reglas especiales sobre las cesiones de cartera, fusiones, transferencias y escisiones de aseguradoras.

5. Revocación, disolución y liquidación de entidades: La Ley regula las causas por las que procederá la revocación de la autorización administrativa concedida, las causas que justifican su disolución y el procedimiento de liquidación, que podrá ser intervenido por la Administración. La Dirección General de Seguros (Ministerio de Economía y Hacienda) controlará, en todo caso, la actuación de los liquidadores.

Tratándose de liquidaciones intervenidas, se procederá de forma conjunta al pago de las cantidades debidas a los aseguradores, aunque algunos hayan ejercitado acciones judiciales para su reclamación y mientras no se declare la quiebra o el concurso de la entidad.

6. Protección del asegurado: Para el pago de asegurados, beneficiarios y gastos de liquidación, la Administración podrá en casos especiales, prohibir la disposición de ciertos bienes a la entidad, los cuales quedarán afectados a aquel destino, sin perjuicio de las cargas reales preexistentes.

Para dirimir los conflictos que surjan entre interesados y con entidades de seguros, podrán las partes someterse voluntariamente al arbitraje de Comisiones de conciliación.

La Administración protegerá a los asegurados en sus relaciones con las entidades y mediadores.

7. Reaseguro: Podrán realizar estas operaciones las sociedades anónimas cuyo objeto exclusivo sea el reaseguro, las entidades aseguradoras que realicen seguros directos y las entidades de seguro o reaseguro extranjeras, tengan o no delegación permanente en España.

8. Régimen administrativo: Tanto el Estado como las Comunicaciones Autónomas ejercerán competencias sobre el sector asegurador conforme a la Constitución, los Estatutos de Autonomía y la presente Ley. En particular, el Ministerio de Economía y Hacienda llevará un Registro especial de entidades y podrá adoptar medidas cautelares cuando aquéllas presenten desequilibrios financieros.

Las infracciones del ordenamiento de los seguros privados serán sancionables por el mismo Ministerio.

Además del tradicional control administrativo sobre las entidades, a través de inspecciones, aquél se extiende a quienes actúen como peritos-tasadores, comisarios y liquidadores de averías.

B) Observaciones.

La presente Ley sustituye a la de ordenación de 16 de diciembre de 1954, principalmente, aunque declara vigentes las disposiciones reglamentarias de desarrollo que no se opongan a la nueva regulación, incluso el antiguo Reglamento de 2 de febrero de 1912.

Aspecto destacable del nuevo texto es su expresa consideración como regulación básica del seguro privado, a efectos del artículo 149.1, núm. 11, de la Constitución y del ejercicio de sus competencias por las Comunidades Autónomas. Por ello la disposición final primera contiene una lista detallada de los concretos artículos o párrafos que no revisten tal condición de básicos.

En cuanto a la finalidad de la nueva regulación, la Exposición de Motivos señala los dos básicos:

— Ordenación del mercado de seguros, a lo cual se dirigen las siguientes medidas: Unidad de régimen, sin tratamientos discriminatorios, fomento de la concentración de empresas, potenciamiento del mercado nacional de reaseguros, mayor especialización de las entidades y clasificación de las formas jurídicas de las entidades.

— Control de las empresas aseguradoras, regulando el acceso y ejercicio de la actividad y medidas de saneamiento, protección de los aseguradores y sobre los mediadores.

IV. DERECHO PROCESAL

9. PROCESOS CIVILES. Reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley 34/1984, de 6 de agosto («BOE» del 7).

A) Exposición.

La presente Ley lleva a cabo una amplia modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil; sin duda la mayor que este texto legal ha sufrido durante la vigencia, más que centenaria. Por ello, la reseña que se hace a continuación se limita a describir los principios fundamentales de la reforma, sin llegar a pormenorizar el examen de los nuevos preceptos, para lo cual se sigue la sistemática señalada por la Exposición de Motivos de la propia Ley.

1. *La justicia gratuita:* Se da una regulación más moderna al antiguo beneficio de pobreza.

Gozarán del beneficio de justicia gratuita quienes tengan unos ingresos o recursos que no superen el doble del salario mínimo interprofesional. Excepcionalmente, teniendo en cuenta las circunstancias personales del solicitante podrá concederse a quienes superen dicha cifra pero no rebasen el cuádruplo, aunque no se les designará Abogado y Procurador de oficio.

La solicitud de justicia gratuita se considerará como incidente del proceso principal, tramitándose en pieza separada aplicando las normas del juicio verbal, con audiencia de las partes y del Abogado del Estado. La demanda y tramitación del incidente no suspenderán el proceso principal, salvo en los casos previstos especialmente, pero todas las actuaciones que se desarrolleen, se practicarán provisionalmente sin exacción de derechos.

La justicia gratuita supone los beneficios de exención de derechos o tasas judiciales, inserción gratuita de edictos en periódicos oficiales, exención de depósitos para recurrir y nombramiento de Abogado y Procurador sin pago de honorarios. La parte contraria gozará provisionalmente de los tres primeros beneficios hasta que se resuelva definitivamente el proceso principal.

2. *Procesos declarativos ordinarios:*

a) Aplicación de los procesos: Se determinará de la siguiente forma:

— Mayor cuantía, para demandas de valor superior a 100 millones de pesetas o relativas a derechos honoríficos.

— Menor cuantía, para demandas de quinientas mil a 100 millones de pesetas, relativas a estado civil, de cuantía inestimable o respecto de las que no se disponga otra cosa.

— Cognición, para cuestiones de cincuenta a quinientas mil pesetas.

— Verbal, demandas que no alcancen cincuenta mil pesetas. La valoración correspondiente se hará conforme a las reglas que se establecen.

b) Disposiciones comunes: Relativas a la aportación de copias, realización de traslados y condena en costas, con aplicación del criterio del vencimiento.

c) Juicio de mayor cuantía: Se introducen algunas modificaciones respecto a las excepciones dilatorias, términos de prueba y prueba de testigos.

d) Juicio de menor cuantía: Las modificaciones principales afectan a los siguientes puntos: Ampliación del plazo para contestar, tanto a la demanda como a la reconvenCIÓN, realización de un intento de avenencia en la comparecencia ante el Juez y ordenación de ésta y tramitación del recurso de apelación.

e) Juicio verbal: Las reformas se refieren al régimen de la comparecencia y de los recursos de apelación.

f) Juicio de cognición: Se reforma su régimen, contenido en el Decreto de 21 de noviembre de 1952.

3. *El recurso de casación.*

a) Requisitos del recurso: Conocerá de este recurso la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Son susceptibles de recurso de casación las siguientes resoluciones judiciales:

— Sentencias dictadas por las Audiencias en juicios de cuantía superior a tres millones de pesetas o de cuantía inestimable.

— Autos dictados en apelación para la ejecución de las sentencias citadas, cuando decidan puntos no controvertidos en el pleito.

— Sentencias de las Audiencias en juicios de desahucio y retracto.

— Laudos en arbitraje de derecho.

— Resoluciones respecto de las que se admite expresamente.

El recurso podrá fundarse en los siguientes motivos:

1.^º Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.

2.^º Incompetencia o inadecuación del procedimiento.

3.^º Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

4.^º Error en la apreciación de las pruebas.

5.^º Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia.

b) Procedimiento: La Ley regula los trámites de:

— Preparación del recurso ante la Audiencia.

— Constitución de depósito para recurrir.

— Interposición ante la Sala Primera del Tribunal Supremo.

— Sustanciación, con informe del Ministerio fiscal. Podrá dictarse auto de inadmisión si se estiman cumplidos los requisitos del recurso.

— Vista y resolución. Si se estima el recurso, se dictará una sola sentencia, casando la impugnada y resolviendo lo procedente.

c) Reglas especiales: Se refieren a los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal, en los juicios en que sea parte o en interés de la Ley; a la ejecución provisional de la resolución impugnada y a los recursos contra laudos arbitrales.

4. *La ejecución provisional:* Además de una nueva regulación general del sistema de recursos utilizables contra las distintas resoluciones, la Ley establece el régimen de la ejecución provisional de las resoluciones apeladas, a instancia de parte y constitución de fianza o aval bancario.

Podrán ejecutarse provisionalmente las resoluciones que condene al pago de una cantidad líquida o de fácil liquidación y las demás cuando el Juez estime que no se causará, por ello, un perjuicio irreparable. No serán susceptibles de ellas las sentencias recaídas en juicios sobre estado civil o derechos honoríficos.

5. *Juicio ejecutivo:* Las novedades introducidas afectan a los requisitos del proceso, considerándose cantidad líquida la determinada en moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial y con el límite de 50.000 pesetas. Se incorpora también el régimen especial para la determinación del saldo exigible en contratos bancarios de cuenta corriente y similares.

La regulación del procedimiento de apremio, contenida en esta parte de la Ley, es objeto también de algunas reformas; así, se actualizan las referencias al embargo de salarios y los procedimientos de las subastas.

6. *Otras reformas:* Buen número de preceptos de la Ley procesal son objeto también de modificaciones, generalmente para adaptarlos a los nuevos artículos ya reseñados. Las materias afectadas son:

- Postulación procesal.
- Cuestiones de competencia.
- Notificaciones.
- Auxilio judicial.
- Plazos procesales, respecto de los que se establece con rigor la improrrogabilidad.
- Vistas de los pleitos.
- Acto de conciliación, que tendrá carácter potestativo.
- Incidentes.
- Procedimiento de segunda instancia.
- Ejecución, con derogación del artículo 921 bis, que se refunde con el anterior.
- Embargo preventivo.

Además se retocan algunos artículos de las Leyes de Arrendamientos Rústicos y Urbanos, de Arbitrajes y 10/1968, de 20 de junio.

7. *Aplicación temporal de la reforma:* La nueva regulación entró en vigor el día 1 de septiembre pasado, aplicándose sólo a los procesos (incluidos los recursos) que se inicien a partir de tal fecha.

Sin embargo, este principio general tiene numerosas excepciones, que la Ley detalla.

Hasta la entrada en vigor de la Ley orgánica del poder Judicial, en proyecto, los documentos redactados en los idiomas propios de Comunidades Autónomas sólo deberán traducirse al castellano cuando deban surtir efecto fuera del territorio, cuando el Juez lo ordene o cuando alguna de las partes lo pida, alegando indefensión.

Se declaran expresamente vigentes las normas procesales contenidas en las leyes de reforma del Código Civil de 13 de mayo y 7 de julio de 1981.

B) Observaciones.

La presente Ley surge como anticipo del futuro ordenamiento procesal y lleva a cabo una modificación extensa de la Ley de Enjuiciamiento Civil con dos directrices básicas: Acomodar sus preceptos a los principios constitucionales (véase los arts. 119, 120 y 124 de la Norma fundamental) y agilizar el funcionamiento de la Administración de Justicia, tanto con la supresión de formalismos como con la aceleración de la tramitación de los procesos.

Tal vez las innovaciones más llamativas afecten al recurso de casación que, sin embargo, no pierde su configuración tradicional, aunque los nuevos preceptos deben pivarle del exagerado formalismo que llegaba a perturbar su funcionamiento.

A este respecto conviene llamar la atención sobre la referencia a la «infracción de la jurisprudencia» como motivo de casación (art. 1.692, núm. 5) que, sin despejar completamente las dudas, evidencia que no merece la consideración de «norma del ordenamiento jurídico».

Evidentemente deberá esperarse el funcionamiento de las nuevas medidas adoptadas para formular un juicio global sobre esta reforma.

10. COMPARCENCIA EN JUICIO. Se regula la de la Generalidad Valenciana.

Ley de las Cortes Valencianas de 29 de junio de 1984 («BOE» del 5 de septiembre).

A) Exposición.

1. Comparecencia en juicio de la Generalidad Valenciana: Se realizará sin necesidad de Procurador, utilizando papel de oficio y sin sujeción al pago de tasas judiciales, siendo competentes para conocer de sus litigios sólo los Juzgados de las capitales en que exista Audiencia (art. 1).

2. Actuaciones judiciales en general: La Generalidad se ajustará a las mismas normas que rigen para el Estado, con las necesarias adaptaciones orgánicas.

3. Funciones del Gabinete Jurídico de la Consellería de la Presidencia: A él corresponderá la representación y defensa en juicio, ante cualquier orden jurisdiccional, de la Generalidad Valenciana, sin perjuicio de sus funciones de asesoramiento jurídico. Sólo se exceptúan los casos de actuación de las Cortes Valencianas ante el Tribunal Constitucional.

B) Observaciones.

La presente Ley responde a la necesidad de regular de forma clara la posición procesal de las Comunidades Autónomas, pues aunque los Estatutos de Autonomía (como el Valenciano, aprobado por la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio) suelen establecer que cada Comunidad gozará de los mismos privilegios y potestades que la Administración del Estado (art. 30), falta una concreta referencia al régimen de su comparecencia en juicio.

Sobre esta base, la disposición emanada de las Cortes Valencianas tiene dos partes claramente diferenciadas: La segunda es meramente de organización interna de la Generalidad, pues se limita a concretar las funciones de su Gabinete Jurídico, y no puede oponerse objeción alguna a su contenido.

La primera parte, sin embargo, pretende aplicar a la Generalidad el mismo régimen procesal de que goza el Estado. Tal criterio encuentra sólidas razones, tanto teóricas como prácticas, y podría entenderse implícito en la misma configuración general de las Comunidades Autónomas, que han venido a asumir buena parte de las funciones que antes desempeñaba la Administración del Estado en su territorio. Sin embargo no cabe duda de que esta regulación (postulación, papel de oficio, exención de tasas y competencia territorial de los Juzgados) forma parte del Derecho Procesal, que está reservado por la Constitución a la competencia exclusiva del Estado.

En efecto, según el artículo 149.1, núm. 6 de la norma fundamental, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la «legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se derivan de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas» y es obvio que, en el presente caso, no existe ningún derecho sustantivo peculiar valenciano.

V. OTRAS DISPOSICIONES

11. ARAGON. Régimen del Presidente, la Diputación General y la Administración de la Comunidad Autónoma Aragonesa.

Ley de las Cortes de Aragón de 22 de junio de 1984 («BOE» del 18 de julio).

La presente Ley tiene un contenido similar a otras normas equivalentes promulgadas por otras Comunidades Autónomas y, en cuanto aquí interesa, merecen destacarse los siguientes aspectos:

1. Promulgación y publicación de las leyes aragonesas: El Presidente de la Diputación General, como representante del Estado, promulgará en nombre del Rey dichas leyes y ordenará su publicación en los Boletines de Aragón y del Estado dentro del plazo de quince días.

2. Entrada en vigor de las normas reglamentarias: Se producirá a los veinte días de su publicación completa en el Boletín Oficial de Aragón si no disponen otro plazo.

3. Reclamaciones previas al ejercicio de acciones contra la Comunidad Autónoma: Cuando se trate de la vía judicial civil, habrán de dirigirse al Consejero competente por razón de la materia; en asuntos laborales, corresponderán al Jefe administrativo o Director del establecimiento u organismo donde se presten los servicios.

12. URBANISMO. Régimen de las actuaciones de Notarios y Registradores de la Propiedad en materia urbanística.

Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de julio de 1984 («BOE» del 23).

La Dirección General destaca la asunción estatutaria de competencias en materia urbanística realizada por las Comunidades Autónomas, de forma que, en este ámbito, las disposiciones autonómicas resultan de aplicación preferente al derecho estatal. En consecuencia, la legalidad de las actuaciones y los requisitos de los títulos de índole urbanística que deban tener acceso al Registro, dependerán de las normas autonómicas dictadas en ejercicio de las competencias estatutarias, primordialmente, y a ellas deberán atenerse los Notarios y Registradores en el ejercicio de sus funciones. El derecho estatal se aplicará en forma exclusiva en cuanto a las operaciones registrales que procedan y, en general, como supletorio.

13. COMUNIDAD VALENCIANA. Regulación de la Hacienda Pública de la Generalidad.

Ley de las Cortes Valencianas de 13 de junio de 1984 («BOE» del 24 de julio).

Esta Ley constituye una adaptación a la Comunidad Autónoma de Valencia de la Ley General Presupuestaria, de 4 de enero de 1977. Como esta última, los aspectos de la Ley que aquí más interesa son los reguladores de las relaciones de la Administración, en este caso autonómica, con terceros.

Así, se recogen normas especiales sobre transacciones y arbitrajes respecto derechos de la Hacienda de la Generalidad, que deberán aprobarse por Decreto del Consejo; devengo de interés de demora; prescripción y tercerías o reclamaciones previas a la vida judicial. Los preceptos concretos no difieren de los vigentes para el Estado según la Ley antes citada.

14. INDUSTRIAS. Regulación de las reconversión y reindustrialización.

Ley 27/1984, de 26 de julio («BOE» del 28).

Esta Ley es resultante de la tramitación parlamentaria, como Proyecto, del Real Decreto-Ley 9/1983, de 30 de noviembre, coincidiendo casi totalmente sus textos. Sólo se han introducido ciertos retoques a la norma primitiva para disponer la intervención de las Comunidades Autónomas en las actuaciones de reconversión y en el fomento de la reindustrialización (véase la reseña del Real Decreto-Ley citado en este Anuario, XXXVII-I, disposición número 23 de la Información legislativa).

15. FUNCION PUBLICA. Medidas para su reforma.

Ley 30/1984, de 2 de agosto («BOE» del 3).

Esta Ley se dicta como básica para regular el régimen estatutario de los funcionarios públicos, amparada, pues, por el artículo 149.1, núm. 18, de la Constitución. A pesar de ello, no contiene una normación completa de la situación jurídica del funcionariado, sino sólo parcial, e incluso solamente los preceptos citados expresamente en su artículo. 1.3 se consideran bases, a efectos de su aplicación al personal de todas las Administraciones Públicas.

Las novedades principales de la Ley se refieren a la provisión de puestos

de trabajo, conceptos retributivos, estructura de Cuerpos y Escalas, y situaciones funcionariales. Las disposiciones adicionales, de considerable extensión, establecen varias fusiones de Cuerpos en otros de nueva creación y configuran Escalas integradas por otras preexistentes. Por último, las disposiciones transitorias gradúan la aplicación de la Ley, debiendo destacarse la escala que precisa las edades de jubilación hasta llegar a la plena aplicación del límite de 65 años a partir de 1 de octubre de 1987.

16. DESEMPLEO. Modificación de la Ley 51/1984, de 8 de octubre, Básica de Empleo.

Ley 31/1984, de 2 de agosto («BOE» del 4).

Se modifica el Título II de la Ley Básica de Empleo para dar una nueva y completa regulación de la protección dispensada a las situaciones de desempleo.

La nueva Ley lleva a cabo una ampliación temporal de las percepciones así como una extensión de su aplicación a sectores desprotegidos. Complementariamente se abordan los problemas de financiación del sistema y el mecanismo para el reconocimiento y pago de las prestaciones.

17. CONTRATO DE TRABAJO. Modificación parcial del Estatuto de los Trabajadores.

Ley 32/1984, de 2 de agosto («BOE» del 4).

Se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, con el fin de flexibilizar el mercado de trabajo y ajustar su texto a las directrices del nuevo Proyecto de Ley Orgánica sobre Libertad Sindical.

La Ley da nueva regulación a los contratos de trabajo en prácticas, para la formación, a tiempo parcial y temporales, creando la nueva modalidad del contrato de relevo.

Además, se perfecciona el régimen del Fondo de Garantía Salarial, Corrigiendo deficiencias que habían acarreado ciertos problemas. Así, se dispone la preceptiva intervención del Fondo en cuantos procedimientos consursales se advierta la posible existencia de créditos laborales.

Finalmente reciben nueva regulación los órganos de representación colectiva de los trabajadores y la legitimación para negociar los convenios colectivos.

NOTA CRITICA

«DERECHO DEL SEGURO Y DERECHO CIVIL PATRIMONIAL».

Varios. *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*; edición e introducción de Verdera y Tuells, Estudios Empresariales y Financieros; Colegio Universitario de Estudios Financieros. Madrid, 1982. 2 volúmenes, 1711 págs.

LUIS-HUMBERTO CLAVERIA GOSALBEZ

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Cádiz

De acontecimiento puede, sin exageraciones, calificarse la publicación de este voluminoso *corpus* de comentarios a la importantísima Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS), comentarios compuestos con ocasión de unas Jornadas celebradas en Madrid en mayo de 1981 y que tuvieron por objeto el estudio de dicha Ley. Las Jornadas fueron organizadas por el Colegio Universitario de Estudios Financieros que patrocina el Consejo Superior Bancario, corriendo el discurso inaugural a cargo de Luis de Angulo, entonces Director General de Seguros; el discurso de clausura, a cargo de Jaime García Añoveros, entonces Ministro de Hacienda; la conferencia de clausura, a cargo de Joaquín Garrigues, el gran maestro de mercantilistas recientemente desaparecido; y la Presentación, a cargo de Evelio Verdera, Catedrático de Derecho mercantil y Director del CUNEF, principal impulsor de estas Jornadas y de los volúmenes —integrados por las ponencias y comunicaciones pronunciadas en aquéllas— que constituyen el objeto de esta inevitablemente extensísima *Nota crítica*, que constará de dos partes: en la primera presento un resumen pormenorizado de cada una de las intervenciones con el fin de dar a conocer al lector lo nuclear de su contenido; en la segunda, mucho más breve para evitar que la presente *Nota* alcance proporciones descomunales, aventuraré un somero juicio crítico sobre cada estudio y luego expondré unas consideraciones de carácter general, deteniéndose especialmente en un aspecto que considero debe ser resaltado, atinente a la LCS y a estos comentarios.

Incorpora el volumen I en primer lugar el discurso inaugural de las Jornadas, que fue obra del entonces Director General de Seguros, Luis de Angulo. Reputa el profesor Angulo a la LCS «... un importante avance en los sistemas de protección pública a los asegurados» (pág. 19), reflejando muchos de sus preceptos ese espíritu. Alude a la íntima relación existente entre la regulación de la contratación de seguros, el adecuado control de las entidades aseguradoras y la indispensable reestructuración del sector asegurador, cometidos que debe desempeñar un régimen jurídico moderno del seguro, régimen del cual la Ley en cuestión es sólo una etapa de un proceso legislativo que culminará con una Ley de Ordenación y Fomento del Seguro y con otra Ley de Seguro Marítimo. Describe someramente el profesor Angulo cómo un nuevo Derecho privado imperativo sustituye con éxito al viejo Derecho público intervencionista y burocratizante, aludiendo finalmente a la urgencia, en España, de un proceso de concentración de las empresas aseguradoras, similar al acaecido en EE. UU. y en la Europa Comunitaria.

Seguidamente se inserta el discurso de clausura, obra del entonces Ministro de Hacienda, Jaime García Añoveros, cuyas palabras constituyen, a modo de expresivo resumen de resúmenes, una verdadera declaración de intenciones propias de estas Jornadas y estos Comentarios; presenta García Añoveros al seguro como un «... instrumento idóneo para la canalización del ahorro hacia inversiones duraderas y, por tanto, para la creación de puestos de trabajo estables» (pág. 27), añadiendo que las normas de la presente Ley y otras de rango inferior «... tratan de liberalizar y agilizar controles administrativos, a cambio de reforzar las garantías y controles de solvencia de la entidad; de estimular la concentración y especialización empresarial para racionalizar su gestión y economizar sus costes; y de fomentar una competencia real, de aseguradoras y de mediadores, que redunde en beneficio de los asegurados y del propio sector asegurador...» (pág. 28), aludiendo finalmente a la necesaria tecnicificación de las tarifas, así como a los ineludibles esfuerzos de capitalización y procesos de fusión.

La «Presentación» *stricto sensu* de la publicación es obra del profesor Verdera y Tuells. Titula su artículo Verdera «La Ley de Contrato de Seguro: encuadramiento constitucional y directrices básicas». Tras una breve referencia histórica de la que se infieren la necesidad y la urgencia de un tratamiento legislativo actualizado —y caracterizado por el predominio del *ius cogens*— de la figura del seguro, y después de relacionar la reciente Ley del seguro con los fenómenos de la «edad descodificadora» y de la unificación del Derecho privado, alude más extensamente el autor, Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, Director del CUNEF y coordinador de estas Jornadas, al complejo tema de la distribución de competencias normativas entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de seguro, a la vista de lo establecido en algunos de los preceptos contenidos en el artículo 149 de la Constitución; en síntesis, indica Verdera, el régimen jurídico privado del seguro es «legislación mercantil» (a efectos del artículo 149, 1, 6.^a, Const.) y, por ello, de competencia exclusiva del Estado; pero la ordenación administrativa del seguro, que es Derecho administrativo, se subsume en el apartado 11.^º del número 1 del artículo 149 de la Constitución y, por ello, es de competencia compartida, pues la competencia exclusiva del Estado sólo afecta a las «bases». Es necesario aclarar el concepto de «bases» a estos efectos; y el autor lo hace, acudiendo a reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional que alude a unos «principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario» (pág. 55), matizando que, debiendo ser entendida la noción de «bases» como noción material, «... esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que razonablemente se deduzcan de la legislación vigente (S. de 27-7-1981)» (pág. 55), añadiéndose en nota que ni el Estado ni las C. A. pueden excederse de sus respectivas competencias; textualmente señala Verdera como idea informadora de esta problemática concreta, que «... la normativa constitucional permitirá afirmar el principio de unidad económica, y con ella la unidad de mercado, condicionando las decisiones que puedan tomar las Comunidades Autónomas a las grandes líneas o directrices establecidas para el conjunto del Estado» (pág. 56). Seguidamente trata el autor de los textos jurídico-positivos, jurisprudenciales y doctrinales que han inspirado la elaboración de la presente Ley a la que se hace un pequeñísimo apunte crítico (pág. 59), lo que le lleva a enlazar con el tema de los diferentes niveles de aplicabilidad —supletoriedad de primero o segundo grado, carácter dispositivo o imperativo— de la Ley

de 1980 a diversas modalidades específicas de seguro; marítimo, aéreo, etc. (repárese en que dicha Ley regula, en principio, todo el seguro terrestre, con la expresa excepción del seguro de crédito a la exportación). Merecen asimismo atención las breves pero interesantes consideraciones del profesor Verdera acerca de la denominada «concepción dualista del contrato de seguro» (que parece acoger la Ley), del carácter imperativo de los preceptos de ésta (cfr. arts. 2 y 79) y de la protección del asegurado, en cuanto consumidor, respecto de las condiciones generales y particulares (art. 3) (apuntando, respecto del pár. 3.º de éste, su armonizabilidad con los arts. 24 de la Const. y 1 del C. c.), así como las referencias al Derecho transitorio. Termina el estudio en cuestión con unas palabras de gratitud a las personas e instituciones que, de un modo u otro, hicieron posible las Jornadas y la consiguiente publicación de estos trabajos.

El primer estudio ordinario del volumen aparece firmado por el profesor Menéndez, Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid; y se titula «Preliminar. Artículos 1 a 4». Respecto del tema general del concepto y de la naturaleza jurídica del contrato de seguro, punto abordado en la Ley de 1980 en su artículo 1.º, plantea el autor el problema de si dicho precepto, que optó por formular una definición legal de este contrato, escoge la denominada «tesis unitaria o indemnizatoria» del contrato de seguro (concibiendo el seguro —todo seguro necesariamente, también el de vida— como indemnización), o si, por el contrario, se decide por la llamada «tesis dualista» (según la cual, junto al seguro de daños, que es indemnizatorio, existe otro —fundamentalmente, el seguro sobre la vida— que se caracteriza por desempeñar funciones de previsión, ahorro o incluso especulación), defendiendo la tesis, formulada con estimable precisión y precedida de interesantes consideraciones históricas y de Derecho comparado, de que, con ciertas matizaciones, la definición legal «... parece inclinarse... hacia la concepción dualista del contrato» (pág. 102), completándose el tema de la noción legal y los límites de dicha figura con un somero comentario al artículo 4.º de la Ley, en el que hallamos una clara proclamación del principio de la realidad del riesgo (págs. 104 y ss.), aludiéndose a la posibilidad de relevancia, además de la de la incertidumbre objetiva, de la de la subjetiva, incluso fuera del seguro marítimo. Respecto del punto referente al ámbito de aplicación de la Ley, se enfrenta el autor con la exégesis de la 1.ª parte de su artículo 2.º: en síntesis, para Menéndez, la LCS es, en cuanto Ley general del seguro privado, aplicable a los seguros marítimo y aéreo y, por tanto, supletoria de las normas específicas atinentes a dichos seguros, aunque pierda —más claramente en el supuesto del seguro aéreo que en el marítimo— su carácter de *ius cogens*; con relación a otro importante problema de delimitación, cree el autor que el artículo 2.º, en su 1.ª parte, se armoniza con la disposición final *in fine*, afirmando que este último precepto sólo deroga las disposiciones especiales, cronológicamente anteriores, contrarias a los principios de la LCS; pero, respecto de las distintas modalidades de seguro, las disposiciones especiales simplemente diferentes de las de la LCS, aun anteriores a ella, rigen, *ex artículo 2.º*, con preferencia a dicha Ley general, incluso a sus reglas imperativas; en sede de ámbito, siguen otras breves puntualizaciones relativas al seguro mutuo a prima fija (al que se le aplica, en cierta medida, la LCS) y al reaseguro, que recibe el régimen de dicha Ley general pero desprovisto, según el profesor Menéndez, de su carácter imperativo. Afronta, en la última parte de su estudio, el prestigioso mercantilista la problemática de la protección del asegurado,

refiriéndose principalmente al tema del sentido exacto del carácter imperativo de las normas de la LCS mencionado en su artículo 2.^º y al de la interpretación del importantísimo artículo 3.^º; indica el autor, en relación con el primer punto, que no todas las normas imperativas lo son en igual grado y con el mismo alcance, cabiendo diferenciar, siguiendo a la doctrina francesa, una imperatividad basada en un «orden público de protección» (entonces la violación de la norma provoca nulidad relativa y parcial) y otra basada en un «orden público de dirección» (en tal caso la nulidad sería absoluta y frecuentemente total); y con relación al artículo 3.^º, tras señalar que su pár. 1.^º se refiere a un control «contractual o individualizado» y sus pár. 2.^º y 3.^º a un control «general o permanente», entrando ya en el novedoso pár. 3.^º, afirma, tras reputar fuera de lugar las objeciones que han venido haciéndosele fundadas en la cosa juzgada, en la inconstitucionalidad o en la inadmisibilidad de reputar a la jurisprudencia fuente del Derecho, que nos hallamos ante «... una norma que anuda a un supuesto de hecho, en este caso una determinada sentencia del Tribunal Supremo, una precisa consecuencia jurídica para la administración competente: la de que en uso de sus poderes y prerrogativas obligue a las aseguradoras a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas...» (págs. 131-132), aludiendo a lo que los procesalistas llaman «efectos colaterales de la sentencia», considerando a ésta más como «hecho» (integrador de un supuesto complejo previsto en la norma) que como «declaración» (pág. 132). Termina el estudio con una valoración positiva de la protección del asegurado contenida en los artículos 2 y 3 de la Ley, protección caracterizada por una sustitución de los instrumentos jurídico-públicos tradicionales por los jurídico-privados (pág. 133).

Se titula el siguiente trabajo, obra del profesor Vicent Chuliá, Catedrático de Derecho mercantil de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Valencia, «Concepto y caracteres del contrato de seguro en la nueva Ley». A modo de introducción, comienza el autor a plantear algunas importantes cuestiones generales relativas al Derecho anterior a la entrada en vigor de la LCS actual. Pero no parece que las dudas surgidas antes de esta Ley hayan sido desvanecidas por ella, pues, en la 2.^a parte de su estudio, propone el profesor Vicent importantes reflexiones, atinentes a temas generales, que conllevan preguntas sobre puntos básicos. Respecto de la amplitud de la definición del riesgo, cree el autor que la Ley optó por la concepción «dualista» antes descrita; respecto del carácter formal o puramente consensual del contrato de seguro, cree Vicent que en la nueva Ley, contra lo que piensan prestigiosos mercantilistas, dicho contrato se reputa formal o solemne. Por otra parte, asimismo oponiéndose a autorizadas opiniones, defiende este autor la tesis de que nos hallamos ante un «contrato civil o de Derecho común» (pág. 152), lo que, sin embargo, no le hace salir del ámbito del apartado 6.^º del número 1 del artículo 149 de la Constitución. Por último, de la consideración de que la LCS consagra una especial protección para el asegurado extrae Vicent alguna llamativa conclusión atinente a la necesaria —según su opinión— restricción del ámbito del artículo 79 de la LCS, problema vinculado al artículo 51 de la Constitución.

Es el Prof. Montés, Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Valencia, el autor del trabajo siguiente, titulado «Observaciones sobre la aleatoriedad del contrato de seguro». Se trata de un estudio, fundamentalmente dogmático, en el que el autor, tomando como referencia los cuatro primeros artículos de la LCS de

1980, intenta una revisión de la categoría de los contratos aleatorios, mediante un *excursus* a través de diversos textos jurídico-positivos y de diferentes posiciones doctrinales, preferentemente francesas. Hecho ese recorrido, replantea cuestiones tales como la utilidad de la figura del contrato aleatorio y la adscribibilidad a ella del seguro, el sentido de la «equivalencia» a la que aludía el artículo 1.790 de nuestro C. c., la función y el significado de las expresiones «riesgo», «alea», etc. Para Vicente Montés, procede distinguir «riesgo» y «alea»: ésta es un modo de ser de la causa, que se traduce en una cierta forma de conexión de las prestaciones; aquél, por el contrario, es un *prius* respecto del contrato, algo que existe con independencia de él, no siendo su «objeto» ni insertándose en su estructura ni en su causa, al no existir ni siquiera correspondencia, en cada contrato de seguro concreto, entre riesgo y prima, de modo que ésta varíe cuantitativamente caso por caso al variar aquél (lo que sí hay es una dependencia de la prima respecto del riesgo con relación a cada tipo de seguro): «En definitiva —escribe Montés como cierre de sus reflexiones—, el contrato de seguro gira sobre el eje de un "riesgo" extracontractual que ha de ser eliminado en sus consecuencias prácticas mediante su conversión en un "riesgo" contractual. De este modo, la justificación del corresponsivo pagado por el asegurado reside en la atribución económica que deriva de la misma posición jurídica aleatoria y cuyo valor, en el seguro, depende de la valoración del riesgo contractualmente creado en conexión con un riesgo extracontractual, puesto que no se trata de transferir un riesgo, sino de eliminarlo. A nuestro juicio, sólo de este modo ... tiene sentido ... incluir el contrato de seguro entre los contratos aleatorios» (pág. 197).

El trabajo siguiente, titulado «Consideraciones sobre la noción de siniestro en la nueva Ley de contrato de seguro», es obra del Prof. Alonso Soto, Profesor Agregado de Derecho mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid. En este brevísimo pero expresivo estudio se perfila el concepto de «siniestro» en el contrato de seguro, comenzándose por hacer ver al lector que no nos hallamos ante un concepto de comprensión tan fácil como parece: se distingue el riesgo del siniestro y éste del evento temido, aludiéndose a la tendencia a identificar el siniestro con el hecho —coincidente o no con ese evento— que genera el nacimiento de la obligación del asegurador de pagar su prestación, advirtiéndose, por otra parte, que cabe acaecimiento del evento sin deber de pago a cargo del asegurador. Para Alonso, hay siniestro cuando se dan estos requisitos: 1.) Que se realice el evento (previsto y temido) dentro del conjunto de riesgos determinados previamente en el contrato; 2.) Que se produzca un daño al asegurado; y 3.) Que el evento —no necesariamente el daño— se produzca durante la vigencia material del seguro: «... únicamente cuando ha sido detalladamente descrito en el contrato de seguro, y se produce el hecho con todos los requisitos y elementos podemos hablar de la existencia de un siniestro en sentido técnico...» —escribe el autor en pág. 205.

De la peculiar norma, contenida en el pár. 3.^º del art. 3.^º de la LCS, antes comentada, se ocupan los dos siguientes trabajos. El primero, escrito por el profesor Motos, Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Granada, se titula «La Administración pública, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y las condiciones generales del contrato de seguro». Además de ocuparse del pár. 3.^º citado, alude también al 2.^º, reflexionando con cierto detenimiento acerca del sentido del término «vigilancia» en él contenido. Respecto del pár. 3.^º, plantea el autor la tensión que se produce entre dicho precepto y los principios de nuestro

Derecho, opuestos a que la jurisprudencia integre el Ordenamiento, así como las dificultades que se derivan de relacionar el texto en cuestión con otros, atinentes, por ejemplo, a la cosa juzgada, a la doctrina legal, etc., terminando su exposición con una observación relativa a la posibilidad de determinadas maniobras encaminadas a la utilización del tenor del precepto con el fin de burlar su espíritu: piénsese en la compañía aseguradora que no recurre en casación la sentencia adversa dictada en 2.^a instancia si teme, por sí o por los restantes aseguradores, la posible confirmación del fallo de la nulidad de la cláusula (pág. 219): las otras compañías presionan a la demandada para que no recurra en casación contra una sentencia que declaró nula o lesiva una cláusula suya que también utilizan los demás aseguradores en sus formularios: así evitan éstos, incluso mediante una compensación económica, el riesgo de que el Tribunal Supremo, confirmando la sentencia de 2.^a instancia, genere el supuesto del precepto comentado.

El otro trabajo al que me refería está escrito por el Prof. Polo, Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Barcelona; se titula «La extensión de la eficacia del control judicial sobre las condiciones generales del contrato de seguro». Advierte el autor que, a la vista de que otros autores han tratado el tema, él sólo se limita a «... esbozar algunas consideraciones aisladas respecto de la fórmula empleada por el legislador...» (pág. 223). Tras detenerse en la génesis y en la posterior evolución parlamentaria del precepto contenido en el párr. 3.^º del art. 3.^º de la LCS, se enfrenta con el problema de la eficacia *ultra partes* de la resolución judicial de nulidad, que significa en este caso el salto de un control individual a un control general sobre las cláusulas generales. Frente a opiniones según las cuales el precepto en cuestión afecta al sistema de fuentes del Derecho, entiende Polo que sólo nos hallamos ante un mandato legal en el que la sentencia del Tribunal Supremo desempeña un papel de mero presupuesto de hecho (pág. 233), desechariendo fundamentalmente asimismo el prestigioso mercantilista la crítica a la comentada norma basada en que extiende los efectos de una sentencia fuera de las partes del proceso, perjudicando a terceros que no fueron oídos. Finaliza su exposición el Prof. Polo valorando positivamente el precepto (al que relaciona con el art. 51 de la Const.), en cuanto que completa el control judicial con el administrativo, siendo precisamente la Administración la que, en acto administrativo recurrible, determinará cuándo existe «identidad» (no necesariamente textual) a los efectos del último inciso del artículo; no olvida, no obstante, el autor los inconvenientes que la redacción definitiva puede ocasionar, aludiendo —en la misma línea de Motos— a la posibilidad de que la abstención de la entidad aseguradora de recurrir en casación impida la formación del supuesto contemplado en la ley y, por ello, el control de las condiciones generales.

A continuación aparece el estudio del Prof. Linde Paniagua, Prof. Adjunto de Derecho administrativo en la UNED, que se titula «La Administración en la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de contrato de seguro». Alude este autor a los artículos de la LCS en los que se menciona a la Administración pública: 3,44,48,52 y 75, pasando a tratar seguidamente algunas importantes cuestiones: respecto del párr. 2.^º del art. 3.^º, plantea Linde el tema de a qué ley se refiere el precepto y si es sólo la Administración del Estado la aludida, indicando, respecto de este último punto, que la norma puede referirse también a las Comunidades Autónomas, competentes, según la Constitución, en materia de ordenación de seguros si se trata del desarrollo de las bases ya trazadas por la legislación del Estado. Siguen algunas breves pero

importantes consideraciones sobre el pár. 3.^º de ese mismo artículo, en el que se configura, según el autor, una «facultad-obligación» para la Administración. Se alude luego al Consorcio de Compensación de Seguros, para terminar, en sede de seguro de responsabilidad civil (art. 75 de la LCS), con la afirmación, de carácter general, de que el seguro «...deja de ser... una técnica de mera previsión de eventos desfavorables, para convertirse en un instrumento para el control de las actividades mismas que se aseguran» (pág. 250).

Juan Hernández Martí, Profesor Ayudante de Derecho mercantil de la Facultad de Derecho de Valencia, es el autor del trabajo «La Ley del contrato de seguro y los seguros marítimos», posterior al de Linde. Advierte el Prof. Hernández Martí que sólo estudia un concreto aspecto del artículo 2.^º de la LCS: «... las relaciones entre el derecho general, contenido en la Ley de Contrato de Seguro, y el derecho especial conservado en las normas del Derecho marítimo del Código de comercio» (pág. 253). Para este autor, en la hipótesis de seguro marítimo, la LCS es supletoria de los preceptos, atinentes al citado seguro, contenidos en el Código de comercio (arts. 737 y ss.), planteándose el tema de la posibilidad de *analogía legis* y de *analogía iuris* de dichos preceptos, así como el de si determinadas normas de la LCS, reguladoras de efectos que trascienden las relaciones asegurador-asegurado en sentido estricto (p. e., art. 40 de la LCS) deben reputarse Derecho supletorio del seguro marítimo, pregunta a la que formula una contestación negativa en el seno de interesantes consideraciones acerca de la subrogación real y de los privilegios sobre el buque, el flete o la mercancía.

El Prof. Sánchez Calero, Catedrático de Derecho mercantil en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Complutense de Madrid, es el autor del siguiente estudio, obra de especial importancia dentro de los presentes volúmenes en cuanto que consiste en una reflexión general sobre la nueva regulación jurídico-privada del contrato de seguro: se titula «Conclusión, documentación, contenido del contrato (arts. 5 a 24)» y se extiende a lo largo de más de noventa páginas. Dice Sánchez Calero, en el epígrafe introductorio que titula «Consideraciones preliminares», que el título primero de la LCS, que, por olvido, carece de nombre, debió llamarse «Disposiciones generales sobre el contrato de seguro», en cuanto que en él la comisión redactora —a la que el autor perteneció— pretendió «...fijar la estructura fundamental de la relación jurídica que surge del contrato...» (pág. 267), mediante «...una generalización de normas —surgidas frecuentemente en los seguros de daños, en sentido estricto— a todo el ámbito del contrato de seguro» (pág. 266). Indica el autor que la citada comisión respetó la estructura del Anteproyecto de 1969 y que tuvo en cuenta la propuesta de directriz de la CEE para la coordinación de las normas sobre el contrato de seguro de 1979, así como que en su versión final se detecta una tendencia hacia la llamada «concepción unitaria» del contrato. En sede de elementos personales, distingue nítidamente el prestigioso mercantilista la figura del tomador del seguro, persona que, contratando por sí misma o a través de representante, es parte del contrato, de la figura del asegurado, que es «...la persona titular del interés asegurado y que, por consiguiente, está expuesta al riesgo, en el sentido de que va a sufrir los efectos del evento dañoso» (pág. 268), aludiendo, a propósito de uno y otro, a las modalidades del negocio a favor de tercero y del contrato por cuenta de quien corresponda. Siguen unas complejas páginas sobre los agentes de seguros, distinguiéndose, partiendo del art. 21 de la Ley, los agentes afectos y los libres: los primeros, vincu-

lados al asegurador por un contrato de agencia, pueden ser o no representantes de éste; los segundos se vinculan al asegurador por un contrato de mediación o corretaje; el problema fundamental, entre algunos otros, que se plantea respecto del agente afecto es el del modo de articular la protección de la apariencia ante el asegurado y el tomador, y, en concreto, el de la oponibilidad a éstos de las cláusulas del contrato de agencia que sean limitativas de sus derechos respecto de las cláusulas del contrato de seguro, los preceptos del Reglamento de Agentes y de la misma LCS y los usos del tráfico; haciendo resaltar Sánchez Calero la insuficiencia de la regulación de la Ley del Seguro sobre el tema y debiendo acudirse, según él, a otros textos (el citado Reglamento de Agentes, p. e.) para solventar conflictos, tarea que debe hallarse informada especialmente por la aplicación del principio de la buena fe. En sede de formación y documentación del contrato, mantiene Fernando Sánchez Calero, entre otras, las siguientes tesis: a) El contrato de seguro es consensual y no formal, debiendo entenderse la exigencia, contenida en el artículo 5.º, de que conste por escrito como una manifestación del deber de documentación del contrato; b) Respecto del art. 6.º, la solicitud no es una oferta de contrato, sino una simple *invitatio ad offerendum*, y la proposición, por el contrario, es una oferta irrevocable en un plazo determinado, afirmándose seguidamente y con plena coherencia con lo dicho que «... La aceptación, concebida como declaración de voluntad del tomador del seguro y dirigida al asegurador dando conformidad a su proposición, tiene como efecto la perfección del contrato» (pág. 285), y que, en caso de contrato de seguro celebrado entre personas distintas, debe aplicarse la solución del art. 54 del C. de c. y no la del art. 1.262 del C. c.; c) La póliza, documento privado, no es un título-valor, por lo que, en caso de cesión, el nuevo poseedor tendrá el mismo derecho que tenía el cedente y cabe oponer a aquél las mismas excepciones que a éste; d) «La falta de alguna de las menciones (contenidas en el art. 8) no debe estimarse que hace perder a la póliza su consideración de ser el documento principal del contrato, sino que en todo caso podrá dar lugar a la existencia de un documento probatorio de contenido incompleto...» (pág. 291), provocando deber de indemnización a favor del tomador y sanciones administrativas para el asegurador; e) El tratamiento legal de las divergencias entre la póliza y la proposición (pár. último del art. 8.º) no impide la aplicación de los preceptos del C. c. sobre anulabilidad de los contratos al seguro. Medita más adelante Sánchez Calero, interpretando el importante art. 10 de la LCS, el deber de declaración, por parte del tomador, de la entidad del riesgo, deber que la Ley ha configurado como un «deber de contestación o respuesta del tomador de lo que se pregunta (en un cuestionario *ad hoc*) por el asegurador» (pág. 297); es un deber precontractual que se cumple por el tomador (*rectius*, por el solicitante) (y puede cumplirse también por el futuro asegurado) mediante una declaración recepticia de ciencia dirigida al asegurador, sancionándose con importantes consecuencias negativas para el asegurado las irregularidades e inexactitudes acaecidas en el cumplimiento de dicho deber; el apartado III termina con unas alusiones a la validez —que se defiende— de las denominadas cláusulas de inconstitucionalidad. En sede de obligaciones y deberes del tomador del seguro y del asegurado, comienza el autor afirmando, a modo de principio general, que «... los derechos y deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, mientras que los derechos pertenecen al asegurado» (pág. 314), distinguiendo además otras figuras como la del beneficiario (en los seguros de vida) y la del tercero

perjudicado (en los de responsabilidad civil). Estudia seguidamente Sánchez Calero la obligación del pago de la prima (sujetos, objeto, momento, lugar y forma), así como las consecuencias de su incumplimiento, delineadas en el art. 15 de la LCS. Luego, el deber de declarar la agravación del riesgo (sujetos, plazo, objeto), así como los efectos de dicha declaración (modificación o rescisión del contrato) y los efectos del incumplimiento del mencionado deber, aludiéndose, en sentido opuesto, a la facultad del tomador de comunicar las circunstancias que disminuyan el riesgo. Continúase tratando el deber de comunicación del siniestro ya acaecido, deber regulado preferentemente en el art. 16 de la LCS, aludiéndose a los sujetos, al alcance, al plazo, a la forma y a los efectos de su incumplimiento. Finaliza el epígrafe IV con un tratamiento del deber de información sobre las circunstancias del siniestro y el de disminuir las consecuencias de éste. En sede de obligaciones del asegurador, Fernando Sánchez Calero, tras aludir a la desconexión entre los deberes del asegurador frente a la Administración y los deberes emanados del contrato y a la obligación de entrega de la póliza o del documento de cobertura provisional, se enfrenta a la obligación principal del asegurador: la cobertura del riesgo descrito en el contrato; a propósito de ella y, en concreto, del pago, por el asegurador, de la prestación en caso de siniestro, se plantean los temas de la determinación de la cuantía de dicha prestación, de la liquidación del siniestro, del pago en dinero o *in natura* y de las especialmente contundentes consecuencias de la demora del referido pago (cfr. art. 20 de la LCS, que prevé, según el autor, una sustitución, pasados los tres meses, del interés legal por el del 20 %, lo que constituye una cláusula penal). El último epígrafe trata de la duración de la relación de seguro —aludiéndose, entre otros temas, a la suspensión y a la prórroga del contrato—, de la prescripción de las acciones (cfr. art. 23 de la LCS, del que el autor excluye, p. e., la acción del tercero perjudicado *ex art.* 76) y del Juez competente, afirmando que la norma del art. 24 sólo se refiere a los supuestos en los que el asegurado se halle domiciliado en España.

El siguiente trabajo se titula «El lenguaje de las pólizas del seguro» y es obra del Prof. Illescas Ortiz, Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Cádiz. Tras unas aclaraciones previas sobre el sentido en el que emplea el término «lenguaje», afirma el mencionado mercantilista, Catedrático de la Facultad de Derecho de Jerez, que el mandato legal, contenido en el art. 3.^º de la LCS, de que las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa debe entenderse, al modo en que ordena redactar ciertos contratos el Derecho norteamericano, en el sentido de que «... las pólizas deben abandonar el empleo de palabras técnicas, solamente accesibles a los especialistas en la materia...» (pág. 360), aportando, en la hipótesis de que ello no sea totalmente posible, un «glosario inteligible para el profano» (pág. cit.). Siguen unas consideraciones sobre el idioma de las pólizas, con alusiones tanto a los idiomas oficiales de algunas C. A. españolas, como al idioma inglés, para terminar el estudio con unas referencias al modo de conferir especial relieve a las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados (Illescas propone concretamente la utilización de diferente color) y al problema de la aceptación específica de dichas cláusulas limitativas (doble firma del tomador).

Fernando del Caño Escudero, Doctor en Derecho e Inspector Técnico de Seguros y Ahorro, firma la comunicación titulada «El contenido mínimo de la póliza en la Ley de Contrato de Seguro». Clasifica las cláusulas o condiciones de cualquier contrato de seguro en particulares, generales y especiales, indicando que las

primeras sirven para individualizar el contrato y que, según la S. del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1944, en caso de discrepancia entre las generales y las especiales, hay que atender a éstas. Expone a continuación Del Caño, sistematizadamente y siguiendo a la LCS, las cláusulas de inclusión obligatoria en todo caso, las de inclusión obligatoria en determinados supuestos y las necesarias para adaptar o modificar las normas legales, terminando su exposición con unas sugerencias prácticas dirigidas a los futuros redactores de las pólizas y con unas conclusiones finales en las que se resume lo antes dicho.

El Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza Manuel García Amigo es el autor del siguiente estudio, titulado «Integración del contrato de seguro». Define el Prof. García Amigo la integración identificándola con el «...fenómeno jurídico-normativo de determinar y combinar las fuentes normativas reguladoras de la relación contractual en su totalidad...» (pág. 382), distinguiendo la actividad integradora de la calificadora y de la interpretativa. Respecto del Derecho español en general, amparándose en los arts. 1, 6 y 1.258 del C. c., escribe el ilustre civilista que nuestro sistema de integración, plural y jerarquizado, es el siguiente: 1.º Ley imperativa; 2.º *Lex contractus*; 3.º Ley dispositiva; 4.º Costumbre (usos normativos); y 5.º Principios generales del Derecho; aclarando que, respecto del contrato de seguro en concreto, debemos tener en cuenta los arts. 2 y 3 de la LCS, y que el Derecho aplicable, supletoriamente, al seguro es el del Código civil y no el del Código de comercio. Alude García Amigo a las peculiaridades que presenta el seguro como contrato de adhesión, así como a las particularidades que contiene la nueva Ley en cuanto que acoge una imperatividad encaminada sólo a favorecer a una de las partes, actuando, por tanto, en un solo sentido, sin olvidar las necesarias referencias a la nulidad parcial, que se producirá cuando, sin concurrir el supuesto del inciso final del art. 2.º de la LCS, una cláusula se oponga a una norma de *ius cogens*. Destina el autor las últimas partes de su comunicación a reflexionar más detenidamente acerca de la ley imperativa como fuente de integración y acerca de la realización de dicha tarea integradora mediante la aplicación de normas dispositivas, usos normativos y principios generales, siendo destacables, en tal sentido, las consideraciones surgidas de la comparación de los arts. 1.258 y 1.287 del C. c. y las atinentes al concepto, necesariamente objetivizado, de la buena fe, así como la crítica a la llamada «concepción normativista» de las condiciones generales.

Ernesto Caballero Sánchez, Doctor en Derecho e Inspector Técnico de Seguros y Ahorro, es el autor del trabajo siguiente, titulado «El documento de cobertura provisional (art. 5.º de la Ley del contrato de seguro)». Tras distinguir, dentro de lo que él denomina genéricamente «coberturas anticipadas», tres posibilidades (precontrato de seguro, certificado provisional de cobertura y nota de cobertura propiamente dicha), encaja el documento que el art. 5.º de la LCS llama «documento de cobertura provisional» en la 2.ª (esto es, lo reputa una modalidad de certificado provisional de cobertura), de lo que infiere, a la vista del silencio de la LCS al respecto en el resto de su articulado, que ésta no ha regulado la importante figura de la auténtica nota de cobertura, a la que dedica el resto de su brevísimamente denso estudio, aludiendo a sus manifestaciones en Derecho comparado, a su concepto, a su naturaleza y a sus características, finalizando su exposición afirmando que se impone la regulación de dicha modalidad de contrato de seguro.

Sigue el trabajo de Jesús Blanco Campaña, Profesor Agregado de Derecho mercantil en la Universidad Complutense, titulado «Algunas consideraciones en torno a las pólizas a la orden y al portador». Alude el Prof. Blanco, en un estudio asimismo muy breve pero interesante, a la problemática suscitada por el inciso 1.^º del art. 9.^º de la LCS, texto que hace, a primera vista, confluir la teoría del contrato de seguro y la de los títulos-valores. No obstante, el régimen que el artículo citado implanta en su inciso 2.^º desmiente en parte esa posible vinculación, «... al proclamarse como efecto de la circulación la *cesión* del crédito contra el asegurador, excluyendo por lo tanto que se dé la adquisición originaria que se reconoce en el caso de los títulos-valores» (pág. 413), asimilando el autor estos documentos a los que la doctrina italiana denomina «títulos impropios». Tras unas importantes consideraciones de régimen jurídico relativas a las pólizas a la orden o al portador (necesidad de pacto al respecto, regulación del endoso o de la tradición, excepciones oponibles al cesionario por el asegurador, etc.), afirma Jesús Blanco, con relación al art. 34 de la LCS, que «... La presencia de la póliza a la orden o al portador desempeña una función no sólo en orden a la cesión del crédito contra el asegurador, sino como modalidad para el mantenimiento de la continuidad del contrato de seguro en el caso de transmisión del objeto asegurado...» (pág. 417).

El siguiente estudio se titula «La declaración de siniestro y la información complementaria» y es obra del Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Santiago, José Antonio Gómez Segade. Comienza el autor insertando lo que genéricamente denomina «deberes informativos» dentro de los deberes del tomador del seguro o del asegurado. Siguen unas «generalidades sobre la información al asegurador tras la producción del siniestro», aludiéndose en ellas a los fundamentos de dicho deber de información, a la regulación del tema en Derecho comparado y al tenor del art. 16 de la LCS española objeto de estos comentarios, haciendo notar que los referidos deberes informativos posteriores al siniestro se imponen con carácter general para toda clase de seguros, y llamando la atención sobre el hecho de que el citado art. 16 comprende dos deberes fundamentales, independientes en cierto modo: la declaración del siniestro y la comunicación de las circunstancias complementarias, siendo el resto del estudio del Prof. Gómez Segade una profundización en la reflexión acerca de esos dos deberes. Respecto del primero (deber de declaración del siniestro), estudia Gómez Segade los presupuestos para que surja, la naturaleza de la declaración, el autor de ésta, el destinatario, el contenido y la forma de la declaración, el plazo para efectuarla y, un poco más extensamente, el régimen del incumplimiento del deber de declarar el siniestro, definiendo el incumplimiento mismo y meditando detenidamente sobre sus efectos. Merece destacarse en este resumen que, respecto del tema de la naturaleza de la declaración que comentamos, piensa el autor del estudio que existe un «deber jurídico» de declarar, pero que no se trata de una verdadera «obligación»; y que, por otra parte, la declaración de siniestro no es una declaración de ciencia, sino «... una declaración de voluntad tácita dirigida a obtener el cobro de la indemnización» (pág. 437). Y respecto del tema del incumplimiento, introduce curiosamente Gómez Segade elementos subjetivos al definirlo; y, por otra parte, entre sus efectos, además de referirse a la reclamación de daños y perjuicios establecida en el texto legal, defiende la posibilidad, en caso de dolo del obligado, de la suspensión o de la pérdida de la indemnización, apoyándose en el

expediente del abuso de derecho por parte del mencionado obligado. Acerca del otro deber informativo (la llamada «información complementaria sobre el siniestro»), contemplado en el pár. 3.^o del art. 16 de la LCS, deber cuyo cumplimiento reputa Gómez Segade una declaración de ciencia «en la mayoría de los casos», formula el Catedrático de la Universidad compostelana los caracteres de dicho deber (diferenciable de otros pero accesorio respecto de ellos), sus sujetos, el tiempo y la forma y el régimen de su incumplimiento, mereciendo destacarse, respecto de este último punto, sus importantes puntualizaciones en materia de dolo o culpa, prueba de daños o renuncia de derechos, que cierran este trabajo.

J. Nicolás Martí Sánchez, Profesor Adjunto Numerario de Derecho mercantil de la Universidad de La Laguna, es el autor del siguiente estudio del volumen, estudio titulado «La protección del asegurador en la Ley del contrato de seguro, de 8 de octubre de 1980». En unas «Consideraciones generales», que actúan como preámbulo, aboga Martí por la unificación, en un solo texto legal, de la regulación jurídico-privada del contrato de seguro y de la ordenación jurídico-administrativa de los seguros, buscando la protección no sólo de cada asegurado concreto, sino también del asegurador y, a través de él, de todos los demás asegurados y de la economía nacional, insistiendo —por cierto, muy agresivamente— en la tendencia de los asegurados a engañar (*sic*) a los aseguradores. Seguidamente, tras una referencia al ámbito de la Ley que cierra la Introducción, pasa Martí al grueso de su exposición, tarea que lleva a cabo en una extenso epígrafe que denomina «Diversos supuestos», que plantea y resuelve de una manera marcadamente casuística y ateniéndose al texto de la LCS. Los apartados del epígrafe se refieren al no pago de la prima; a las divergencias entre la proposición o las cláusulas acordadas y la póliza; a la no comunicación de las circunstancias que pueden influir en la valoración del riesgo; a los derechos del asegurador en relación con el siniestro (tratándose en esta sede los importantes supuestos de la no comunicación del acaecimiento del siniestro, de la no comunicación de las circunstancias y consecuencias de éste, del no empleo de los medios para aminorar dichas consecuencias y de los efectos de las distintas causas de producción del mencionado siniestro); al pago de la indemnización; y a la transmisión del objeto asegurado. En líneas generales, el Prof. Martí, con una interpretación marcadamente literal de los preceptos de la LCS, pretende demostrar que éstos no protegen suficientemente a la entidad aseguradora, aunque frecuentemente, pretendiendo favorecer a ésta, interpreta aquélla de un modo inesperado para el lector: la hermenéutica hecha, p. e., a los arts. 14 y 15 de la LCS, atinentes a las hipótesis del no pago de la prima, constituye un ejemplo espectacular de lo dicho.

Luis Javier Cortés Domínguez, Profesor Adjunto de Derecho mercantil en la Universidad Autónoma de Madrid, es el autor del trabajo titulado «Algunas consideraciones sobre la pluralidad en el contrato de seguro», trabajo en el que breve pero expresivamente se expone el tema del seguro plural y de la pluralidad interna, abordándose el tratamiento doctrinal y legal —concretamente en nuestra LCS— de figuras o modalidades tan actuales como la póliza flotante o de abono, el seguro à *forfait*, el seguro de grupo, etc. Distingue Cortés, en concreto, los supuestos de «pluralidad interna», en los que se da un solo contrato definitivo de seguro, pero con desarrollos sucesivos, y los supuestos de «pluralidad de contratos», en los que existe un contrato primario (normativo, preliminar, de coordinación) y otros contratos singulares que representan la ejecución de éste. Interesantes son los co-

mentarios del autor a los arts. 8, pár. 2.º, 25, 56, 57 y 81 de la LCS, atinentes a la problemática aludida, mereciendo destacarse su referencia a la llamada «póliza del intermediario».

El siguiente estudio es obra de Vicente Cuñat Edo, Profesor Agregado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, y se titula «Disposiciones generales referidas al seguro de daños». Realmente consiste en un conjunto de reflexiones sobre los arts. 25 a 44 de la LCS y consta de tres partes precedidas de una Introducción. En la primera se alude a las normas referidas a la existencia y al ámbito de eficacia del contrato de seguro de daños: «Podemos englobar en este epígrafe —escribe Cuñat (pág. 519)— los preceptos que hacen referencia a la recepción legal de los elementos técnicos distintivos de los seguros de daños, tales como el interés asegurado, su valoración y las relaciones del valor del interés con la suma asegurada»: trata, en efecto, el Prof. Cuñat, en esta sede, del interés asegurado, del principio indemnizatorio, de la suma asegurada y, más extensamente, de la relación existente entre el valor del interés y la suma asegurada, verdadero nervio del seguro de daños, estudiándose entonces el tema de la fijación contractual del valor del interés asegurado (indagándose el alcance de la póliza estimada), el de las cláusulas de estabilización y, sobre todo, el del régimen legal de los supuestos de disparidad entre el valor del interés y la suma asegurada (tratándose el infraseguro y el sobreseguro) y el de la pluralidad de contratos concurrentes sobre un solo interés (seguro múltiple y coaseguro). En la segunda parte, destinada a la exposición del régimen de la transmisión del interés asegurado, se estudia fundamentalmente el problema de los efectos, respecto del contrato de seguro, de la transmisión del objeto asegurado, transmisión que conlleva, según la LCS, una cesión de posición contractual regida por pautas diversas de las admitidas en Derecho civil y que genera una rescindibilidad. En la tercera parte, relativa a los efectos generales tras la producción del siniestro, estudia Cuñat los procedimientos de liquidación de éste, la situación de acreedores hipotecarios, pignoraticios o privilegiados y el interesante tema —dada su peculiar vinculación con el de la responsabilidad civil— de la subrogación del asegurador en los derechos y acciones que, por razón del siniestro, correspondieran al asegurado. El trabajo finaliza con unas consideraciones generales alusivas al carácter provisional que debe darse a las críticas y a la valoración de la Ley que en esta ocasión se hacen, y con una valoración global positiva del contenido de esta sección.

Se titula el estudio siguiente «Normas relativas al contrato de seguro contra daños», y es obra de Olegario Hernández de Prado, Gerente de las Agrupaciones de R. C. y Reaseguros de UNESPA. Con brevedad, pero sin olvidar ningún punto importante, recorre el autor todo el título II de la LCS, atinente a los seguros contra daños, añadiendo, además, algunos comentarios sobre aspectos que, a su juicio, debió abordar la Ley y no abordó. Previamente a ello hace Hernández de Prado unas importantes consideraciones a modo de Introducción, en las que, entre otras aseveraciones, rechaza el carácter aleatorio del contrato de seguro y delimita el campo del seguro afectado por el título II de la LCS. Seguidamente se refiere al interés asegurado, al enriquecimiento injusto, a la suma asegurada, a la póliza estimada, a las cláusulas de estabilización, al infraseguro, al sobreseguro, al coaseguro, a la transmisión del objeto asegurado, a la tramitación del siniestro, a la tutela de los acreedores hipotecarios, pignoraticios y privilegiados, a la subrogación de derechos a favor del asegurador una vez que haya pagado la indem-

nización por el siniestro, y a la exclusión de los daños producidos por determinados hechos, puntos todos ellos regulados en la LCS, aludiendo asimismo a otros no contemplados especialmente en ella (deber de diligencia del asegurado, facultad rescisoria después de cada siniestro, competencia del Juez, inspección por el asegurador), para terminar con unas reflexiones sobre cada una de las figuras específicamente previstas en la Ley: seguros de incendios, contra robos, de transportes terrestres, de lucro cesante, de caución, de crédito, de responsabilidad civil y reaseguro. Como puede fácilmente observarse, el ámbito del estudio de Hernández de Prado coincide en parte con el de Cuñat, antes comentado, pero, sin entrar en muchos aspectos que éste desarrolla, aborda también otros que el profesor de Valencia no mencionó, como, por ejemplo, el del seguro locativo o el de la presencia de seguro de responsabilidad civil contratado por uno de los parientes a los que se refiere el art. 43 de la LCS; sin olvidar las frecuentes citas de Derecho comparado.

El estudio siguiente lleva por título «La regla proporcional y la Ley de Contrato de Seguro», siendo su autor Agustín Corrales Elizondo, Prof. A. de Derecho mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. En una pequeñísima pero densa Introducción, en la que comienza citando virtudes de la LCS, expresa el motivo de la elección de este tema para su comunicación: «... abordamos... el análisis de la regla proporcional, porque consideramos que el contrato de seguro se centra en la teoría de la indemnización y dicha regla es una expresión concreta de la misma en el supuesto de infraseguro» (págs. 598-599), añadiendo que «... la regla proporcional puede ser, doctrinalmente, un pequeño compendio de los principios inspiradores del seguro contra daños» (pág. 599). De los diversos enfoques doctrinales en la caracterización del seguro escoge Corrales la teoría unitaria de la indemnización, enunciando el principio indemnizatorio en el sentido de que la indemnización nunca debe suponer para el asegurado un beneficio, una fuente de enriquecimiento (cfr. art. 26 de la LCS), afirmando inmediatamente que existe relación entre dicho principio y la regla proporcional, siendo aquél la explicación de ésta y ella consecuencia objetiva del principio. Partiendo del infraseguro, supuesto que sirve de fundamento a la citada regla proporcional, se formula ésta reputándola como aquella regla «... consistente en que el asegurador en siniestro parcial, responderá en la misma proporción en que la suma cubra al valor del interés asegurado, salvo pacto en contrario» (pág. 603), completando dicho texto con referencias doctrinales y de Derecho comparado. Tras unas alusiones pormenorizadas al carácter dispositivo de la regla, al tema de sus relaciones con la buena fe y el seguro cumulativo y a las excepciones, generales y convencionales, a la mencionada regla, se la estudia en sus vicisitudes históricas recientes, aludiéndose a su tratamiento en el C. de c. (art. 408) y en la jurisprudencia anterior a la LCS (principalmente, S. del T. S. de 24 de febrero de 1975), para centrar el núcleo del trabajo en la reflexión acerca del enunciado de la regla proporcional en la Ley vigente, enunciado contenido en su art. 30. Respecto de su pár. 1.º, texto en el que se enuncia la regla proporcional, estudia el Prof. Corrales los problemas de la interpretación de la expresión «momento de la producción del siniestro», de la determinación del infraseguro y su prueba (con alusión a los denominados gastos de salvamento) y de la proporción suma-valor del interés. Respecto del pár. 2.º del art. 30, se atiende al tema del carácter no imperativo de la regla (con nueva referencia a las excepciones generales y a las excepciones con-

vencionales o limitaciones), al de las pólizas tasadas, al de las cláusulas de estabilización, al de la no exclusión expresa y al de la proporcionalidad de la suma y proporcionalidad de la prima; declara la compatibilidad de la póliza tasada con la regla proporcional pero, por el contrario, reputa a la cláusula de estabilización una excepción convencional a dicha regla. Tras una comparación —a modo de recapitulación— entre el régimen del C. de c. y el de la LCS, inserta Corrales, como colofón de su estudio, unas Conclusiones, en las que repite las aseveraciones hechas acerca del tratamiento que a la regla proporcional ha dado —principalmente en su art. 30— la nueva LCS.

Marcos Sacristán Represa, Prof. Adjunto de la Facultad de Derecho de Valladolid, es el autor del trabajo siguiente, que se titula «Incidencia del concurso del "asegurado o el tomador" del seguro en este contrato, según la Ley de 8 de octubre de 1980». Estudia concretamente Sacristán el problema de los efectos que en la relación de seguro produce el concurso o la quiebra del asegurado o del tomador: adopta como inevitable punto de partida el art. 37 de la LCS, atinente al tema, artículo que se remite explícitamente a los tres anteriores, reguladores de un supuesto sustancialmente diverso, el de la transmisión del objeto asegurado. El autor, señalando la inaplicabilidad al caso de concurso o quiebra de algunos de los efectos determinados en los arts. 34, 35 y 36, dedica el núcleo de su estudio a trazar las líneas generales del régimen de la incidencia del concurso o de la quiebra del tomador o del asegurado en el contrato de seguro: es decir, a pesar de lo establecido en el art. 37, es imposible aplicar siempre mecánicamente los arts. 34 a 36 al supuesto estudiado, debiendo indagarse las notas caracterizadoras de una regulación adecuada de dicho supuesto, regulación que, inevitablemente, ha de partir de esos artículos, pero que debe presentar soluciones específicas acordes con la peculiar situación concursal. Los dos grandes problemas que el autor aborda, en el seno de la reflexión acerca del régimen jurídico del supuesto en cuestión, son el de la subsistencia del contrato de seguro tras —y a pesar de— la declaración de concurso o quiebra, y el de la facultad de denuncia del contrato. Respecto de la continuidad del contrato de seguro en caso de concurso, se estudian importantes aspectos, siendo destacable, a mi juicio, el del tratamiento del caso en el que el tomador y el asegurado no sean la misma persona y quiebre o caiga en concurso uno de ellos. Respecto de la denuncia, debo destacar el tema de sus efectos y, sobre todo, el de la situación del contrato en defecto de denuncia. Termina el estudio con unas páginas alusivas al concurso del tomador en el seguro sobre la vida, adoptándose como punto de referencia el pár. 2.º del art. 88 de la LCS.

El trabajo siguiente se titula «Consideraciones sobre la liquidación del contrato de seguro contra daños», y es obra conjunta de José M.º de la Cuesta Rute, Profesor Adjunto de Derecho mercantil y Catedrático de Derecho de la Publicidad, y de Andrés de la Oliva Santos, Catedrático de Derecho procesal. En su Introducción, los autores advierten que van a exponer sus reflexiones sobre el art. 38 de la LCS, al que reputan una respuesta legal deficiente respecto de los problemas que pretende resolver, y que su exposición se centrará en el supuesto de que hayan sido nombrados peritos. Asimismo afirman que sólo se mantendrán en el plano de *iure condito* (lo que en modo alguno cumplen más tarde, cosa que debe agradecerse) y que emplearán un método próximo al exegético. En el análisis de las partes, comienzan por afirmar que la cuestión no es tan simple como parece.

aun partiendo de que las partes que han de designar peritos o que pueden ponérse de acuerdo sobre el importe y la forma de la indemnización son el asegurador y el asegurado (no el tomador), debe plantearse el tema de qué efectos tendría la transmisión de la posición de asegurado o el del supuesto en que existan intereses concurrentes sobre la cosa asegurada en función de garantía real o de privilegio; o bien, respecto del asegurador, el conjunto de problemas que plantean el seguro cumulativo y el coaseguro. Tras unas páginas destinadas a las condiciones de idoneidad para ser perito y a la naturaleza de la relación de las partes con los peritos (afirmándose que la actuación de éstos no tiene su origen en el contrato sino en la ley), se afronta extensamente el tema del valor jurídico de la pericia en el proceso de liquidación del contrato: en esta sede, después de un preámbulo en el que se alude a los presupuestos positivos de existencia y alcance del deber de prestación del asegurador y a los presupuestos negativos de exigibilidad de la prestación, se estudia el valor jurídico de la pericia en la relación entre partes (estudiándose el supuesto de acuerdo total entre ellos, el de inexistencia de tal acuerdo y el de «impugnación judicial del dictamen» —que es una demanda de un proceso declarativo—) y en la relación con terceros afectados (problemas de los arts. 1.111 del C. c., por una parte, y de los arts. 40 de la LCS, 1.877 del C. c. y 109 y 110 de la Ley Hipotecaria, por otra). Se pasa seguidamente a reflexionar acerca del «procedimiento pericial» del art. 38 en cuestión: tras una descripción pormenorizada de dicho procedimiento y de las cuestiones que plantea, así como de un cúmulo de observaciones sobre sus diversas piezas (con abundante acopio de puntos no resueltos por la Ley), llegan los autores al tema de la función y naturaleza del citado procedimiento, al que, tras una observación «al microscopio», terminan por reputar «instituto jurídico atípico, *sui generis*» (pág. 713); se pronuncian seguidamente en esta sede sobre el carácter imperativo de tal procedimiento, planteándose la posibilidad de que pueda ser excluido por pacto, acudiéndose directamente por las partes a la vía jurisdiccional o al arbitraje, optándose por admitir dicha posibilidad en determinadas circunstancias, lo que no obsta al carácter fundamentalmente imperativo del precepto. Finaliza el trabajo de los Profesores De la Cuesta y De la Oliva con unas páginas atinentes al cumplimiento de la prestación del asegurador, distinguiendo, dentro del tratamiento del cumplimiento voluntario, las cuestiones de la forma, del momento y del lugar del pago, y, dentro del tratamiento de la reclamación judicial del pago, el supuesto general y el tema del «pago mínimo» del art. 18 de la LCS.

El siguiente estudio, obra del abogado Luis Expósito Vaz, se titula «Los terceros en la nueva Ley de Contrato de Seguros: especial referencia a los acreedores hipotecarios, pignoráticos y privilegiados». Aborda el autor, en un pequeño estudio, algunos problemas prácticos que pueden presentarse respecto de estos terceros, aunque también se alude a otros: beneficiarios, adquirentes del objeto asegurado y perjudicados en el seguro de responsabilidad civil. Respecto de los acreedores, enumera el autor los requisitos que deben darse para que haya subrogación en la indemnización, las reglas relativas al pago de ésta y otros puntos de interés (materias fundamentalmente contempladas en los arts. 40 y 41 de la LCS), refiriéndose luego en concreto al acreedor hipotecario, al pignorático y al privilegiado, tratándose, respecto de este último, el caso de los créditos por préstamos de financiación regulados por la Ley de Ventas a Plazos de 17 de julio de 1965.

A continuación encontramos el estudio titulado «Los derechos de reintegro del

asegurador en la Ley de Contrato de Seguro», escrito por Juan Gómez Calero, Profesor Adjunto de Derecho mercantil en la Universidad de Sevilla. En una breve exposición trata el autor no sólo de la subrogación propiamente dicha, sino también de todos los supuestos, contenidos en la nueva Ley, de recuperación, total o parcial de las prestaciones efectuadas por los aseguradores. Así, en tal sentido, estudia el autor el «derecho de subrogación» de los arts. 43 y 82 de la LCS, llamando la atención sobre el carácter general de dicha subrogación en los seguros contra daños; el «abandono» al que se refiere el art. 53, en sede de seguro contra el robo; el «reembolso» del último inciso del art. 68, en sede de seguro de caución; la «cesión de crédito» del apartado 3.^o del art. 72, en sede de seguro de crédito; y, por último, el «derecho de repetición» del art. 76, en sede de seguro de responsabilidad civil. Respecto de cada figura hace el Prof. Gómez Calero algunas puntualizaciones y consideraciones de régimen jurídico.

El trabajo siguiente, obra de Justino Duque Domínguez, Catedrático de Derecho mercantil de la Facultad de Derecho de Valladolid, se titula «Seguros de incendio, contra el robo, de transportes terrestres y lucro cesante (arts. 45-67)». Tras unas Consideraciones generales, en las que se advierte que habrá que esperar a la aplicación de la LCS para juzgar de su bondad y en las que se alude a los problemas de la aplicabilidad de las normas reguladoras del seguro de daños en general al seguro de incendios o a otros y de la derogabilidad por las cláusulas contractuales de los preceptos de la LCS, se afronta el estudio del seguro de incendios, estudio en el que se trata el concepto de seguro de incendios (con referencias a los seguros complementarios) y el riesgo, definiéndose el incendio. Especial interés presenta el epígrafe atinente a la delimitación causal del riesgo, en el que se estudian los supuestos de dolo y culpa grave del asegurado, del tomador o del beneficiario, así como las causas mencionadas en el art. 44 de la Ley que también excluyen la indemnización del asegurador, distinguiéndose los acontecimientos naturales de carácter catastrófico de los acontecimientos conectados con una situación de violencia colectiva. Se trata después del interés del asegurado (interpretándose el art. 46 de la LCS) y de los daños cubiertos (art. 49), distinguiéndose los daños directos del incendio respecto de las consecuencias inevitables de éste. Estudia seguidamente el Prof. Duque el seguro contra el robo, comenzando su reflexión con una referencia a la especial vinculación que se da en esta modalidad entre prevención y seguro. Al definirlo, aclara que, en principio «robo» debe entenderse en sentido amplio, superando su concepto estricto jurídico-penal, y distingue el presente seguro de otros afines, preferentemente de aquéllos que comprenden la sustracción ilegítima, pero no principalmente ésta. Tras concebir esta modalidad fundamentalmente como un seguro de daños con determinadas características, aborda Duque el tema del objeto y el de las delimitaciones del riesgo, terminando el epígrafe con unas alusiones a la indemnización por el asegurador, lo que guarda relación con el importante problema del posible abandono, por el asegurado, de los objetos recuperados. En materia de seguro de transportes terrestres, comienza el Prof. Duque la exposición formulando descriptivamente su concepto y afirmando que el elemento caracterizador de este ramo es que los daños se produzcan con ocasión o a consecuencia del transporte. Distingue seguidamente este seguro de otros afines y describe someramente, sistematizándolas, las especies de seguros de transporte terrestre, deteniéndose algo más en la distinción entre seguros por viaje y por un tiempo determinado. Trata

luego del interés asegurado (excluyendo del ámbito de esta modalidad los casos en los que el porteador, el comisionista de transporte o las agencias de transporte contratan en propio nombre, que son supuestos de seguro de responsabilidad), de la duración (con observaciones al art. 58, pár. 2.^o, de la LCS) y, más pormenorizadamente, del riesgo, reflexionando acerca del principio de universalidad del riesgo y su vigencia real en el Derecho vigente a la vista de los riesgos excluidos en las pólizas, debiendo señalarse la especial importancia de la página —exactamente la 822— dedicada a la causalidad: infiero de ella y de la LCS lo siguiente: el asegurado sólo debe probar que ha sufrido daños y que éstos se deben al siniestro acaecido con ocasión del transporte; corresponderá al asegurador probar, si desea eludir la indemnización, que el hecho causante de esos daños es un hecho excluido (suponiendo —añado yo— que la cláusula de exclusión sea válida). Sigue el tratamiento de la indemnización del asegurador, siendo de especial interés la meditación de Duque sobre el abandono, figura de perfiles confusos a la que trata de explicar dogmáticamente, preguntándose sobre su carácter unilateral y sobre el mecanismo jurídico a través del cual se verifica el efecto traslativo, y a la que perfila breve pero atentamente, aludiendo a sus requisitos y efectos. Por último, estudia el Catedrático de Valladolid el seguro de lucro cesante. Tras definirlo (partiendo del art. 63 de la Ley) y aludir a la doble comunicación *ex art.* 64, plantea el autor el problema de la compatibilidad entre esta modalidad de seguro y el principio indemnizatorio, describiendo someramente las etapas de su reconocimiento a lo largo de la Historia, haciendo hincapié en los arts. 395 y 748 del C. de c. español de 1885, preceptos que enlazan con la LCS. Reconoce Duque que este seguro implica un cierto debilitamiento del principio indemnizatorio, pero señala que las pólizas utilizan determinados procedimientos para mantener el presente seguro dentro de los límites del mencionado principio. Descritos el interés y su objeto, así como el siniestro, expone el autor, en el último epígrafe, las modalidades de este seguro en la práctica, deteniéndose especialmente en el seguro de pérdida de beneficios por interrupción de empresa, figura de enorme importancia económica y social, de la que expone, a su vez, sus modalidades, los riesgos a los que subviene, el interés asegurado y las técnicas específicas del cálculo de la indemnización, problema este último de gran interés no sólo práctico sino también teórico, como demuestra, entre otros, el breve texto contenido en el penúltimo párrafo del estudio (pág. 853): «Si como consecuencia de la mejora prevista en la póliza —o del cálculo del beneficio según lo dicho— resulta que el beneficio bruto es *inferior* a la suma asegurada, el asegurador... deberá devolver al asegurado una parte de la prima. Si, por el contrario, es *superior*, el asegurado deberá pagar un suplemento de prima». Texto muy ilustrativo, para un lector atento, de las peculiaridades de esta modalidad de seguro.

Francisco Miguel Sánchez Gamborino, Abogado, es el autor del siguiente trabajo, titulado «El seguro del transporte multimodal en la Ley de 8 octubre 1980 y en el Convenio de Ginebra de 24 mayo 1980». Se trata de un pequeño estudio en el que, tras la transcripción del art. 55 de la LCS y de unas aclaraciones terminológicas, apunta el tema de la incidencia que, en el régimen impuesto en dicho art. 55, pueden tener la firma y la ratificación del Convenio de Transporte Multimodal de Ginebra de 24 de mayo de 1980. El problema nuclear que plantea el autor es el de la coexistencia de dos intereses asegurados sobre un mismo valor asegurable, el de la mercancía, lo que enfrenta —escribe Sánchez Gamborino (pá-

ginas 859-860)— no sólo al remitente y al porteador, sino también a sus respectivos aseguradores, el primero de daños y el segundo de responsabilidad. Problemática que se agudiza al entrar en juego, en el ámbito del antes mencionado Convenio de Ginebra, la figura del «operador», al que el Convenio regula pormenorizadamente y convierte en responsable único. Finaliza el trabajo con unas breves consideraciones sobre la liquidación.

Otro amplio sector de la LCS (concretamente arts. 68 a 79) es examinado en el siguiente trabajo por Manuel Olivencia Ruiz, Catedrático de Derecho mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, bajo el título «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro (arts. 68 a 79 de la Ley)». Tras una brevíssima Introducción y un epígrafe titulado «Delimitación de la materia, consideraciones sistemáticas, de concepto y clasificación», entra el Prof. Olivencia en el tema encomendado, que es el estudio de las cuatro modalidades de seguro antes aludidas, comenzando por el de caución. En sede de «Consideraciones sistemáticas...», llama Olivencia la atención sobre el hecho de que la LCS reputa al seguro de caución y al reaseguro figuras asegurativas, zanjando una discusión doctrinal previa al respecto, y sobre el hecho de que las cuatro figuras de que tratará son calificadas como de seguros contra daños. Asimismo afirma que, si bien la LCS no ha acogido explícitamente más criterio clasificadorio que el de seguros contra daños y seguros de personas, sí parece, dado el orden de distribución de modalidades de seguro, haber seguido implícitamente otros criterios, como, p. ej., el que distingue, dentro de los seguros contra daños, los seguros de cosas y los de patrimonio, clasificación que Olivencia rechaza. Alude también a otros criterios clasificatorios, destacando el de Garrigues, que propone una clasificación tripartita que, tomando como base el interés asegurado, lo refiere a cosas determinadas, a derechos determinados y al patrimonio entero. Ya en materia de seguro de caución, tras la referencia al art. 68 de la LCS, afirma que el riesgo cubierto por este seguro es un riesgo inherente al crédito, lo que le lleva a censurar la clasificación y la terminología legales, pues la Ley debió hablar de seguro de crédito como categoría general, distinguiendo luego dos tipos, el seguro de caución y el de insolvencia; pero ha llamado «seguro de crédito» sólo a este último (arts. 69 y ss.), como si aquél no fuese también un seguro de crédito. Sobre el seguro de caución en concreto alude primeramente el Prof. Olivencia a las dificultades para establecer la existencia del siniestro, dado que la LCS no nos dice qué reputa «incumplimiento» a efectos de su art. 68, dejando a las pólizas la misión de establecer en qué supuestos ha de considerarse acaecido el siniestro. El interés asegurado «... es el del acreedor (asegurado) titular del derecho de crédito para exigir de su deudor (tomador) el cumplimiento de las obligaciones contractuales o legales a que el seguro se refiere» (pág. 877). Es decir, la LCS concibe este seguro así: yo, deudor, actuando como tomador, aseguro a mi acreedor (asegurado) del riesgo de mi incumplimiento: esto es, se construye como un seguro por cuenta ajena, si bien, «... En teoría —advierte el autor—, no se ve ningún obstáculo para que el acreedor concluya como tomador un contrato de seguro de caución en su propio beneficio y contra el riesgo de incumplimiento de su deudor» (pág. 880). Destaca después el Catedrático de Sevilla el hecho llamativo de que sea precisamente el tomador del seguro el autor de la provocación del siniestro. Respecto del reembolso a favor de la entidad aseguradora previsto en el inciso final del art. 68, lo concibe el autor no como un simple me-

canismo subrogatorio, sino como un derecho propio del asegurador, al cual no podrá oponer el deudor las excepciones que tenía contra su acreedor, lo que guarda relación con la afirmación —con la que finalizan las reflexiones sobre este seguro— de que el asegurador es un indemnizador, no un fiador o un deudor, corroborando ello la naturaleza asegurativa de la figura en cuestión. Que el asegurador es un indemnizador parece inferirse de la expresión, contenida en el artículo 68, «a título de resarcimiento o penalidad», si bien cree Olivencia que también puede servir esta expresión legal para indicar que puede convenirse «... que la indemnización cubra efectivamente los daños patrimoniales sufridos, o que éstos se tasen previamente» (pág. 883). Acerca del llamado por la Ley «seguro de crédito» (que, como hemos dicho, es un seguro contra la insolvencia) (*vid. art. 69 de la LCS*), dice primeramente Olivencia que «... acotado el concepto de riesgo sobre el de «insolvencia definitiva», queda por definir éste», aclarando que, no obstante, la LCS «... no ha querido entrar en una definición, siempre peligrosa, del concepto de insolvencia...» (pág. 885), limitándose a exigir su carácter definitivo y a enumerar los supuestos en los que se reputará existente a los efectos de este contrato. Llama la atención sobre la expresión «Se reputará» (contenida en el principio del art. 70), advirtiendo que no se admitió determinada enmienda encaminada a cambiarla por «Se presumirá», lo que demuestra —entre otras razones— que la lista del art. 70 es exhaustiva y cerrada. Respecto del supuesto de quiebra (núm. 1.^º del art. 70), cree el autor que también debemos entender incluido el concurso, pero que la declaración judicial ha de ser firme (a salvo todo ello del nuevo Derecho concursal). Respecto de la quinta (núm. 2.^º), cree que «... debe tratarse de resolución firme y que afecte al crédito asegurado» (pág. 891). El núm. 3.^º del artículo en cuestión contempla el caso de ejecución infructuosa, debiendo interpretarse, a juicio del Prof. Olivencia, en el sentido de que «... a solicitud del asegurado se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio, sin que del embargo resulten bienes libres suficientes para el pago del crédito» (pág. 893). Tras unas líneas dedicadas al núm. 4.^º del art. 70, a su llamativo párrafo final (que contempla el fenómeno de que la indemnización se anticipa al siniestro), y a la cuantía de la indemnización (art. 71), comenta el autor, examinando el art. 72, unas llamadas «obligaciones específicas del asegurado o del tomador», a las que reputa verdaderas obligaciones, de cumplimiento exigible por el asegurador. Respecto de la 3.^a, cree Olivencia que nos hallamos no ante una cesión del crédito sino ante una subrogación legal. Termina defendiendo la opinión de que cabe seguro de crédito individual y colectivo. Acerca del seguro de responsabilidad civil, tras aludir a sus antecedentes, entra el autor en el somero análisis del concepto legal, concepto descriptivo contenido en el art. 73 de la LCS, indicando que es difícil precisar el concepto de «responsabilidad» a los efectos de este seguro. Opina que el fundamento de la responsabilidad puede ser contractual o extracontractual, objetivo o subjetivo. Se excluye del seguro la responsabilidad penal, pero no la civil nacida del delito. Examina el tema de la exclusión del dolo, conectando el art. 19 con el 76: si el asegurado actuó de mala fe, el asegurador debe pagar al perjudicado, pero podrá repetir del asegurado. En materia de dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, llama la atención Olivencia sobre el hecho de que dicho poder jurídico, conferido por el art. 74 de la LCS al asegurador, obedece a que el siniestro en esta modalidad no es el atropello ni las heridas por él causadas, sino justamente el nacimiento

del deber de indemnizar a cargo del automovilista (el ejemplo es mío), por lo cual es lógico que el asegurador pretenda evitar precisamente el acaecimiento del siniestro mediante la defensa jurídica. Sobre los seguros obligatorios (art. 75), alude el autor a la tendencia a la protección de la víctima, procurando siempre que se dé un patrimonio responsable dotado de solvencia. Más espacio dedica el prestigioso mercantilista a la acción directa regulada en el art. 76, aludiendo primero a sus antecedentes (Decreto de 21 de marzo de 1968 y S. del T. S. de 26 de marzo de 1977), para pasar luego, tras una mención del art. 72 del Proyecto, a unas puntualizaciones sobre el texto vigente: se trata de un derecho propio a favor del perjudicado, derecho que tiene su origen en el hecho lesivo y en el contrato de seguro, que lo regula y fundamenta: de ahí el deber del asegurado de manifestar al perjudicado la existencia y el contenido del seguro. Cree el autor que el régimen de excepciones (oponibles por el asegurador al perjudicado) no resulta claro y precisa de interpretación, interpretación que acomete breve pero casuísticamente, distinguiendo unas excepciones de otras y enunciando las que reputa oponibles (que son algunas más de las enunciadas en el precepto). Considera, por último, no aplicables al caso los arts. 23 y 24 de la LCS. Por último, respecto del reaseguro, comienza diciendo que la regulación legal supone el reconocimiento de la naturaleza asegurativa de la figura y su clasificación en los seguros contra daños. Llama seguidamente la atención sobre el carácter dispositivo común de estas normas (ref. art. 79, en relación con el 2.º, de la Ley), para referirse luego al concepto legal contenido en el art. 77, pár. 1.º. Alude inmediatamente a la independencia del reaseguro respecto del asegurado directo, reputando el reaseguro, respecto del asegurado, *res inter alios acta* (ref. art. 1.257 del C. c.), haciendo alguna puntualización acerca del «pacto interno» mencionado en el pár. 2.º del art. 77, en relación con el art. 78, principio, lo que le lleva a comentar el privilegio conferido por el inciso 2.º del pár. 1.º del art. 78 citado al asegurado sobre el crédito del asegurador contra el reasegurador, privilegio que mitiga adecuadamente aquella independencia: «Nos hallamos —escribe el Prof. Olivencia— ... ante un privilegio más, que la Ley no refiere a la quiebra, sino a todo caso de liquidación, voluntaria o forzosa, del asegurador» (pág. 913). Finaliza el epígrafe (y el estudio) con una referencia al deber de comunicación del reasegurado (art. 78, pár. 2.º) y al antes citado art. 79.

Del seguro de responsabilidad civil trata también el estudio siguiente, obra de M.ª de los Angeles Calzada, Profesora A. de Derecho mercantil en la UNED, bajo el título «El siniestro en el seguro de responsabilidad civil». Expone la autora las diversas posturas doctrinales que tanto en el pasado como en la actualidad se vienen dando acerca de cuál sea el siniestro en esta modalidad de seguro. Tras ello, nos dice cuál es su tesis, según la cual el siniestro se produce cuando se produce un auténtico daño para el asegurado y, según ella, dicho daño sólo se produce cuando el asegurado paga efectivamente al perjudicado; pero, a la vista de que hoy el asegurador debe pagar a la víctima directamente, sin que ésta cobre del asegurado responsable, reconoce la Profesora Calzada que la indemnización se paga sin que acaezca el siniestro, lo que implica que este seguro no actúa como reparador del daño sino como preventivo de ese daño. Tal conclusión le conduce a otra, de índole sistemática: siendo innegablemente este seguro un seguro de daños —informado por el principio indemnizatorio— «... habrá que ampliar la noción habitual de los seguros de daños y definirlos por su finalidad esencial y

no por el mecanismo empleado para lograrla —como ahora se hace—, distinguiendo dentro de esa categoría... entre seguros preventivos y seguros reparadores...» (página 925).

A. Fernando Pantaleón Prieto, Profesor de Derecho civil en la Universidad Autónoma de Madrid, es el autor del estudio que encontramos seguidamente, estudio titulado «*Notas sobre la nueva Ley del contrato de seguro*». La primera nota se titula «*¿Una pequeña inconstitucionalidad?*» y plantea un problema concreto, el de la omisión, en el pár. 3.^º del art. 43 de la LCS, del cónyuge en la lista de personas que, habiendo causado el siniestro, no pueden ser requeridas de pago por el asegurador, subrogado en la posición del perjudicado. Inspirado en el ejemplo italiano (el art. 1.916 del C. c. italiano, precedente indudable del artículo 43 de nuestra LCS, fue, en ese punto, declarado inconstitucional por infringir el principio de igualdad consignado en el art. 3.^º de la Constitución italiana), defiende el Prof. Pantaleón la inconstitucionalidad de la omisión del cónyuge en el mencionado art. 43, por ser incompatible con el art. 14 de nuestra Constitución, advirtiendo, además, que la otra posible solución (analogía para el supuesto, entendiendo comprendido al cónyuge) resulta dificultada por el art. 4, núm. 2, de nuestro C. c. La otra nota, más extensa, se titula: «*La acción directa, ¿Nueva naturaleza respecto a terceros del contrato de seguro de responsabilidad civil?*». Tras referirse a los antecedentes del art. 76 de la LCS, pasa a interpretar un concreto punto de su contenido, originado por una enmienda socialista que resultó aceptada en el Congreso: si, como dice la Ley, «... La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado...», aunque «... El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste», cabe inferir, según Pantaleón, que «... el asegurador no puede oponer ni la falta de culpa del asegurado, ni la posible concurrencia de culpa del perjudicado», es decir, no es preciso «... el nacimiento en cabeza del asegurado de una responsabilidad que pueda propagarse a su asegurador» (pág. 938), lo que significa que, por obra de la LCS, «... el seguro de responsabilidad civil es, frente a terceros y dentro... del ámbito objetivo de la póliza..., un criterio, exquisitamente objetivo, de nacimiento de la responsabilidad por daños» (pág. cit.). Se hace eco el autor de las posibles o reales opiniones divergentes y, ya en el campo de la «política del Derecho», defiende, apoyándose en la orientación del Tribunal Supremo español y de la doctrina científica extranjera —además de en algún argumento personal— la tendencia a la objetivización de la responsabilidad civil y, en concreto, la interpretación del art. 76 de la LCS informada por ese criterio.

También sobre el seguro de responsabilidad civil versa la siguiente aportación, que se titula «*La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil en la Ley de contrato de seguro*», obra del Abogado José A. Carro del Castillo. Se enfrenta el autor con el estudio del art. 76 de la Ley, al que presenta como inquietante para los aseguradores, sobre todo si prosperan determinadas interpretaciones de su texto, interpretaciones que Carro se esfuerza en combatir. Examina el problema tal como se planteaba antes de la vigencia de la LCS, distinguiendo los dos sectores doctrinales más significados (el favorable a la acción directa, en línea con el Tribunal Supremo, y el opuesto a ella) y recuerda el proceso de formación parlamentaria y preparlamentaria del art. 76. Entrando ya en los comentarios a dicho artículo, comienza por pronunciarse sobre

la naturaleza jurídica del seguro de responsabilidad civil, naturaleza afectada precisamente por el art. 76 aludido: para Carro, estamos ante un contrato con estipulación a favor de tercero, de naturaleza especial, al que no se le aplica el pár. 2.^o del art. 1.257 del C. c. El hecho de que nos hallemos ante un contrato es importante, pues su régimen —y el régimen de todas las relaciones derivadas de él, incluida la existente con el beneficiario— dependerá del contenido de ese contrato: «Esta afirmación —escribe Carro en tal sentido— es de una gran trascendencia, por la consecuencia ineludible que provoca, ya que, en su consecuencia, el asegurador podrá intentar hacer valer el contenido del contrato en su favor, oponiendo a la víctima cuantas excepciones pudieran derivarse del mismo» (página 967). En concreto, el autor pretende investigar qué excepciones puede oponer el asegurador a la acción del perjudicado, infiriéndose de lo dicho que lo acorde con la naturaleza de la figura sería que fuesen oponibles todas las excepciones derivadas del contrato. La primera pregunta que se hace el autor, a la vista de que el texto legal restringe las excepciones oponibles, es si la relación contenida en éste es taxativa o indicativa, optando por lo segundo. Seguidamente, distinguiendo las posibles excepciones por grupos, defiende, en síntesis, las siguientes tesis: a) Excepciones derivadas de la obligación de resarcimiento del perjudicado por el responsable (compensación de culpas, caso fortuito, etc.): son oponibles por el asegurador ante el perjudicado; b) Excepciones derivadas del contrato de seguro (falta de vigor del contrato, ausencia de éste, suspensión de sus efectos, exclusiones acordadas, limitación de suma asegurada, etc.): son oponibles también; respecto del dolo del asegurado, mantiene el autor que también es oponible al perjudicado si en el contrato el dolo se excluyó de la cobertura, valiendo lo dicho en la Ley sólo si no se citó el dolo en las cláusulas contractuales; c) Excepciones personales del asegurador contra el asegurado: son inoponibles, estableciendo el art. 76 de la LCS algo innecesario, pues ya se infería idéntica solución del Código civil (arts. 1.148 y 1.853); d) Excepciones personales del asegurado contra el perjudicado: son oponibles todas, salvo las puramente personales (tema que no toca el art. 76 de la LCS); y e) Excepciones personales del asegurador contra el perjudicado: son oponibles (es obvio y, además, lo dice la Ley). Finaliza Carro su estudio con unas Conclusiones en las que reitera someramente lo antes defendido y, sin duda alguna, motivado.

J. Girón Tena, Catedrático de Derecho mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, escribió el estudio que encontramos después: «Seguro de personas. Disposiciones comunes y seguro sobre la vida (arts. 80 a 99)». Comienza el ilustre mercantilista aludiendo al carácter no exhaustivo que tendrá su tratamiento del tema, señalando otra finalidad de estas líneas: «... En razón de este planteamiento —escribe el Prof. Girón en pág. 979—, me ha parecido que debiera tratar de ver la Ley a la luz de la historicidad del Derecho mercantil al que la materia pertenece; buscar los modelos en que parece haberse inspirado (lo que facilita instrumentos de interpretación y la preventión de contrastes eventuales) y detectar lagunas o incertidumbres». En la *Introducción*, tras unas «precisiones conceptuales previas», dedica Girón algunas líneas a sopesar históricamente la Ley, materia que pone en relación con ciertos temas que reputa de especial actualidad, como los seguros de grupo, los seguros populares o la interdependencia entre la inflación y el seguro de vida. En sede de *Perfección del contrato*, censura el autor importantes omisiones de la Ley. En sede de

Elementos personales, tras unas líneas destinadas a comentar el requisito alternativo exigido en el pár. 2º del art. 83 (consentimiento del asegurado dado por escrito o presunción del interés de éste por la existencia del seguro), se ocupa detenidamente del beneficiario: expone unas ideas generales sobre esta figura, a la que vincula a la del contrato a favor de tercero, distinguiendo los supuestos en que el estipulante (tomador) haya actuado *donandi causa* (entonces nos acercamos al Derecho sucesorio, si bien la Ley nos separa intencionadamente de él), de los supuestos en los que haya obrado *credendi* o *solvendi causa*, de tratamiento diferente. Perfilando la posición jurídica del beneficiario y tomando como referencia el pár. final del art. 84 de la LCS, escribe el autor: «... la voluntad del tomador, con la designación, aunque por elevación tire concretamente a favor de sus herederos para después de su muerte, enchufa la corriente patrimonial directamente al patrimonio del asegurador, de manera tal que se considera que su prestación va derechamente al beneficiario, sin proceder del patrimonio del tomador» (pág. 989). Tras breves consideraciones sobre la naturaleza, la forma y las modalidades de la designación (el acto de designación es unilateral y recepticio, debiendo, además, ser escrito), pasa Girón a tratar de la revocabilidad de la designación practicada y de la posición jurídica del beneficiario: tras sugerir, con referencias al Derecho comparado, la posible aplicabilidad a este seguro del pár. 2º del art. 1.257 del C. c., pasa a meditar acerca de la designación irrevocable (aludiendo también, respecto de ella, al Derecho comparado), para desembocar en el tema de la protección frente a acreedores de la posición jurídica del beneficiario respecto de la prestación del asegurador, criticando el texto legal español, al que imputa el haber dejado incertidumbres importantes y sugiriendo asimismo problemas de peso, preferentemente en Derecho sucesorio. En sede de *Efectos del contrato*, tras unas reflexiones generales sobre el vínculo contractual, pasa a tratar, a propósito del contenido de la relación jurídica asegurativa, el punto específico de la reserva matemática, distinguiendo sus aspectos más vinculados al Derecho de la Economía de Seguros, de sus aspectos más vinculados al Derecho privado: «... Desde el punto de vista jurídico-privado —apunta el Prof. Girón, en página 995—, se tiende a constituir, con esas masas, patrimonios de afectación y, específicamente en el contrato, se produce una penetración, en la relación contractual entre asegurador, tomador, de aquella acumulación patrimonial empresarial que fundamenta esas figuras peculiares que se llaman rescate, reducción, préstamo, etc., sobre las Pólizas». A esas figuras precisamente (reducción, rescate, etc.) dedica el autor las siguientes líneas (deteniéndose someramente en los arts. 94 y 98 de la Ley), tras haber hecho antes unas breves consideraciones acerca del discutido carácter de los derechos que pudiera tener el asegurado sobre la reserva matemática. Por último, en sede de *Extinción*, destaca preferentemente la implantación, por obra de la LCS, de la regla de la generalidad de los riesgos cubiertos, motivo de seguridad jurídica: en efecto, el art. 91, que contiene el precepto contrario al del derogado art. 422 del C. de c., impone la cobertura de todas las causas de muerte salvo las expresamente excluidas.

José Luis Lacruz Berdejo, Catedrático de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid, es el autor del siguiente estudio, titulado «Los seguros sobre la vida y la comunidad de gananciales, en el nuevo régimen». Parte el Prof. Lacruz de una antigua sentencia del Tribunal Supremo (concretamente de 22 de diciembre de 1944) que suscita el problema de la relación existente entre

el seguro de vida (para caso de muerte) contratado por uno de los cónyuges en favor del otro, y cuyas primas se pagan con dinero ganancial, y la sociedad de gananciales existente entre ambos, considerando dicha sentencia dos cuestiones: 1.^a) A quién pertenece la titularidad del contrato de seguro y el importe de la indemnización; 2.^a) Si el consorcio tiene derecho de reembolso por las cantidades salidas de él para pago de primas. Lacruz trata de contestar a estas mismas preguntas ateniéndose al Derecho de familia vigente tras la reforma de 13 de mayo de 1981, que debe obviamente combinarse con la nueva LCS de 1980. Respecto del tema de la titularidad del contrato de seguro, mantiene el prestigioso civilista mencionado, basándose en diversos argumentos, la tesis de la condición privativa del derecho del contratante, incluso si pagó las primas con fondos comunes. Respecto del problema del reembolso cuando las primas se pagaron con dinero ganancial, distingue Lacruz varios supuestos: 1.^o) Seguros contratados en favor de extraños, de parientes o del propio contratante: en principio surge derecho de reembolso a favor de la comunidad ganancial. 2.^o) Seguros en favor del otro cónyuge: no hay reembolso, salvo que el beneficiario no llegue a cobrar y las primas fueren excesivas; y no lo hay porque dicho seguro cae, en principio, en el ámbito del núm. 1.^o del art. 1.362 del C. c. 3.^o) Seguros contratados conjuntamente por ambos cónyuges en favor del sobreviviente: evidentemente tampoco surge derecho de reembolso.

Rafael García Villaverde, Profesor Agregado de Derecho mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, es el autor del estudio siguiente, que se titula «Contenido de la notificación de las alteraciones del riesgo en los seguros de vida». Se trata de una breve comunicación cuyo objeto es —como explica el autor al comienzo de su exposición— el análisis, a la luz del Derecho comparado y, particularmente, del Derecho comunitario (pero adoptando como punto de referencia la LCS española), de los problemas que suscita el contenido de las mencionadas notificaciones en los seguros de vida. Analiza primeramente, en sede de lo que denomina *régimen general*, diversas cuestiones de interés: qué circunstancias agravantes del riesgo deben ser notificadas (en función de que sean conocidas o no, de que debieran serlo, de que sean o no notorias, o de su importancia objetiva en la valoración del riesgo, etc.), régimen del cuestionario que el asegurador somete al tomador, alteraciones del riesgo (clases en función de su entidad, requisitos, etc.). Cuestiones todas que examina confrontando el régimen de la LCS (arts. 10, 11, 12 y 13), el Derecho comparado y, sobre todo, la Propuesta de Directriz sobre el contrato de seguro de 10 de julio de 1979 y la Modificación de 16 de diciembre de 1980. Seguidamente, en sede de *particularidades derivadas del régimen de los tipos del seguro de vida*, tras advertir que el Derecho español no contiene referencia al tema y exponer las soluciones francesa, italiana y alemana, muestra sus preferencias por esta última, a la que, además, reputa aplicable en nuestro Ordenamiento. Finaliza sus reflexiones con unas alusiones a los seguros mixtos y a los de supervivencia, lamentando asimismo que la Ley española haya eludido un pronunciamiento expreso acerca del tema de las alteraciones en el caso de los seguros sobre la vida ajena.

El siguiente trabajo, titulado «Los seguros de personas en la Ley 50/1980 de 8 de octubre de contrato de seguro», es obra de Pedro M. Rodríguez Ocaña, Gerente de las Agrupaciones de Seguros Personales de UNESPA. Se trata de una

brevísima y panorámica exposición del régimen de la LCS sobre el seguro de personas. Tras unas reflexiones generales introductorias, recorre el autor los arts. 80 y ss. de la Ley haciendo algunos comentarios y sugerencias, siendo dignas de mención sus referencias al Derecho comparado. Entre los comentarios más destacables cito los hechos a los arts. 84 (con relación a la problemática del testamento ológrafo), 85 (para cuya comprensión se acude a los arts. 924 y ss. del C. c., en materia de derecho de representación), 89 y 90 (en los que se censura el término «impugnar»), y 106 (al que critica por mezclar dos ramos de seguro de naturaleza muy distinta, uno de sumas y otro de prestación de servicios). Lamenta asimismo el silencio del legislador ante nuevas modalidades (p. e., los fondos de pensiones, o el seguro de decesos o enterramiento) y plantea alguna que otra duda sobre la aplicabilidad de la LCS a ciertas Mutualidades (en concreto las de Previsión Social constituidas al amparo de la Ley de 1941).

El siguiente estudio, titulado «El valor de rescate en los seguros sobre la vida humana», es obra de Antonio José Fernández Ruiz, Secretario de la Sección Científica del Instituto de Actuarios Españoles, Inspector de Seguros y Ahorro y Profesor en la Universidad Complutense de Madrid. Se trata, como sucede en el caso anterior, de una exposición brevíssima, pero esta vez sobre un punto muy concreto, claramente expresado en el título. Para abordarlo parte el autor de unas consideraciones preliminares en las que comienza por advertir que la faceta del seguro sobre la vida humana que, a efectos de su investigación, le interesa es la que «... lo concibe como una operación financiera-aleatoria de larga duración...» (pág. 1039) caracterizada por la existencia de una prestación (pago de capital o renta) y de una contraprestación (prima) que tienden a compensarse: «... La prima o precio del seguro representa, pues —escribe Fernández Ruiz (pág. cit.)—, el valor actuarial equivalente de la prestación garantizada por el asegurador, y se determina respetando los principios mutualistas o de compensación de riesgos, de equidad y de suficiencia». Distingue seguidamente los seguros de previsión, los de ahorro y los mixtos, para pasar al tratamiento del valor del rescate. Tras una somera referencia al concepto de reserva matemática (referencia necesaria, según el autor, para analizar el valor del rescate), se abordan los problemas más importantes: «... La cuestión que surge —escribe Fernández Ruiz en pág. 1040— es si en caso de rescisión del contrato el tomador de seguro debe percibir el total importe o sólo una parte del mismo de la reserva matemática constituida». Alude el autor a las diferentes posturas acerca del tema, exponiendo a continuación la suya, según la cual «... aunque *a priori* parece que el importe total de la reserva matemática ... debe ser entregado al tomador del seguro en el momento de la rescisión, sin embargo, ello no es del todo cierto...» (pág. 1041), aduciendo, en favor de su tesis, diversos argumentos y aclarando más adelante (pág. 1043) que la parte retenida beneficiará a los otros asegurados. Finaliza el trabajo con una censura —sustentada con un ejemplo práctico— al art. 96 de la LCS, en cuanto que dispone que el derecho de rescate se adquiere una vez pagadas las dos primeras anualidades del seguro.

Mercedes Vérgez Sánchez, Profesor Agregado de Derecho mercantil en la UNED, es la autora del siguiente estudio, cuyo título es: «Los seguros de accidentes y de enfermedad y asistencia sanitaria en la Ley de contrato de seguro (arts. 100 a 106)». Después de una Introducción de carácter general, pasa la autora a desarrollar, con detenimiento, el tema del seguro privado de accidentes,

comenzando dicho desarrollo con una referencia histórica encaminada fundamentalmente a situar esta modalidad de seguro entre otras que concurren con ella: el seguro de responsabilidad civil y el seguro obligatorio de accidentes laborales, modalidades que son compatibles con la que estudia la Profesora Vérgez Seguidamente, tras unas puntualizaciones acerca del concepto de accidente contenido en el párr. 1º del art. 100 de la LCS, se detiene la autora en el punto de la causa ajena a la intencionalidad del asegurado y en el de la delimitación del riesgo; respecto del primero, advierte que la intencionalidad del asegurado no actúa exactamente extinguiendo la obligación del asegurador —como parece inferirse del técnicamente incorrecto texto del párr. 1º del art. 102—, sino más bien excluyendo el siniestro mismo; respecto del segundo, tras señalar la importancia y el sentido del inciso 1º del art. 100 (así como su alcance y sus límites), afirma que la culpa del asegurado no excluye la obligación del asegurador y, además, que no cabe pactar la exclusión de dicha obligación en caso de culpa no grave del asegurado. Sobre la calificación jurídica del contrato, entiende Mercedes Vérgez que el hecho de excluirse en la Ley (art. 82) la subrogación del asegurador en los derechos que tenga el asegurado contra el tercero causante del siniestro —unido a su emplazamiento sistemático en la LCS— sitúa indiscutiblemente este seguro entre los de personas. Dicha calificación es especialmente relevante al abordar la problemática del seguro cumulativo de accidentes (ref. art. 101 de la LCS): la autora, tras aludir, entre otras cuestiones, al fundamento de la disposición contenida en dicho artículo, plantea el problemático supuesto del seguro cumulativo de accidentes que comprenda los gastos de asistencia sanitaria, respecto de los cuales —a diferencia de lo que sucede en el seguro de accidentes puro— sí juega, como en los seguros de daños comunes, el principio indemnizatorio estricto: para ella, en tal caso se restringe la aplicación del art. 101 en el sentido siguiente: por el hecho del segundo seguro, el primer asegurador no puede eximirse de su deber de pago invocando el párr. 1º del art. 32 de la LCS, siendo, además, nula la cláusula que previamente estableciera dicha facultad; pero, ocurrido el accidente, el asegurado sólo tiene derecho a cobrar —respecto de los gastos de asistencia sanitaria— de un asegurador, no de los dos, pues lo contrario significaría enriquecimiento sin causa. Termina la reflexión sobre esta modalidad de seguro aludiéndose a la normativa aplicable. Y finaliza el estudio la Profesora Vérgez con una brevísima referencia a los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria (arts. 105 y 106 de la LCS), en la que expone, entre otras ideas, la relación de estos seguros con los seguros sociales, las diferencias del riesgo que cubren respecto del riesgo que cubre el seguro de accidentes y la derogación, por otra de la LCS, del Derecho anterior atinente a estas modalidades del seguro privado.

Manuel Alonso Olea, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Madrid y Profesor del CUNEF, participa en estas Jornadas aportando un estudio titulado «Accidente común y accidente de trabajo». Advierte, en el comienzo de su texto, que el objeto de su estudio será la comparación de la LCS (principalmente su art. 100) con la legislación de la Seguridad Social (principalmente, art. 84 del Decreto 2.056/1974, de 30 de mayo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social), (advirtiendo que dicho artículo de la LSS procede de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, siendo, pues, operativa la jurisprudencia —que el Prof. Alonso Olea invoca abundantemente—, atinente a los accidentes laborales, producida desde esa fecha). Considera el pres-

tigioso laboralista que en la interpretación del art. 100 de la LCS hay que atenerse a la noción usual y estricta de accidente, sin reputar «accidente» a la enfermedad, a diferencia de lo que se infiere de la jurisprudencia relativa a los accidentes de trabajo. No obstante, sostiene que de la citada jurisprudencia laboral se infiere que en el concepto de «accidente» contenido en el art. 100 de la LCS caben múltiples sucesos —causantes de lesiones, padecimientos y enfermedades— que, a primera vista, parecería que se excluyen de su ámbito: así, p. e., enfermedades derivadas directa e inmediatamente del accidente, «enfermedades o defectos fisiológicos preexistentes que el accidente agrava, agudiza, desencadena o saca de su estado latente, haciéndose operantes y patentes», lesiones cardíacas o similares, suicidio (dado que falta, a juicio del autor, la intencionalidad por trastorno mental previo), imprudencia que no sea temeraria, acto (involuntario, negligente o intencionado) de tercero, etc.: el razonamiento suele ser, en todos los supuestos mencionados, el mismo: si tales eventos o efectos, acaecidos con ocasión del trabajo, han sido reputados por la jurisprudencia accidentes laborales, lógico es reputarlos ahora, sin necesidad de su acaecimiento en la esfera laboral, subsu- midos en el art. 100 de la LCS. Escribe en tal sentido Alonso Olea: «... se haría bien en no dejar de utilizarse el riquísimo venero doctrinal, legal y jurisprudencial sobre los accidentes de trabajo para abordar el tema de los accidentes comunes. Y no sólo en cuanto al concepto de accidente..., sino en otros múltiples aspectos» (pág. 1084). Entra el autor complementariamente en otros aspectos, algunos de los cuales deja meramente apuntados, como el de la compatibilidad de las indemnizaciones por seguro de accidentes común, por seguro de accidentes de trabajo y por responsabilidad civil fijada por los tribunales en juicios civiles o criminales; otros se exponen sucintamente, como el de los supuestos de acciones voluntarias concurrentes del accidentado y del tercero, o el relativo al inciso inicial del artículo 100 de la LCS, al que el autor, movido por una interpretación radical del art. 3.^º de la LCS, reputa de casi nula operatividad por no ser delimitable el riesgo en perjuicio del asegurado. El estudio termina con un anexo en el que el autor comenta la Resolución de la Dirección General de Seguros de 17 de marzo de 1981, en la que se dispone la adaptación de las pólizas a la LCS.

Francisco Javier Tirado Suárez, Prof. Adjunto de Derecho mercantil y de Derecho del seguro privado en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Complutense de Madrid, es el autor del siguiente trabajo, titulado «Comentario a las Disposiciones Transitoria y Final de la Ley de contrato de seguro». Tras una Introducción, fundamentalmente alusiva a la protección del consumidor (artículo 51 de la Constitución), trata el autor de la eficacia temporal de la LCS: afirma que, a su juicio, la fecha exacta de entrada en vigor de dicha Ley es la del 18 de abril de 1981 (y no el 17), dado que no se debe incluir en el cómputo el día de la publicación (aunque en nota puntualiza que la discusión carece de relevancia práctica porque el 17 de abril de 1981 fue Viernes Santo, siendo, por ello, indiscutible que el primer día de vigencia real fue el 18). Trata después del principio de irretroactividad que actúa en la LCS, ante el silencio de ésta, por obra del art. 2, pár. 3.^º, del Código civil, solución diversa de la más frecuente en Derecho comparado, si bien alude inmediatamente a la aplicabilidad de la LCS a los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de ésta, aplicabilidad que se produce a partir del 18 de abril de 1983 si antes no se han adaptado a dicha Ley (Disp. tr.), solución que censura el autor. Ello le lleva a la

reflexión sobre la adaptación de las pólizas a la nueva Ley, examinando dos Resoluciones de la Dirección General de Seguros —concretamente, las de 17 de marzo y 13 de abril de 1981—, exponiendo sucintamente su contenido, criticándolas y pronunciándose acerca de su naturaleza jurídica y de su valor interpretativo (las citadas RR. continúan reputando necesaria, por una u otra vía, la aprobación de los modelos de pólizas por la D.G., pero el Prof. Tirado dice que tales RR. no crean obligaciones para los administrados, si bien sirven para orientar a las Compañías y disminuir sus costes); el tema de la adaptación —previsto en la disp. tr. en cuestión— se cierra con una mención de las posibles formas de realizarla, así como de sus límites, siendo llamativa la configuración que hace el autor de la adaptación como «... una declaración unilateral del asegurador, productora de determinados efectos jurídicos sobre los derechos y obligaciones de las partes contratantes, que se podría configurar como una renuncia de derechos dentro de los límites del art. 6, pár. 2 del Código civil» (pág. 1111). Respecto de la normativa derogada por la LCS (disp. final), tras unas líneas alusivas a la expresa mención legal del seguro de crédito a la exportación (dicha mención sirve para impedir que se apliquen a ese seguro las normas de la LCS atinentes al seguro de caución y al de crédito, pero no las demás, que se aplican subsidiariamente a las de la Ley de 4-7-1970), trata el autor del sentido de la derogación de los artículos 1.791 a 1.797 del C. c. y de los arts. 380 a 438 del C. de c.: respecto de los primeros, tras advertir que, a causa de la legislación de control, en la práctica no existía inmediatamente antes de la LCS un seguro civil distinto del mercantil, desarrolla con cierto detenimiento la problemática del seguro mutuo, al que inserta —antes y después de la vigencia de la LCS— en el ámbito jurídico-mercantil; respecto de los segundos, matiza y relativiza la tajante derogación contenida en la disposición legal, criticando la fórmula escogida, preguntándose acerca de los preceptos del C. de c. que regulan materias sobre las que la LCS no se ha pronunciado y defendiendo la vigencia de algunos artículos del citado cuerpo legal (concretamente los arts. 384, 392 y 404). Termina su estudio refiriéndose al inciso final de esa Disp. final de la LCS, «... y cuantas disposiciones se opongan a los preceptos de esta Ley», aportando la doctrina de la Dirección General de Seguros acerca de las disposiciones que deben entenderse comprendidas en dicha cláusula derogatoria, si bien considera que corresponde a la jurisprudencia la determinación de cuáles normas son afectadas y cuáles no.

Finaliza el tomo I de estos Comentarios con la Conferencia de clausura de las Jornadas, Conferencia de la que fue autor el inolvidable Prof. Garrigues, maestro de iusprivatistas, fallecido ya cuando redactó estas líneas. Advirtió D. Joaquín, al comienzo de su intervención, que la modestia de ésta impedía calificarla, en rigor, de «conferencia»: «... En suma —dijo (pág. 1130)— diré *algo de conferencia...*», observación humorística que aclaró casi seguidamente advirtiendo: «Sobre tres puntos va a versar este *algo* de lo que pienso hablar: la génesis de la ley que comentamos, el principio generador e inspirador de esta ley que es la buena fe, y por último de la mala fe como reverso de esa buena fe» (pág. 1131). Seguidamente describe el prestigioso mercantilista las características más sobresalientes de la figura del seguro, deteniendo especialmente su atención en el punto relativo a la desigualdad real existente entre la Compañía aseguradora y el tomador o el asegurado: «... esta desigualdad... pide —afirma Garrigues— que la equidad sea restablecida. Para ello encontramos dos caminos distintos: uno las leyes de

control...; otro elevar las normas privadas del contrato a derecho imperativo» (pág. 1133). Destaca asimismo como característica de este contrato la buena fe, aludiendo a la mención de ella que hacen los Códigos civil y de comercio y al hecho de que la LCS de 1980, si bien nunca la nombra textualmente, sí la tiene en cuenta al conferir especial relevancia a su ausencia, es decir, a la mala fe o al dolo, afirmación que corrobora invocando algunos preceptos de la LCS y llamando nuestra atención sobre algunas de las deficiencias de ésta, concretamente el hecho de utilizar diversas expresiones para designar la misma cosa (esto es, la ausencia de buena fe) o la peligrosa redacción del art. 19, cuyo tenor literal da a entender que sólo en caso de mala fe del asegurado se libera el asegurador de su obligación de pagar. Cierra el Prof. Garrigues su intervención con unas consideraciones generales acerca del arte de la interpretación de las normas jurídicas por parte de los juristas, consideraciones encaminadas a estimular la labor exegética y reformadora de los que continuarán las tareas que él —lo anuncia emotiva y proféticamente— debe pronto abandonar. ¡Ojalá el maestro en esta profecía se hubiera equivocado!

Comienza el volumen II con un pequeño estudio titulado «Control y política de seguros», del que es autor Ubaldo Nieto de Alba, Profesor del CUNEF, Catedrático de la Facultad de Ciencias Económicas de Madrid y Presidente de la Comisión de Economía y Hacienda del Senado. En el primer epígrafe, titulado «Importancia socioeconómica del seguro», enumera el autor las ventajas del seguro, alude a la necesidad de organización empresarial —encaminada principalmente a la obtención de la estabilidad y de la solvencia— del ente asegurador y expone el contraste entre lo que llama el «entorno heredado» —caracterizado por la falta de competencia real y de transparencia del mercado— y el marco constitucional, que se caracteriza por la implantación de una economía de mercado, en la que la planificación —cuyos inconvenientes señala el autor— encuentra límites importantes (art. 33 y 38 de la Const.), haciéndose seguidamente referencias al interés general y a la iniciativa pública, considerando el autor que, a la vista del art. 53 de la Const., el derecho a la libertad económica tiene un rango formal superior al derecho a la iniciativa pública, es decir, el art. 38 se antepone en tal sentido al 128. De todo ello infiere, respecto del sector del seguro, la necesidad de un paso de un orden autocráctico a otro más libre, en el que rijan los siguientes principios: a) La descentralización de decisiones; b) La intervención del Estado conforme a mercado; y c) El control del Estado para garantizar la solvencia de los aseguradores dentro de un orden de libertad y concurrencia. En el segundo epígrafe, que titula «Control y política de seguros», cita el autor los principios que, a su juicio, deben informar ese control del Estado sobre el seguro: el principio de solvencia del ente asegurador y el principio de equidad en las relaciones con los asegurados; aclara seguidamente que el control de la actividad aseguradora «... afecta tanto a los entes aseguradores como a las operaciones que realizan...», debiendo distinguirse en ambos casos «... el control preventivo (*ex ante*) y el control inspector (*ex post*.») (pág. 1151), puntos que el autor desarrolla inmediatamente, para finalizar su exposición insistiendo en la necesidad de devolver al mercado su auténtica función competitiva a través de los precios...». En cuanto a las tarifas —escribe en pág. 1153— debe haber libertad de precios para que éstos constituyan el auténtico factor de competencia», desviándose ésta así a las primas y lográndose una verdadera transparencia de mercado.

El autor del siguiente estudio, titulado «Las prestaciones derivadas del contrato de seguro: su nuevo régimen tributario», es obra de César Albiñana García-Quintana, Catedrático de Organización y Gestión de la Hacienda Pública y Profesor del CUNEF. Examina brevemente el autor en el presente estudio algunos aspectos —que juzga más destacables— del tratamiento que da la más reciente normativa tributaria —a veces alude incluso a proyectos de Ley— a las prestaciones derivadas de un contrato de seguro tal como las configura la nueva LCS de 1980. Tras unas indicaciones preliminares, divide el Prof. Albiñana su exposición en dos grandes partes, la primera dedicada a las prestaciones del tomador del seguro, y la segunda a las prestaciones del asegurador. Respecto de las primera —fundamentalmente la prima—, describe el autor su consideración fiscal en los diversos impuestos: tráfico de empresas (en el que actúa como base imponible), valor añadido (último proyecto), sociedades (primas de seguros que pagan las sociedades como partidas deducibles a efectos de la determinación de la base imponible) y renta de personas físicas (primas de seguros como partidas deducibles para determinar la base imponible y para reducir la cuota), concluyendo con unas observaciones atinentes a la necesidad de revisión y reelaboración de los preceptos tributarios relativos al seguro para ajustarlos a la Ley de 1980: a modo de observación principal, escribe Albiñana que «... puede admitirse que los desembolsos por razón de seguros deben ser deducibles para la determinación de las bases imponibles siempre que los contratos de seguros tengan cierta vinculación material con la obtención de los ingresos o rendimientos imponibles» (pág. 1170). Respecto de las prestaciones del asegurador, recorre el prestigioso tributarista así mismo el impuesto de sociedades, el de la renta de las personas físicas y el de sucesiones y donaciones; con relación al de sociedades, escribe que «... el importe de la prestación del asegurador cuando se ha realizado el siniestro, tiene la misma consideración tributaria que el precio de enajenación del bien o elemento siniestrado...» (pág. 1171), por lo que «... La diferencia ... entre la indemnización a recibir del asegurador y el valor por el que figure contabilizado el bien o elemento siniestrado, se computará en la determinación de la base imponible» (pág. cit.), salvo que se reinvierta (lo ganado) en determinadas condiciones; solución fundamentalmente aplicable al caso del impuesto sobre la renta de las personas físicas, en los supuestos de seguros de daños (la indemnización en los seguros de personas, salvo excepciones, no se somete a este impuesto); con relación al impuesto de sucesiones y donaciones, describe someramente Albiñana el régimen proyectado, comenzando por decir que al referido impuesto se someterán, entre otras adquisiciones, «Las cantidades percibidas por razón de los seguros sobre la vida» (art. 1º del Proyecto), haciendo, además, especial alusión a los seguros sobre la vida para caso de supervivencia. El estudio se cierra con una referencia a los citados seguros sobre la vida en relación con el impuesto sobre el patrimonio y con una reflexión final atinente a la vinculación existente entre el Derecho tributario y el mercantil, preguntándose por qué ciertas leyes tributarias no son dictaminadas por la Comisión General de Codificación.

Félix Mansilla García, Presidente de UNESPA, es el autor del siguiente estudio, titulado «Las entidades aseguradoras ante la Ley de contrato de seguros». Aclara, en el principio de su exposición, el comunicante que ésta contiene sólo reflexiones personales, sin que, por ello, pueda interpretarse como representativa de la posición de UNESPA. En sede de *Consideraciones previas* se expresan tres

nociónes fundamentales como bases de la intervención del autor en estas Jornadas: a) Importancia del mantenimiento de la solvencia de las entidades aseguradoras; b) Mantenimiento del paralelismo entre el estatuto jurídico y el económico de la relación aseguradora: «Este equilibrio básico del sistema asegurador —escribe Mansilla (pág. 1185)— ... opera ... como requisito esencial del mantenimiento de la solvencia de las entidades aseguradoras...», por lo que «... cualquier modificación ... produce un desequilibrio que debe ser restablecido inmediatamente...», precisamente para defender a los asegurados (pág. cit.); y c) El seguro es un bien de consumo futuro, lo que implica que debe ser «... socialmente deseable y económicamente posible» (pág. 1186), esto es barato y competitivo. A propósito de la *Conveniencia de una Ley de Seguros*, señala Mansilla como posibles ventajas de la LCS la objetivización de la relación jurídica de seguros y la mejora de imagen del seguro: se produce una objetivización conveniente en cuanto que la Ley contiene reglas que sustituyen a las antiguas cláusulas de las pólizas que, reputadas posiblemente abusivas por pertenecer a contratos de adhesión, eran interpretadas por el juez contra los aseguradores, tema estrechamente vinculado al de la «letra menuda» que la Ley viene a privar de virtualidad. Trata finalmente el autor *Algunos aspectos cuestionables*: de este epígrafe destaca las ideas siguientes: 1.^a) La LCS no ha abordado la problemática de los seguros de automóviles, tema de urgente atención legislativa; 2.^a) Habría sido conveniente, antes de promulgar la LCS, haber esperado la aparición de la Directiva comunitaria sobre contrato de seguro, lo que hubiera permitido una sola adaptación de las carteras y una homologación más estricta que no afectase a nuestra competitividad; 3.^a) La LCS, como Ley reguladora de la relación asegurador-asegurado, debería haber estado precedida en el tiempo por una Ley de Ordenación y Fomento de los Seguros privados, pues ésta predetermina a aquélla; 4.^a) El hecho de haberse elaborado la LCS sin haber estudiado previamente sus repercusiones económicas es especialmente inquietante, pues dicha Ley, al operar una fuerte variación del equilibrio prestaciones-contraprestaciones, genera un coste —en aumento de primas y adaptaciones— que el autor valora en 38.000 millones de pesetas, lo que, de un modo u otro, conduce a la extinción de muchas entidades aseguradoras; y 5.^a) Lamenta que no hayan intervenido —o lo hayan hecho insuficientemente— en la elaboración de la Ley importantes grupos interesados en ella, especialmente los representantes de los aseguradores. Termina aclarando el autor que todo lo dicho no debe hacer creer que su impresión de la Ley es totalmente negativa o pesimista.

Dos son los autores del trabajo siguiente, que lleva por título: «La Ley de contrato de seguro desde la perspectiva de una entidad aseguradora». Dichos autores son Alberto Manzano Martos, Secretario General del Grupo asegurador MAPFRE, y Ángel Rubio Morales, Jefe de la Asesoría Jurídica de MAPFRE Mutualidad de Seguros. Esta comunicación, que, como advierten sus autores en pág. 1205, «... recoge los puntos de vista de una entidad aseguradora concreta», se divide en dos partes: el texto ordinario de la comunicación propiamente dicha, que contiene, siguiendo el orden sistemático de la LCS, algunos pequeños comentarios o algunas breves puntualizaciones respecto de artículos o secciones de dicha Ley; y un anexo en el que, junto a la transcripción de cada artículo, Manzano y Rubio hacen anotaciones críticas, anotaciones que, como advierten los autores, constituyeron la labor previa a la elaboración de la comunicación en sentido estricto: de

ésta señalo como afirmaciones más destacables las siguientes: 1.^{a)} Las compañías aseguradoras, controladas por la Administración y por los Tribunales, no han abusado, en general, hasta el momento de la publicación de la Ley de 1980, de su posición predominante; 2.^{a)} El art. 3, en su parte relativa a la declaración de nulidad de una cláusula por el Tribunal Supremo, plantea grandes dudas (los autores las enuncian); 3.^{a)} Tiene una gran trascendencia la referencia al cuestionario que contiene el art. 10; 4.^{a)} El art. 19 es innecesario y perturbador; 5.^{a)} Debería la Ley haber profundizado más en el desarrollo del seguro de caución, que se limita a definir; 6.^{a)} Comparten los autores la preocupación que el art. 76 ha creado entre los aseguradores, siendo difícil en este seguro el cálculo de las primas; 7.^{a)} Es criticable la inclusión del reaseguro en capítulo independiente; 8.^{a)} Es desacertado el establecimiento de los derechos de anticipo, reducción y rescate a partir del pago de la segunda prima anual; y 9.^{a)} La aplicación práctica de la LCS generará nuevos problemas administrativos para los aseguradores (se mencionan); en unas *Consideraciones finales* los autores, tras hacer una valoración matizadamente positiva de la LCS, se preguntan por la actitud que deben adoptar los aseguradores ante la misma, aludiendo, entre otros puntos, al de la necesidad de una «... Valoración prudente y objetiva de los costes que va a representar la aplicación de la Ley y de cuáles podrán repercutirse razonablemente en el precio de los seguros...» (pág. 1218). Del anexo señalo como más dignos de mención los comentarios a los art. siguientes de la LCS: 3, 8, 19, 20, 51, 65, 67, 73, 76, 84, 89 y 104.

Julio Castelo Matrán, Director General de MAPFRE, Mutualidad de Seguros, es el autor del estudio siguiente, que se titula «Algunos problemas inmediatos que plantea a los aseguradores la Ley de contrato de seguro». La comunicación va precedida de las siguientes advertencias: 1.^{a)} Se recogen en ella puntos de vista desde una perspectiva de práctica aseguradora; 2.^{a)} Esa perspectiva es la de un asegurador que opera fundamentalmente en el Ramo de Automóviles; 3.^{a)} Los comentarios derivan de una interpretación literal de la Ley; y 4.^{a)} Si bien la Ley está colmada de aciertos, tiene dos pequeños errores de planteamiento: «... por un lado escribe Castelo —(pág. 1268)—, que *ha faltado en su texto un poco de visión realista* de los problemas que plantea el ejercicio diario de la actividad aseguradora; por otro lado, que *su articulado es excesivamente detallista...*»; tras la enunciación del sumario, entra el autor en su breve exposición, de la que destaco lo siguiente: respecto del pago de primas, señala Castelo una contradicción entre los arts. 1 y 15 de la LCS, defendiendo la tesis del mayor rango de aquél para sostener que «... tiene que haber pago (o cobro) de la prima para que exista seguro» (pág. 1269); respecto de las condiciones generales (en concreto, pár. 1.^o del art. 3), tras hacerse unas determinadas preguntas de intención netamente crítica, sugiere unas soluciones que, a su juicio, habrían sido razonables y que la Ley no adoptó; respecto de la solicitud y de la proposición (art. 6), censura esta distinción y los términos usados; respecto del contenido de la póliza (art. 8), lamenta los gastos que este precepto representará para los aseguradores (reimpresiones, reclaboración de programas de informática, etc.), afirmando que se debió conceder a los aseguradores un plazo razonable para tales adaptaciones; el tema de la duración del seguro, regulado en el art. 22, plantea graves problemas al relacionar dicho artículo con determinados datos económicos de última hora; por último respecto de la Disp. final de la Ley, censura el autor la interpretación que de ella ha hecho la

Dirección General de Seguros en algunas resoluciones, según las cuales a partir del día 17-4-81 los aseguradores deben entregar a los nuevos asegurados nuevas pólizas adaptadas a la nueva Ley, afirmando que tal exigencia no es razonable y alegando diversas razones para sustentar su opinión, siendo la fundamental la falta de tiempo material, lo que contrasta con la exagerada amplitud del plazo de dos años (Disp. transitoria) concedida por la Ley para la adaptación de los seguros de cartera.

Francisco Javier Tirado Suárez, autor de un estudio ya expuesto, lo es también del siguiente, cuyo título es: «La Ley de contrato de seguro y la Propuesta modificada de Directriz comunitaria en materia de contrato de seguro de 30 de diciembre de 1980». Se trata de un pequeño trabajo cuyo objeto es —como señala el autor— «... situar la Ley de Contrato de Seguro española dentro del ámbito propio de la normativa específica de la Comunidad Económica Europea» (página 1278), lo que se lleva a cabo comparando nuestra LCS de 1980 con el texto de la Modificación de la Proposición de Directriz del Consejo relativa a la coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas que rigen el contrato de seguro (de fecha 30-12-1980), texto que se incorpora en un Anexo a esta comunicación. La comparación tiene interés por varios motivos, entre ellos el hecho de que dicha propuesta comunitaria fue tenida en cuenta parcialmente en los debates parlamentarios de nuestra Ley, sobre todo en el Senado. La comparación se realiza siguiendo fundamentalmente la sistemática de la propuesta de directriz y comparando preceptos de ésta y de la LCS española respecto de los siguientes puntos: ámbito de aplicación, contenido de la póliza, deber de declaración, declaración de las agravaciones durante el contrato, disminución del riesgo, impago de la prima, deber de salvamento, deber de aviso de siniestro y de información, reembolso de los pagos indebidos, las rescisiones contractuales y «otros temas», para cerrar la exposición con unas Consideraciones finales en las que, entre otras cosas, el Prof. Tirado afirma que la LCS «... se alinea como la más progresiva norma a nivel comunitario en materia de contrato de seguro» (página 1285), si bien será necesario, cuando España ingrese en la CEE, que «... se dicte una norma de adaptación a la directriz comunitaria entonces en vigor» (página 1286).

El estudio final de la obra se debe a Antonio Sotillo Martí, Profesor Adjunto de Derecho mercantil en la Universidad de Valencia y miembro de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados; se titula «El debate parlamentario de la Ley de contrato de seguro». El autor advierte que sólo se detendrá en aquellos temas que fueron motivo de especial discusión en base a las enmiendas presentadas en ambas Cámaras, alegando que «... el conocimiento de tales vicisitudes puede arrojar alguna luz en la interpretación y juicio que nos merezcan cada uno de los preceptos de tan importante norma legal» (pág. 1301). Dedica la primera parte de su estudio a los *Antecedentes de la reforma*, aludiendo a su necesidad, a los trabajos preliminares —con especial referencia a los Anteproyectos de 1969 y 1970— y a la remisión del Proyecto de Ley a las Cortes. La segunda parte, titulada exactamente *El debate legislativo en el Congreso y en el Senado*, describe, respetando la sistemática de la LCS, las más importantes vicisitudes de la discusión parlamentaria de ésta, dividiendo su exposición en los siguientes apartados: las condiciones generales, la perfección y documentación del contrato, obligaciones y deberes de las partes, seguros contra daños y seguros de personas. Merecen des-

tacarse de entre los hechos que se relatan y de entre las observaciones del autor a propósito de ellos, la singular importancia práctica y dogmática, de las discusiones sobre el art. 3 de la LCS (en relación con los contratos de adhesión), la polémica sobre el carácter formal o consensual del contrato, el juicio desfavorable que merece a Sotillo la redacción final del art. 17 de la LCS o su opinión acerca del carácter superfluo del pár. 2º del art. 77 de la misma. El trabajo termina con una alusión a la importancia de la LCS, que debe ser completada con una nueva Ley de Ordenación del Seguro Privado.

Tras las Ponencias y Comunicaciones, hallamos unos extensos *Apéndices* que completan la obra. Estos apéndices poseen el siguiente contenido: I) Documentación legislativa; II) Texto de la Ley de Contrato de Seguro; y III) Disposiciones generales recientes sobre contrato de seguro. Dentro del apartado relativo a la Documentación legislativa se incluyen los siguientes subapartados: A) Proyecto de Ley; B) Enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados; C) Informe de la Ponencia; D) Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso; E) Dictamen del Pleno del Congreso y Texto remitido al Senado; F) Enmiendas presentadas en el Senado; G) Informe de la Ponencia del Senado; H) Dictamen de la Comisión, Texto aprobado por el Pleno del Senado y Texto aprobado definitivamente por el Congreso de los Diputados; I) Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados; y J) Diario de Sesiones del Senado. Y dentro del apartado relativo a las Disposiciones generales recientes sobre la materia se incluyen el texto de las siguientes disposiciones: Real Decreto 1.335/1979, de 10 de mayo, por el que se da nueva redacción al artículo 27 del Reglamento de Seguros de 2 de febrero de 1912; Orden de 31 de enero de 1980, por la que se determinan los Ramos de Seguros en los que puede prescindirse del trámite de aprobación previa de pólizas y tarifas; Orden de 12 de agosto de 1981, por la que se refunde y actualiza la normativa aplicable al seguro sobre la vida; Resolución de 17 de marzo de 1981, de la Dirección General de Seguros, sobre adaptación de pólizas a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre Contrato de Seguro; Resolución de 13 de abril de 1981, de la Dirección General de Seguros, sobre adaptación de pólizas a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre Contrato de Seguro; Orden de 8 de junio de 1981, por la que se aprueban las condiciones generales de los Contratos de Seguros, relativas a los seguros agrícolas; y Resolución de 25 de septiembre de 1981, de la Dirección General de Seguros, por la que se desarrolla la Orden Ministerial de 12 de agosto de 1981.

Pasemos ya a los juicios críticos. Parece claro que Verdera y los compañeros que colaboraron con él en la coordinación de las Jornadas y de esta obra, concibieron ambas como un cuerpo armónico y jerarquizado, en el que todos los estudios cumplen una función pero en el que no todos los estudios tienen el mismo peso. Y no hablo ahora de calidad, sino de cometido: aunque en los volúmenes no se indica lo que es «ponencia» y lo que es «comunicación», se ve claramente que hay ponencias y comunicaciones, no resultando difícil percibir, apartando suavemente el follaje de estas últimas, un sólido tronco, desarrollado en consistentes ramas, que constituye el esqueleto de la presente obra colectiva: la LCS, en efecto, es repartida en diversos sectores y se encarga el estudio básico y panorámico de cada uno de ellos a un mercantilista científicamente consolidado. Ulteriormente,

aspectos concretos y parciales de la Ley son abordados por otros juristas, mercantilistas o no, profesores universitarios o no consolidados científicamente o no. El resultado es un mosaico de irregular calidad pero de muy alto nivel medio y de enorme interés teórico y práctico. Asimismo, el *modus operandi* descrito y la manera de elaborarse y coordinarse estos volúmenes permiten hablar de una obra unitaria, esto es, de un *corpus* con verdadera unidad interna, en el que toda la LCS de 1980, con mayor o menor intensidad en unos u otros títulos o secciones, viene analizada, sistematizada e interpretada.

Tras unas palabras acerca de cada aportación —obligadamente escasas—, expondré algunas consideraciones críticas generales y me detendré en algún punto concreto, también de índole general.

Ningún comentario crítico merecen, obviamente, las intervenciones de los Profesores Angulo y García Añoveros, que constituyeron, respectivamente, el Discurso inaugural de las Jornadas y el de clausura de éstas: al no tratarse de trabajos científicos *stricto sensu* no deben ser objeto de esta nota. Baste decir, no obstante, que comparto, en líneas generales, las afirmaciones y sugerencias de ambos, cuya solvencia científica se demuestra una vez más en las pocas líneas que contienen sus mensajes a los congresistas.

Lo que el Prof. Verdera, coordinador de las Jornadas, denomina cautamente *Presentación* sí merece comentario, dado que es mucho más que una «presentación»: se trata, en efecto, de un espléndido estudio monográfico que, si bien se halla más encaminado a la delimitación y a la sugerencia que a la reflexión a fondo sobre los temas que aborda, se caracteriza por una singular penetración y por una encomiable claridad, especialmente a la hora de orientar al lector en la selva de la distribución de competencias entre Administración Central y Comunidades Autónomas. Destaco asimismo el acierto de Verdera en su tratamiento —más breve de lo deseable— del carácter imperativo de los preceptos de la Ley, especialmente del punto relativo a los diferentes niveles de imperatividad (p. e., en el seguro aéreo, si el asegurado es una sociedad).

Asimismo espléndido es el trabajo del Prof. Menéndez: enorme precisión al abordar el tema, adscrito al problema general del concepto y de la naturaleza jurídica del contrato de seguro, de si el art. 1.^º de la LCS optó por la tesis «unitaria» del contrato (seguro sólo como indemnización) o por la «dualista» (seguro como indemnización y también como previsión o especulación), debiendo destacarse el especial interés de sus referencias a los precedentes históricos y al Derecho comparado para explicar ambas concepciones de Seguro. Acierta también, a mi juicio, Menéndez al exponer el verdadero sentido del para otros desconcertante pár. 3.^º del art. 3.^º: no existe, en efecto, necesidad alguna de plantear el problema de si queda o no alterado el sistema de fuentes en nuestro Ordenamiento, dando entrada a la jurisprudencia, debiendo entenderse, por el contrario, que la sentencia del T. S. contemplada en ese precepto sólo es un elemento o fase de un supuesto de hecho complejo. Omite, sin embargo, el prestigioso mercantilista la alusión al peligro de turbias maniobras que el precepto en cuestión de hecho permite e incluso sugiere, y que agudamente denuncian como posibles, sus compañeros los profesores Motos y Polo: p. e., varias compañías aseguradoras presionan a otra para que no recurra en casación contra una sentencia que declaró nula o lesiva una cláusula que ella insertó en sus formularios pero que también se halla en los formularios de las demás compañías: así evitan —incluso compensando

generosamente a la entidad perdedora en 2.^a instancia— el riesgo de que el T. S., confirmando la sentencia de la Audiencia, genere el supuesto del precepto en cuestión. Interesantes también las reflexiones del autor acerca de los diferentes grados de imperatividad, a propósito del art. 2.^º de la LCS.

Acera del trabajo del Prof. Vicent hago las siguientes observaciones: 1.^a) Me manifiesto en desacuerdo con la crítica que hace a Menéndez respecto de la polémica «tesis unitaria - tesis dualista» (pág. 144), pues el tema en cuestión tiene interés y relevancia y debe ser tratado; 2.^a) Es muy discutible su tesis de la eficacia relativa del seguro celebrada por un asegurador de hecho (pág. 146); 3.^a) Asimismo lo es la del carácter formal del contrato de seguro (págs. 147 a 149), así como la de su carácter civil (págs. 149 y ss.); 4.^a) Tampoco comparto su convicción de que el art. 79 de la LCS no pueda ser interpretado extensivamente o utilizado para la analogía: el llamado «Derecho excepcional» puede extenderse a supuestos similares a los contemplados en la norma excepcional, siendo admisible, por ello, a mi juicio, aplicar el principio contenido en dicho artículo a determinados empresarios asegurados. No obstante lo dicho, considero penetrante y aguda la aportación de Vicent: piénsese, p. e., en su interpretación amplia del art. 149, 1, 6, de la Const. (que tampoco comparto), o en su concepción dualista de la figura en la LCS (que sí comparto).

El estudio del Prof. Montés empieza por plantearnos una duda, pues no queda totalmente claro si se pretende reflexionar sobre la utilidad actual de los contratos aleatorios como categoría y su diferenciabilidad respecto de los comutativos, o si se pretende explicar la estructura del contrato de seguro. Especialmente interesante me parece la reflexión sobre la falta de correspondencia, en cada seguro concreto, entre prima y riesgo como modo de demostración de que el riesgo es ajeno a la causa del contrato (págs. 190 y ss.), así como su referencia al denominado «sinalagma genético peculiar» (pág. 195). Estupendo el análisis comparativo de textos jurídico-positivos, extranjeros, preferentemente de los arts. 1.104 y 1.964 del C. c. francés (págs. 159 y ss.).

El trabajo del Prof. Alonso Soto, ejemplo de precisión y agudeza en la formulación del concepto de siniestro, sólo presenta el defecto de su brevedad extrema, pues el lector lamenta que termine pronto un texto que bien puede servir como modelo de lo que un jurista debe hacer en su irrenunciable labor de delimitación de supuestos y, en general, de exégesis de la norma.

Respecto de la aportación del Prof. Motos, manifiesto mi extrañeza ante la perplejidad que le produce el pár. 3.^º del art. 3.^º de la Ley: ni creo que haya que plantearse el tema de que, por obra de este precepto la jurisprudencia pase a ser fuente del Derecho (para mí, lo es, material y formalmente, al margen de este artículo, en contra de la opinión aún dominante), ni considero invocable, respecto de este punto, los temas de la cosa juzgada o la doctrina legal. Acertada su advertencia relativa a las maniobras antijurídicas que el precepto puede conllevar y que ya referí. Interesantes sus reflexiones acerca del sentido del término «vigilancia» ex pár. 2.^º del art. 3.^º.

De acuerdo estoy con el Prof. Polo —como lo estaba con el Prof. Menéndez y no con el Prof. Motos— respecto del sentido del pár. 3.^º del art. 3.^º. No así comparto —como se infiere de lo que he dicho antes— su afirmación de que «La jurisprudencia no es fuente de Derecho en nuestro sistema jurídico» (pág. 231). Conforme con su parecer acerca del modo de intervención de la Administración

Pública al fijar cuándo existe identidad entre las cláusulas *ex art. 3.º, pár. 3.º, in fine*, de la LCS.

Interesante todo el estudio del Prof. Linde, en cuanto aporta una perspectiva administrativista a la comprensión de la LCS. Estoy de acuerdo en que la obligación que la Administración puede imponer a los aseguradores *ex art. 3.º, pár. 3.º* de la LCS, debe exigirse con carácter general. Queda, sin embargo, algo desdibujado el concepto que emplea el autor para explicar esa figura, «facultad-obligación» (pág. 247): ¿No será un deber jurídico para cuyo cumplimiento el Ordenamiento confiere a la Administración especiales facultades?

No comarto la prelación que, respecto del régimen del seguro marítimo, propone el Prof. Hernández Martí, dado que, entre otras razones, no creo que debamos distinguir entre *analogia legis* y *analogia iuris* (en este punto sigo al profesor De Castro). Tampoco creo que sea posible distinguir los dos tipos de principios a los que el autor alude en pág. 258. Interesante su meditación sobre la aplicabilidad al seguro marítimo de las normas de la LCS cuyos efectos trascienden las relaciones asegurador-asegurado en sentido estricto.

El estudio del Prof. Sánchez Calero es uno de los pilares de la obra colectiva que comenté, no sólo por su enorme calidad, sino también por la importancia básica de los temas tratados. Sin perjuicio de abordar el tema luego específicamente, comienzo señalando el interés que la primera parte del estudio en cuestión tiene para un civilista, por ejemplo en materia de protección de la apariencia jurídica, al referirse a los agentes; y especialmente, respecto de la llamada «doctrina general del contrato», imposible de estudiar ahora sin tener presente la LCS; piénsese en el contrato a favor de tercero, en el contrato por cuenta de quien corresponda, en el proceso formativo del consentimiento contractual, en la forma, etc. Detengamos la mirada en algunos de estos puntos: estoy de acuerdo con que el seguro no es contrato formal, pero algo tan discutible debió ser más detenidamente demostrado; conforme con que, según se deduce del art. 6.º de la Ley, la solicitud es una simple *invitatio ad offerendum* y la proposición una oferta irrevocable en un plazo determinado, pues creo que el legislador nunca quiso que el tomador pudiera quedar ligado sólo por su solicitud seguida de declaración del asegurador anterior a la revocación del solicitante; conforme asimismo con que, en caso de contrato entre personas distantes, se aplique el art. 54 del C. de c. y no el 1.262 del C. c., pero el autor debió matizar que, en línea con la doctrina más reciente, debe entenderse aplicable la llamada «teoría de la expedición» y no la de la «emisión», como se desprende de la letra del citado art. 54. Merecedora de mención es también la referencia a la figura de la cesión de póliza (no se olvide que dicha cesión implica una cesión de contrato). A veces el autor incurre en inexactitudes, como, p. ej., cuando en pág. 308, confunde la modalidad de la ineeficacia (de un contrato) con sus causas, como si el concepto de «anulabilidad» implicase «vicio» o como si la rescisión no conllevara irregularidades estructurales. Pero, en conjunto, nos encontramos ante una prueba más de la singular maestría del autor.

El sugestivo estudio del Prof. Illescas merece, a mi juicio, sólo alguna que otra puntualización. En primer lugar, el autor, para interpretar la Ley —concretamente el art. 3.º, pár. 1.º, de la LCS— acude al Derecho comparado, lo que explícitamente no se acoge en el art. 3.º, núm. 1 del C. c., si bien cabe subsumirlo en el epígrafe relativo a los «antecedentes históricos» (inmediatos —clararía yo—), o

a la «realidad social». En segundo lugar, no comprendo por qué, según el autor, un texto contractual escrito, p. e., en catalán, carece de «relieve sustantivo a efectos negociales» (pág. 362). En tercer lugar, el autor debió indicar más pormenorizadamente que la exigencia de doble firma (aprobatoria de las cláusulas limitativas *ex art. 3* de la LCS) no constituye una protección suficiente para el tomador y el asegurado, pues sólo garantiza su información, pero no su voluntariedad real (como he tenido la oportunidad de resaltar en un estudio anterior a la LCS). Observaciones que en modo alguno me impiden apreciar la indudable calidad de la comunicación, encomiable además por el acertado empleo del Derecho anglosajón, menos invocado por nuestros iusprivatistas de lo que es necesario.

Del pequeño estudio del Dr. del Caño debo alabar la claridad de la sistematización de las diversas clases de cláusulas. Estimo correcta la división de éstas en generales, especiales y particulares, pero ignoro si nos hallamos ante una clasificación útil.

Especialmente interesante es el estudio del Prof. García Amigo, que no debe entenderse aislado de otros trabajos suyos atinentes a la integración y a las condiciones generales. Se trata, sin duda, de una exposición casi modélica en cuanto a claridad y rigor sistemático, a la que, sin embargo, hago alguna puntualización: a) Echo de menos algunas referencias bibliográficas en materia de integración y en materia de cláusulas limitativas (págs. 381 y 391): si el autor cita libros o artículos, no debe omitir algunos de los más importantes publicados recientemente en España; b) El autor no motiva su desacuerdo —que, además, yo no comparo—, con Nipperdey y con De Castro (pág. 391); c) No estoy seguro de que el Derecho supletorio directamente aplicable al seguro sea el C. c. (pág. 385); d) Disiento asimismo de su opinión —que coincide con la mayoritaria— sobre la prelación de fuentes en nuestro Derecho, y, en concreto, sobre la posición y la función de los principios generales (pág. 394); y e) Conforme con la crítica de García Amigo a la denominada «tesis normativista» de las condiciones generales (págs. 396-397).

Dei breve trabajo del Dr. Caballero destaco su densidad en la exposición de una figura según él no regulada en la LCS: la nota de cobertura propiamente dicha. Consigno aquí, no obstante, mi impresión de que pueden darse dificultades prácticas a la hora de distinguir el «certificado provisional de cobertura» y la mencionada «nota de cobertura».

Muy sugestivo el también breve estudio del Prof. Blanco: debo aludir aquí al interés de la distinción entre cesión de crédito —que es lo que se da en el supuesto del art. 9.^o de la LCS— y adquisición *ex novo* del derecho —fenómeno característico de los títulos-valores—, lo que mueve al Prof. Blanco a afirmar que las pólizas en cuestión pueden calificarse —utilizando una expresión italiana— de «títulos impropios» (pág. 413-414). No obstante, me parece muy discutible la afirmación del autor de que «... al poseedor son oponibles ... no solamente las excepciones *ex causa* y las personales, sino también las personales relativas al cedente o cedentes» (pág. 417).

La aportación del Prof. Gómez Segade se caracteriza por su acierto sistemático y por su gran claridad expositiva, méritos especialmente relevantes si advertimos que al autor se le encomendó un tema endiablado en el que resulta tarea difícil poner orden y, sobre todo, conseguir que dicho orden sea fecundo en conclusiones. A este espléndido estudio debo hacer, no obstante, alguna importante ob-

jeción, p. e., en materia de concepto de incumplimiento del deber de declarar el siniestro: según el autor, «... no constituye incumplimiento la falta de comunicación o la comunicación tardía producidas por causa de *fuerza mayor*» (pág. 446): creo que no es aceptable esta confusión del elemento subjetivo en el objetivo: el incumplimiento es un fenómeno objetivo, debiendo reputarse incumplimiento la falta de comunicación oportuna y completa; otra cosa es que si el incumplimiento se debe a fuerza mayor, no surja deber de indemnización (reconozco, no obstante, que el tema es discutible, pues recientemente hay autores que proponen un concepto «objetivista» de la fuerza mayor, distinguiéndola del caso fortuito al que, a diferencia de aquella, siguen relacionando con la culpabilidad). Por otra parte, el autor, en sede de reclamación de daños y perjuicios por parte del asegurador, en caso de incumplimiento del deber de declarar el siniestro, si hay varias personas obligadas a declarar, afirma que la solidaridad no se presume (pág. 451): *Quid* de la abundantísima jurisprudencia reciente, correctora de los arts. 1.137 y 1.138 del C. c.? Claro es que cabe rechazar la solidaridad, lesiva para los asegurados, dado el carácter protector de éstos que tiene la LCS: pero ello debió consignarse por el autor. Conforme, sin embargo, con otras afirmaciones del profesor Gómez Segade: p. e., la de que, en caso de dolo por parte del obligado a declarar el siniestro, se pierde o se suspende el derecho a la indemnización, solución a la que llega el autor amparándose en el art. 7.º del C. c., relativo al abuso de Derecho (págs. 448-449) (yo habría pensado en una interpretación correctora y sistemática del art. 16 de la LCS, relacionando el inciso 2.º del pár. 1.º con el inciso 2.º del pár. 3.º); o la de que la información complementaria debe suministrarse a instancias del asegurador, aunque la LCS no lo diga, por ser ésta la solución más favorable al asegurado (pág. 455). Me ciño sólo a estos puntos (hay muchos más susceptibles de comentario, casi siempre encomiástico), en aras de una obligada brevedad.

De sumamente extraño cabe calificar el siguiente estudio, obra del Prof. Martí Sánchez. Siguiendo un método casuístico que repuso plenamente aceptable, plantea multitud de supuestos problemáticos que resuelve frecuentemente del modo opuesto al que esperaba: además de comenzar su exposición con generalizaciones agresivas contra los asegurados —que «tratan de engañar al asegurador» (pág. 466), personas «sobre cuya buena fe contractual cabe dudar en muchos casos» (pág. 467)— defiende, entre otras tesis, las siguientes: 1.º) Si, en el supuesto del pár. 1.º del art. 15 de la LCS, el tomador intenta pagar y el asegurador no le cobra, el tomador no puede exigirle el abono de la indemnización acaecido el siniestro, dado que dicho artículo prevé dicho pago sólo si la prima ha sido pagada antes de la producción del siniestro; 2.º) «... el asegurador puede negarse a cobrar la prima si el tomador pretende pagarla durante los cinco meses de suspensión de efectos del contrato, y sin que el asegurador la haya reclamado» (pág. 474); 3.º) «... el asegurador tiene derecho a rechazar, y considerar no efectuado, el pago de la prima hecho por un tercero...» (pág. 475) (cito sólo estas tesis a título de ejemplo). Me declaro conforme, no obstante, con algunas conclusiones o posiciones del autor, por ejemplo, en el tratamiento crítico del Prof. Martí acerca de la regulación de la LCS sobre las irregularidades de la comunicación de circunstancias agravantes del riesgo, destacando acertadamente las incoherencias legales (páginas 479 y ss.), o cuando opina que el plazo para comunicar la producción del siniestro es excesivamente amplio (pág. 482). En síntesis, me manifiesto en desa-

cuerdo con la mayoría de las afirmaciones del autor, algunas de las cuales me parecen especialmente inaceptables (p. e., las antes transcritas), aunque el método escogido para la elaboración del trabajo me parece el indicado. Se trata, a mi juicio, de un estudio cuyo máximo interés reside en el hecho de que sirve de contrapunto a otros de contextura y contenido más clásicos.

Poco hay que decir, por el contrario, del siguiente trabajo, obra del Prof. Cortés Domínguez. Sólo resaltar la actualidad del tema y la notable nitidez con que describe figuras como la póliza flotante, el seguro de grupos o la póliza de intermediario. Y recordar —permítaseme esta disgresión— que conviene evitar esa frecuente errata (o error) que consiste en ignorar u olvidar que el ablativo latino del adjetivo *strictus-a-um* es *stricto* y no *strictu*.

El estudio del Prof. Cuñat tiene una importancia básica, en cuanto atinente a puntos clave del seguro de daños y del seguro en general: relación interés asegurado-suma asegurada, principio indemnizatorio, etc. Acierta, a mi juicio, Cuñat en el tratamiento de las cuestiones que agudamente suscita, hallando casi siempre las soluciones que reputo adecuadas y gozando de buen tino al señalar las deficiencias y oscuridades de la Ley. Bien abordados los temas de la póliza estimada, del infraseguro y del sobreseguro. Interesante la problemática de los arts. 34 y ss. de la LCS, en cuanto diversos de la regulación jurídico-civil de la cesión de contrato: la cesión es automática (sin necesidad de consentimiento del cocontratante), pero cabe rescisión. Consigno entre las posibles objeciones la que se me ocurre respecto del modo en que el autor pretende compaginar los arts. 15 y 41 de la LCS (págs. 557-558); creo que caben interpretaciones preferibles a la suya. Se trata, no obstante, de un trabajo de indudable calidad y de innegable utilidad práctica.

Muy estimable el trabajo de Olegario Hernández de Prado: la crítica que hace a la LCS está muy orientada hacia la práctica, siendo, además, oportunísimas las alusiones a puntos que la Ley debió abordar y no abordó (págs. 570-571): seguros multirriesgos en general, seguro voluntario de automóviles en su modalidad de todo riesgo y, sobre todo, política de prestación de servicios al asegurado y servicios de gestión de riesgos. Correcta la utilización del Derecho comparado. Pleno acierto en la nítida distinción entre interés asegurado y objeto sobre el que recae el seguro (pág. 574). En el lado negativo debo consignar el desacuerdo del autor en su incursión civilística, al confundir la falta de consentimiento con el vicio en éste, así como la nulidad con la anulabilidad (pág. 577); lo que no empaña la notable calidad de su aportación a las Jornadas.

Magnífico el trabajo de Corrales Elizondo. Y magnífico desde su modelico comienzo, al reputar, acertadísimamente, a la regla proporcional «... un pequeño compendio de los principios inspiradores del seguro contra daños» (pág. 599). Precisión, rigor y coherencia absolutos a lo largo de toda la exposición, desde que se expresa la estrecha vinculación existente entre el principio indemnizatorio y la regla proporcional hasta que se llega a sus últimas consecuencias. Impecable la formulación de la regla proporcional (pág. 603) e impecable cualquier punto concreto que se aborda, p. ej., el de la incompatibilidad de dicha regla con la cláusula de estabilización, dado que ésta impide lo que aquélla requiere, esto es, la diferencia cuantitativa entre la suma asegurada y el interés asegurado (págs. 622-623). No niego que se trata de nociones elementales para un mercantilista: pero, aparte de que no todas lo son, muy pocos cultivadores del Derecho privado po-

drían obtener tanta claridad y tanta cohesión, engarzando las piezas dispersas de modo que todo cobra vida unitaria. Muy útiles las conclusiones finales (págs. 626-627). En suma, el Prof. Corrales demuestra con sus páginas cuán provechosas pueden ser unas Jornadas como las presentes.

Juicio muy positivo merece asimismo el estudio del Prof. Sacristán Represa, debiendo reputarse especialmente acertado su planteamiento básico consistente en defender la necesidad de una interpretación correctora del art. 37 de la LCS, en relación a los arts. 34, 35 y 36, así como el trazado del régimen jurídico general de esa problemática. Muy afortunado el tratamiento del tema de la situación del contrato en defecto de denuncia (pág. 657 y ss.), y muy interesante el tema de las deudas de la masa (especialmente págs. 658-659). Estupendas las líneas destinadas a la reflexión sobre el alcance del principio de subsistencia o permanencia del contrato de seguro en caso de concurso (págs. 649-650).

Importancia básica tiene la aportación conjunta de los profesores De la Oliva y de la Cuesta, relativa a la liquidación del contrato de seguro contra daños. Los autores comienzan diciéndonos que sólo hablarán de *iure condito* y luego —como ya dije— incumplen con suma frecuencia dicho propósito, pues, con ocasión de las críticas al texto legal, se pronuncian a menudo sobre posibles soluciones de *iure condendo*, lo que sin duda aumenta el atractivo y la calidad de su elaboración. La pretensión fundamental de De la Oliva y De la Cuesta es demostrar las múltiples insuficiencias del art. 38 de la LCS, señalando casuísticamente decenas de problemas que dicho artículo deja sin resolver (e incluso sin orientar la solución): en dicha tarea alcanzan los autores un verdadero virtuosismo (p. e., pág. 701), realizando una habilidísima disección de un texto legal cuya despiadada exploración muestra cuán difícil es legislar y qué riqueza puede tener la casuística: la meticulosidad y la claridad del art. 38 son sólo aparentes. El método empleado es esencialmente exegético y efectualista, intentando desentrañar la función de las figuras sin pretender encasillarlas en otras más conocidas y de ámbito más amplio. A veces la argumentación es débil, por ejemplo cuando se afirma tajantemente que la actuación de los peritos no tiene su origen en el contrato sino en la Ley (pág. 681): habría que recordar a De la Cuesta y De la Oliva que cualquier deber jurídico proviene mediata e inmediatamente de la ley, debiendo precisarse además —esto es, en otro plano— si la Ley se sirve de una figura concreta —contrato, p. e.—, o de otra, o si impone el deber directamente ante un supuesto de hecho más o menos complejo. Conforme, sin embargo, con la censura al hecho de que se dé un procedimiento declarativo ordinario sólo para compelir al asegurador a que pague (pág. 728). En conjunto, una interesantísima aportación.

Interesante y práctico resulta asimismo el breve trabajo de Expósito Vaz, caracterizado también por una enviable claridad en su exposición. Agudas las críticas —similares a las contenidas en el estudio anterior— a las deficiencias de la LCS. De acuerdo con la regla que, atinente a las relaciones entre el asegurador y los terceros respecto del pago de la indemnización, enuncia el autor en pág. 737.

Interés indudable presenta, desde diversos puntos de vista, el estudio del Prof. Gómez Calero. Por ejemplo, interés dogmático tiene la diferenciación de las distintas figuras aptas para operar la recuperación de las prestaciones realizadas por los aseguradores, figuras que el autor engloba en el epígrafe general de «derechos de reintegro del asegurador». E interés práctico muy especial tienen las observa-

ciones de Gómez Calero sobre el seguro de caución y el de responsabilidad civil. Discutible —y necesitada de mayor análisis— su afirmación de que habría sido «... más congruente que no hubiese sido objeto de cobertura el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios dolosamente inferidos por el propio asegurado» (pág. 752), referido al art. 76 de la LCS.

El estudio del Prof. Duque es otra de las columnas de las Jornadas. De su enorme importancia y de su calidad poco común ya hablé implícitamente al describir precedentemente su contenido. Ahora sólo consigno, como botones de muestra, algunas manifestaciones concretas de esas cualidades: la profundidad y perspicacia de las páginas dedicadas a la causalidad en el seguro de transporte terrestre, el singular interés y el perfecto tratamiento del tema del cálculo de la indemnización en el seguro de pérdida de beneficios, etc. Conforme con la afirmación de que si el porteador, el comisionista o las agencias contratan en propio nombre estamos, no ante un seguro de transportes, sino ante uno de responsabilidad civil (pág. 815). A veces el autor, tras exponer diversas posibilidades y teorías, así como múltiples soluciones de Derecho comparado, no resuelve el problema que suscita, sino que lo plantea más minuciosamente: p. e., en sede de incendio con causa desconocida o al interpretar el art. 55 de la LCS. Pero, en líneas generales, realiza con nitidez y rigor un magistral análisis de cuatro importantes secciones de la Ley.

De trabajo muy hábil, pero demasiado inacabado, cabe calificar el de Sánchez Gamborino, cuya materia coincide parcialmente con el de Duque: como él, tampoco nos resuelve el problema de la interpretación del mencionado art. 55. Por otra parte, no desarrolla el tema de la incidencia real en el Derecho interno español del Convenio de Ginebra ni aborda de lleno el problema nuclear al que parece querer dedicar su comunicación, esto es, el de la coexistencia de dos intereses asegurados sobre un mismo valor asegurable, el de la mercancía, implicándose el remitente, el porteador, los respectivos aseguradores y el «operador». Debo alabar, no obstante, la agudeza del autor al sugerir y al plantear los problemas, lo que muestra su profundo y actualizado conocimiento del mando del seguro.

De las páginas del Prof. Olivencia hay demasiado que decir para la obligada brevedad de estos apuntes críticos. Por ello, como en el caso de Duque, me ceñiré a un esbozo de valoración. También a Olivencia, como a Duque, se le encomienda la construcción de otra columna, en concreto, el análisis de otras cuatro secciones de la LCS, tarea que obliga al prestigioso mercantilista andaluz a una verdadera labor de orfebrería. He de manifestar que dicha obligación resulta cumplida con creces, pues el estudio es un modelo de pulcritud, precisión y profundidad. Capta el autor perfectamente el criterio clasificatorio que usa la Ley, aunque no lo declare explícitamente; apunta oportunamente las abundantes implicaciones jurídico-civiles, procesales y concursales que tienen estos preceptos de la LCS; y, sobre todo, sistematiza y resuelve las cuestiones suscitadas con total maestría. Hago, no obstante, algunas observaciones: 1.^a) «Incumplimiento», según la doctrina civilística dominante, es sólo el no cumplimiento, con responsabilidad o no, con culpabilidad o no: el autor, al describir el riesgo en el seguro de caución, dice lo contrario, subsumiendo la culpabilidad y la responsabilidad dentro del concepto de incumplimiento (pág. 876) (ya se apuntó el tema al tratar de Gómez Segade); 2.^a) La distinción entre «cesión» y «subrogación» no es tan clara como implíci-

tamente defiende el autor ni la subrogación es figura incompatible con la voluntariedad de la transmisión (*vid.* pág. 898); 3.^a) Si el fundamento de la responsabilidad civil que se asegura puede ser «contractual» (pág. 900), esto es, si nos hallamos ante una responsabilidad nacida del incumplimiento de una obligación previa, no podemos excluir de este concepto de responsabilidad la idea de *Haf-tung*, como hace, a mi juicio indebidamente, Olivencia siguiendo a Donati (página cit.); 4.^a) Yo no creo —Olivencia sí— que el régimen de excepciones contenido en el art. 76 de la LCS no resulte claro (págs. 907-908): me parece mejor redactado de lo que el autor opina: otros autores de trabajos de estas Jornadas nos dan alguna que otra pista valiosa para clarificar dicho punto; y 5.^a) Dice el Prof. Olivencia que el privilegio del art. 78 de la LCS es «un privilegio más» (pág. 913); pero, ¿cuál es su lugar en la clasificación y prelación de los artículos 1.922 y ss. del C. c.? Observaciones todas que, lejos de mitigar el atractivo del estudio, lo aumentan y fundamentan.

El estudio de M^a de los Angeles Calzada es hábil, sugestivo y coherente, pero disiento de la tesis fundamental que en él se sostiene: no creo que el siniestro acaezca sólo cuando se produce el pago efectivo del asegurado al tercero: para mí, el siniestro se produce antes. Por ello, me sobraría lo que se dice después, derivado de la afirmación anterior: esto es, que no llega a producirse el siniestro, lo que implica una función preventiva —y no estrictamente reparadora— en este seguro. No obstante, repito, la comunicación es excelente. Muy aceptables las consideraciones metodológicas y sistemáticas finales.

Ingeniosas y habilísimas las «Notas» que componen el pequeño estudio del Prof. Pantaleón. No obstante, no comparto todas sus opiniones. Respecto de la primera nota, yo me inclino por la analogía, a pesar del art. 4, núm. 2, del C. c., al que precisamente hay que matizar, debiendo expresar asimismo yo mis reparos a que el art. 43, pár. 3.^o de la LCS contenga una verdadera norma excepcional: así evitamos el lamentable gasto militar consistente en utilizar cañones para matar una mosca (según gráfica expresión del autor en pág. 931), o, lo que es lo mismo, contribuimos al relajamiento de los magistrados del Tribunal Constitucional. La segunda nota es más importante; comparto muchas de las afirmaciones que en ella se hacen: p. e., estoy de acuerdo en que la responsabilidad objetiva y la socializada son, *de iure condendo*, preferibles a la subjetiva, pero no veo que el art. 76 de la LCS diga que tiene que darse siempre responsabilidad objetiva, es decir, que siempre que se pruebe la no culpabilidad del asegurado deba pagar también —además, sin poder repetir— el asegurador, con la consecuencia de que el abogado de éste, si pretende liberar a la compañía del pago de la indemnización, debería demostrar que el daño no entra en el ámbito de la póliza o que el único culpable es la víctima, no bastándole probar que el asegurado fue inocente; lo que me parece desacorde con la intención del precepto. Encomiable, sin embargo, la comunicación del Prof. Pantaleón, que demuestra una capacidad de argumentación poco común.

De útil y clara cabe calificar la comunicación de Sotomayor, que escoge un punto muy concreto —la interpretación del art. 74 de la LCS— y lo desarrolla con solvencia. Comparto su tesis de que no cabe pacto en contrario de la opción que confiere al asegurado el inciso penúltimo del artículo mencionado (pág. 953).

Magnífico el trabajo de Carro del Castillo: a mi juicio, son las suyas las mejores páginas de esta obra colectiva sobre el polémico artículo 76 de la Ley. Carro

ha hecho exactamente lo que había que hacer y lo que los demás autores que abordaron el tema eludieron: enumerar todas las excepciones posibles y pronunciarse acerca de si cada una de ellas puede o no ser opuesta al perjudicado por el asegurador. La problemática del artículo 76 queda así iluminada al máximo y lo que parece oscuro ante la simple lectura del precepto se clarifica, contribuyendo a ello el gran rigor sistemático del autor. Otra cosa es que se esté o no de acuerdo con las opiniones de este ardoroso paladín de los aseguradores, verdadero contrapunto a la actitud socializante de Pantaleón. Distingamos. Conforme con que la relación de excepciones contenida en el artículo en cuestión carece de carácter taxativo: esto es, creo, con Carro, que el asegurador puede oponer al perjudicado más excepciones de las que menciona el precepto. Ahora bien, el autor presupone siempre la responsabilidad subjetiva del asegurado, lo que no es exacto, pues en muchos casos —la inmensa mayoría hoy, según la jurisprudencia del T. S.— el asegurador responderá también en el supuesto de caso fortuito sencillamente porque también respondería el asegurado. En total desacuerdo estoy asimismo respecto de que «... El hecho de que la existencia de acción directa, instituto meramente adjetivo de la relación jurídica..., modifique los derechos y deberes dimanantes del contrato, es cuestión que no puede admitirse» (pág. 976), entre otras razones porque no es seguro que nos hallemos ante un «instituto» tan adjetivo como piensa Carro. Por otra parte, creo —contra el autor— que el texto legal establece, en norma imperativa, la «responsabilidad» del asegurador en caso de dolo del asegurado, no cabiendo pacto relevante en contrario, reputando yo inaceptables los argumentos esgrimidos en la comunicación para defender lo contrario. Por último, el autor no distingue entre obligaciones solidarias y obligaciones *in solidum*, reputándolas implícitamente expresiones sinónimas (pág. 962) (en esto coincide con el T. S., pero no con un sector —minoritario— de nuestra doctrina).

El estudio del Prof. Girón Tena, dedicado a una parte extensa de la Ley, resulta excesivamente breve, dadas la importancia y la complejidad técnica de los arts. 80 y ss., destinados a la regulación del seguro de personas. No obstante, son elogiables sus propósitos, enunciados al comienzo de su intervención, atinentes a la adopción de un punto de partida histórico con especial atención a modelos y precedentes. Elogiable es asimismo toda su exposición, nítida y precisa, con especial interés para los civilistas, dada la vinculación de la problemática del seguro de personas con las figuras del contrato a favor de tercero o de la colación o de la imputación a efectos de cálculo de las legítimas, sin olvidar el importante tema de la reserva —en materia de seguro— como patrimonio separado. Disiento de alguna opinión del autor, p. e., la de que, ante el silencio de la LCS (especialmente en el pár. 1.º de su art. 87), debemos entender que, si el beneficiario acepta, se precluye la posibilidad de revocación (págs. 990-991): creo que no, creo que, contra lo que sugiere Girón, no se aplica el pár. 2.º del art. 1.257 del C. c., dado que un efecto tan importante debería haberse consignado en dicho art. 87 de la Ley: si no se consignó, es que se quiso establecer un régimen diverso del común, lo que nos impide a reconsiderar inductivamente la figura genérica de la estipulación a favor de tercero. También debo puntualizar, en un plano anecdótico, que las declaraciones receptivas no requieren el conocimiento del destinatario so pena de nulidad —como insinúa el autor en pág. 989—, sino que dicho conocimiento —*rectius*, posibilidad de conocimiento y no «comunicación», como dice el texto—

constituye una fase del *iter* formativo del acto en que dicha declaración consiste. Por último, comparto las censuras de Girón a las deficiencias de la LCS, concretamente en su art. 88 (pág. 993). En síntesis, una sugestiva elaboración del ilustre mercantilista, al que sólo censuro el hecho de que sólo nos obsequie con veinte hermosas páginas.

Para los civilistas tiene especialísimo interés el trabajo del maestro Lacruz, conciso y denso, como todos los suyos. Presenta enorme interés el tema del seguro de vida para caso de muerte contratado sólo por un cónyuge —siendo beneficiario el otro—, pero cuyas primas se pagan con dinero ganancial: a mi juicio, el acto es válido, pero la deuda es privativa en cuanto a responsabilidad directa frente a terceros, pues no responde directamente de ella el patrimonio ganancial por no ser subsumible en ninguno de los conceptos del art. 1.365 (y concordantes) del C. c. (aunque sí se aplique, llegado el caso, el art. 1.373). Sin embargo, si la prima es moderada, sí constituye «pasivo» propiamente dicho (esto es, definitivo y entre los cónyuges), por entrar en el ámbito del núm. 1.º del art. 1.362 del C. c., lo que implica inexigibilidad de los reintegros. Sobre la calidad del trabajo basta decir que responde a la de su autor, lo que sirve al lector de esta nota para hacerse una idea; lo único lamentable es, como en el estudio anterior, que termina pronto.

Correcto el trabajo del Prof. García Villaverde, debiendo destacarse su concisión, así como la utilidad de sus referencias al Derecho comparado y, sobre todo, al Derecho comunitario. Apunto, respecto del deber de comunicar a la entidad aseguradora ciertos hechos, circunstancias o datos determinantes de la alteración del riesgo, el posible conflicto con la protección jurídica de la intimidad del asegurado (piénsese hoy en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, o en el Derecho anterior, vigente cuando el autor redactó su comunicación). Muy afortunadas, por otra parte, las líneas destinadas por García Villaverde al análisis de las particularidades derivadas del régimen de los tipos del seguro de vida: de acuerdo con sus preferencias por la solución alemana y con la posibilidad de su aplicación en nuestro Ordenamiento.

El interesante trabajo de Rodríguez Ocaña peca de excesiva brevedad, dada la importancia de los temas abordados: asombra, por ello, que, casi al comenzar su apresurado camino el autor diga: «... vamos a ir examinando *detenidamente* (el subrayado es mío) cada una de las Secciones que componen este Título III de la Ley» (pág. 1.027). Fuera de ello, se trata de una aportación muy estimable. Le hago, no obstante, alguna que otra observación: 1.º) No entiendo por qué el art. 85 de la LCS debe ser interpretado forzosamente en clave sucesoria (no es una norma de Derecho de sucesiones), ni por qué se invocan al respecto los arts. 924 a 929 del C. c. (pág. 1.030), ni tampoco comprendo por qué no menciona el autor los arts. 675 y 1.281 y ss. del mismo cuerpo legal (¿Considera —erróneamente, a mi juicio— que el art. 85 de la LCS excluye su aplicación?); 2.º) El autor, en pág. 1031, escribe la palabra «impugnar» (contenida en el art. 90 de la Ley) entre comillas: ¿Por qué? Es correcto el término, que es genérico; el texto legal pretendió aludir a un modo o a una técnica de provocación de ineffectuacía sin precisar más; el autor se equivoca al censurarlo; 3.º) Es interesante su alusión al testamento ológrafo, respecto del pár. 2.º del art. 84 de la LCS (pág. 1030).

Breve también, pero motivadamente breve —pues se analizan puntos muy

concretos— es el estudio del Prof. Fernández Ruiz: es un trabajo cuya claridad debe alabarse, claridad relativa y, por otra parte, difícil de obtener ante un público de juristas, dado el esoterismo de las consideraciones matemáticas. Interesante el peculiar análisis del autor de los arts. 96 y 98 de la LCS. Perfecto el «Preliminar» que sirve de preámbulo a la comunicación.

El trabajo de Mercedes Bérgez es muy atinado y penetrante. Especialmente afortunados son algunos pasajes, como aquél en el que la autora afirma que la intencionalidad del asegurado (en el seguro de accidente) no sirve para excluir la obligación del asegurador, sino que excluye el siniestro mismo, esto es, que no hay «accidente» (p. e., pág. 1057); o aquél en que se juzga acerca de la licitud de las cláusulas de delimitaciones, al afirmarse que «... La elasticidad que supone permitir delimitación del riesgo en el contrato debe ... coordinarse con la protección de los intereses de los asegurados...» (pág. 1058) (véase también página 1059). Afirmaciones que comparto plenamente. Cabe, sin embargo, aludir a alguna insuficiencia: p. ej., debería haberse aludido, en sede de concepto de accidente (págs. 1051 y ss.) a la posibilidad de daño psíquico (junto a la lesión corporal) justamente al comentar el artículo 100 de la LCS: por otra parte, la autora, al distinguir la enfermedad del accidente, escribe que en aquélla «... no se pasa del estado de normalidad al de anormalidad de una manera violenta o súbita, sino gradual» (pág. 1069), como si fuera imposible entrar en esa situación de modo súbito aunque no violento. Parece, además, haber un *lapsus* (tan ostensible que carece de importancia) en el epígrafe «Normativa aplicable» de la pág. 1068. El carácter puramente anecdótico y adjetivo de estas deficiencias confirman, más que mitigan, la indudable altura del trabajo en cuestión.

De lo dicho acerca de la aportación de Mercedes Vérgez respecto a su matizada opinión sobre las posibilidades de delimitación del riesgo en el seguro de accidentes, se infiere lógicamente que disiento de la tesis de Alonso Olea, totalmente restrictiva a la hora de interpretar el inciso 1.^º del art. 100 de la LCS (págs. 1083 y ss.); no creo que el art. 3.^º de esa Ley impida del todo la actuación de la autonomía de la voluntad cuando otro precepto de la misma Ley se remite a Ésta; advierto además que mi tesis, tendente a la flexibilidad, debe entenderse referida tanto a las condiciones generales como a las particulares. En desacuerdo estoy también respecto de la opinión del autor según la cual cabe reputar accidente al suicidio (pág. 1078): al menos, habría que matizarla más. Conforme prácticamente con todo lo demás, así como con el planteamiento básico de la comunicación. De acuerdo con la amplia interpretación que se da al art. 100 de la LCS. Importantísimo, por otra parte, el tema (que se apunta en pág. 1082) de cómo se conjugan y en qué medida son compatibles las indemnizaciones derivadas del seguro de accidentes común, las prestaciones por accidente laboral y las indemnizaciones por responsabilidad civil autónoma o aneja a la penal. El estudio es una sintética pero elocuente demostración de las excepcionales cualidades de su autor.

Muy interesante y denso el primero de los trabajos del Prof. Tirado Suárez, que sirve ante todo para indicar al lector cuán equivocado está cuando piensa que las disposiciones transitorias y finales de las leyes carecen de interés científico-jurídico. Tirado demuestra de manera deslumbrante lo contrario, contribuyendo así a fijar, con rigor y pulcritud, el ámbito de aplicación de la LCS. Discrepo, no obstante, de algunas de sus afirmaciones: p. e., respecto a la opinión

del autor de que la LCS entró en vigor el 18 de abril de 1981 (y no el 17) (páginas 1090-1092), creo que es correcta porque el 17 fue inhábil; pero, en contra de Tirado, pienso que, si hubiera sido hábil, habría entrado en vigor ese día y no el 18, pues, cuando una ley habla de meses, se cuenta de fecha a fecha (artículo 5.^o del C. c.), no planteándose, pues, la posibilidad de excluir o no el día de la publicación: se incluye sin más. Tampoco admito que quenga hablar de «valor normativo» de la jurisprudencia pero sólo en el caso del pár. 3.^o del art. 3.^o de la LCS (pág. 1099); como ya dije antes, ese precepto no convierte a la jurisprudencia en fuente (en eso coincido con la opinión tal vez dominante); pero, además (y en eso no coincido con casi nadie), sostengo que la jurisprudencia es fuente al margen de ese precepto de la LCS. Por otra parte, no rechazo pero tampoco me atrevo a suscribir las tesis del autor de que la adaptación de la póliza por el asegurador —prevista en la disposición transitoria— pueda ser configurada como una renuncia de derechos *ex art.* 6.^o, pár. 2.^o del C. c. (pág. 1111).

Tristeza produce la pequeña pero hermosa conferencia de clausura —es conferencia, diga el autor lo que diga— pronunciada por el inolvidable maestro Garrigues. Tristeza debida a la difícilmente aceptable ausencia de quien aparece tan lúcidamente vivo en esas líneas. Y, como conferencia que es, tras admirarla sinceramente, hago lo que al Prof. Garrigues, sin duda, habría querido que se le hiciese: una crítica, que se concreta en las observaciones siguientes: 1.^o) También en el C. c. se alude a la buena fe en sentido objetivo (p. e., arts. 7 y 1.258) (el autor sostiene, en pág. 1136, que el C. c. se refiere sólo a la buena fe en sentido subjetivo, refiriéndose al objetivo sólo el C. de c.); 2.^o) Yo no creo que la buena fe sea tan cualitativamente definitoria de la figura del contrato de seguro como defiende el autor (p. e., en pág. 1137); y 3.^o) La energética crítica de Garrigues al —indudablemente incorrecto— art. 19 de la LCS (págs. 1139 y 1140), podría atemperarse algo si recordamos que la interpretación literal no es la única interpretación posible ni frecuentemente la más adecuada: si los juristas somos —como advierte el Prof. Garrigues en pág. 1140— pontífices, no debemos asustarnos tanto: para extraer de nuestro Ordenamiento más causas de exención del deber de indemnización del asegurador además de la mala fe del asegurado no me parece necesario acudir a fuerzas sobrenaturales: el mismo art. 15 de la Ley, lejos de implicar una antinomía con el 19 —como afirma el autor (pág. cit.)— nos explica el verdadero ámbito de éste: la interpretación sistemática, unida a la lógica, nos conducen a la extensiva.

Interesantísimo el trabajo de Nieto de Alba, caracterizado por una encomiable claridad en la exposición y por una terminante nitidez ideológica que nos indica a qué debemos atenernos en su lectura. Presenta particular interés el tema de la inserción del fenómeno del seguro en la situación económica general, lo que puede incidir en la interpretación del Derecho relativo al seguro. Son discutibles sus interpretaciones acerca del llamado «modelo económico de la Constitución» (*vid.* arts. 38, 128, etc.).

Cumple perfectamente su misión el artículo del Prof. Albiñana, misión consistente en provocar que los lectores observen por unos minutos el seguro desde una perspectiva tributaria. Se trata de un estudio claro y sistemático, cuyas observaciones, en general, suscribo: conforme, p. e., con el principio general —enunciado en pág. 1170— de que «... los desembolsos por razón de seguros deben ser deducibles para la determinación de las bases imponibles siempre que los

contratos de seguros tengan cierta vinculación material con la obtención de los ingresos o rendimientos imponibles». Brillante el epígrafe relativo a los seguros sobre la vida para casos de supervivencia (págs. 1176-1177), en el que tan acertadamente se distingue el caso de que el beneficiario sea persona distinta del tomador del seguro del caso de que el beneficiario sea el propio tomador. De acuerdo también con sus observaciones finales, principalmente con las atinentes a las vinculaciones existentes entre los Ordenamientos mercantil y tributario (página 1179).

Tan interesante o más que el de Nieto, antes criticado, pero de similarísima orientación, es el estudio de Mansilla, habilísimo catecismo capitalista aplicado al seguro: perfecta la descripción del funcionamiento del sistema económico, en concreto del aspecto relativo al equilibrio básico del sistema asegurador (pág. 1185); en síntesis —viene a decirnos el autor— el seguro debe ser competitivo: primas baratas y abundantes, pero adviértase que lo segundo depende de lo primero, aunque lo primero se posibilita en parte con lo segundo: y, como telón de fondo, la solvencia de los asegurados como norma fundamental: ustedes, asegurados —cabe inferir de las propuestas del autor— sacrificúense —mediante el aumento de sus prestaciones o la disminución de sus exigencias— alimentando idolátricamente a la gallina de los huevos de oro de las compañías, pues sólo así se garantizará, de hecho (el Derecho importa poco en épocas de crisis) la solvencia de éstas. En el plano de las puntualizaciones concretas, graciosa la observación del autor sobre la miopía de los asegurados causante de su desvalimiento ante la letra pequeña de las condiciones generales (pág. 1189), si bien dicha observación deviene irritante cuando se recuerda la realidad; y necesitado de matización el inciso (pág. cit.) «... folletos carentes de valor jurídico»: los folletos de publicidad no siempre carecen de valor jurídico, pueden tenerlo *ex art. 1.258 del C. c.* como determina la S. del T. S. de 27 de enero de 1977. Por último, ¿quién financió el desajuste de los 38.000 millones de pesetas a que alude Mansilla?, ¿se cumplieron sus temores? Me temo que sí. Sucede que este autor tiene toda la razón mientras el capitalismo continúe vigente: no caben recortes social-demócratas en tiempos de crisis: incluso la interpretación del Derecho, también el de seguro, el de la LCS y el de la de Ordenación del Seguro, debe hallarse informada por el máximo provecho de la gallina antes aludida, en cuanto que ésta, cual madre gestante, alimenta a los demás con su propia obesidad: el *New Law and Economics* y la Escuela de Chicago viven en el mismo clima de Mansilla y Nieto. Son estudios éstos no fundamentalmente jurídicos, pero ¡qué útiles para un jurista que reflexione sobre la función y el sentido del Derecho!

La comunicación de Manzano y Rubio de orientación similar en cierto sentido a las de Nieto y Mansilla (se preguntan acerca de las consecuencias de los aumentos de costes y de las posibilidades de su repercusión en los asegurados —páginas 1211 y 1218—) apunta y sugiere problemas que ya se abordaron o suscitaron por otros autores: menciono aquí la interesante gama de dudas que plantea a Rubio y a Manzano el art. 3º de la LCS (pág. 1208); las fuertes censuras al artículo 19 de la citada Ley (pág. 1228), las conexiones jurídico-civiles de artículos como el 40, 41, 42 ó 73 (págs. 1212 y 1251), etc. De obvia contestación la ociosa pregunta que se hacen los autores en pág. 1220 acerca de si el párr. 3º del art. 3º requiere que se forme doctrina jurisprudencial; claro que no es necesario que se forme. Por último, en pág. 1213, hablan de una comunicación que presentan a

las Jornadas D. Francisco Cañizares Rubini y D. Angel Rubio Morales: ¿Dónde está? En síntesis, aportación útil y muy ilustrativa del parecer de los aseguradores sobre la Ley.

Provechosa asimismo la breve comunicación de Castelo Matrán, si bien disiento de algunas de sus afirmaciones de carácter jurídico: extrañísima, sin duda, me parece su tesis acerca de la mayor jerarquía del art. 1.^o de la LCS respecto al art. 15 de ésta, por el hecho de estar el primero delante del segundo, tesis que se sostiene para concluir que sin pago de la prima —con o sin culpa del tomador— no existe seguro (págs. 1268-1269): un especialista en hermenéutica jurídica, consejero hipotético del autor, habría sugerido a éste decir algo muy parecido, pero de otro modo; el art. 1.^o contiene principios informadores y básicos de la Ley y el art. 15 es un precepto de mero desarrollo, lo que autorizaría a romper la pretendida antinomia a favor del primero. Disiento asimismo de su crítica al art. 6.^o de la Ley (pág. 1270). De acuerdo, por el contrario, con la afirmación de que las condiciones generales pudieran ser también un documento complementario de la proposición de seguro (pág. 1269). El trabajo, no obstante, representa una estimable perspectiva, digna de tenerse en cuenta por el lector.

Pocos comentarios merece, por ser un trabajo esencialmente informativo, la segunda comunicación del Prof. Tirado Suárez. Acertado resulta el método de exposición escogido, método que nos permite ver con nitidez cómo algunos preceptos de la Directriz comunitaria son mucho más pormenorizados que los correspondientes de nuestra LCS o viceversa. Confuso el texto del epígrafe «Las rescisiones contractuales» (pág. 1284). Imprescindible el anexo que ofrece el autor para ilustrar el texto de la comunicación.

Aproximadamente lo mismo cabe decir de la aportación de Sotillo, que cierra la obra. Interesantes sus alusiones a las condiciones generales y el carácter formal o consensual del contrato de seguro (págs. 1304-1306). Oportunas sus referencias a los Anteproyectos de 1969 y 1970. Se trata de un trabajo provechoso para la interpretación y comprensión de los artículos de la LCS, que debe ser manejado al mismo tiempo que lo sean los antecedentes —proyecto, enmiendas, discusión parlamentaria, etc.— de la citada Ley, contenidos en los valiosísimos *Apéndices* que se insertan a partir de la pág. 1317 de la obra comentada.

Expuesto mi parecer acerca de cada aportación, termino esta *Nota* con unas observaciones generales y con una reflexión sobre un punto que reputo importante.

Es éste el momento de alabar la iniciativa de las Jornadas, pero aún merece mayor alabanza el modo de coordinar los trabajos y de publicarlos, no debiendo omitirse la alusión a la enorme utilidad de los *Apéndices* hace un momento mencionados. Mérito es todo ello de todos los participantes, personas físicas y jurídicas, expertos y entidades, que, de uno u otro modo, contribuyeron a la afortunada realización de la idea, pero estimo que mi estudio crítico desatendería la completa observación de la realidad si omitiera en esta sede el nombre de Evelio Verdera, cuyo carisma organizador se advierte a lo largo de toda la obra: son imprescindibles en una sociedad los hombres que, como él, promueven y coordinan a otros hombres, vertebrando lo que, disperso, presta posiblemente escasa utilidad.

La obra es fundamentalmente una obra de juristas teóricos, pero también llamamos en ella aportaciones de juristas prácticos (¿qué importante sería romper esta disyuntiva!) y de personas más ajenas al mundo del Derecho que al de la Economía o al de las finanzas: el contraste que se da entre las visiones de unos

y otros es muy ilustrativo de la necesidad de que todos aprendamos de los demás, imponiéndose progresivamente eso que denominamos *interdisciplinariedad*; recuérdese, en tal sentido, que es perfectamente posible que una Ley técnicamente encomiable según la opinión de profesores universitarios puede ser funesta en sus efectos, por ejemplo, si, aplicada a las condiciones económicas de un país concreto, produce gastos desmesurados: los trabajos de Hernández de Prado, Nieto de Alba, Mansilla, Manzano y Rubio son muy ilustrativos al respecto: frente a la posición de Garrigues y de los redactores del texto legal, para quienes el control de las compañías aseguradoras debe canalizarse principalmente a través de preceptos de Derecho privado dotados de carácter imperativo, opinan los aseguradores de ello es cierto, pero que también lo es un conjunto de consecuencias, particularmente negativas para la economía nacional, derivadas de la LCS. Yo creo que el problema nuclear reside en que dichos aseguradores identifican su conveniencia con la del país entero, en cuanto que, a su juicio, sólo sus beneficios —necesariamente conseguidos a costa de los consumidores— pueden provocar paradójicamente la óptima satisfacción de los intereses de éstos. Lo cual es verdad sólo si se acepta un determinado planteamiento ideológico y un concreto modelo de hombre. Porque —digámoslo ya— pocos libros he leído más politizados que éste. Lo que sucede es que la ideología se halla implícita y semioculta en el fárrago de artículos de la LCS; pero, con frecuencia, en un sereno mar de preceptos jurídicos miles de tiburones se olvidan de ocultar sus aletas, lo que acontece en algunos de los trabajos —de signo ideológico opuesto— sintetizados en estas páginas. Y precisamente ésta es la principal misión del crítico: destapar lo oculto pero adivinable, explicitar lo implícito: todos, absolutamente todos, los autores son tiburones, el mar se halla repleto de ellos, el autor de estas líneas también lo es; y, aunque mi profesión me exige dedicar la mayor parte del tiempo a describir y analizar las olas y la espuma, no puedo olvidarme de la batalla que se libra metros abajo, batalla que incluso explica el movimiento de las aguas.

Y puesto a explicitar lo implícito en el resto de la *Nota*, ahí va esta última reflexión: existe —ha existido— un hilo conductor en mi trabajo: he pretendido captar el impacto de la LCS de 1980 en el Derecho patrimonial privado general: las siguientes líneas se dedican sólo a esbozar el tema, pues su desarrollo requeriría centenares de páginas; sí debo indicar, ante todo, que el estudio de la LCS se revela como indispensable no sólo para los mercantilistas, sino también para todos los demás estudiosos del Derecho positivo, especialmente —sea o no el seguro materia exclusivamente mercantil— para los civilistas; éstos, cuyo objeto de estudio es bifronte, Derecho de la persona en cuanto a tal y Derecho privado general o teoría del Derecho privado—, no pueden reflexionar hoy acerca de importantísimas figuras jurídico-civiles prescindiendo de la LCS: pensemos algo más detenidamente en la llamada «doctrina general del contrato»: ¿Cómo explicar hoy el sentido del principio de la autonomía de la voluntad y el problema de las normas dispositivas e imperativas (art. 1.255 del C. c.) sin atender al art. 2.º y al 79 de la LCS? ¿Cómo no mencionar en tal sentido la problemática que se suscita sobre el alcance del comienzo del art. 100 de la LCS, atinente al campo que la Ley confiere a la autonomía de la voluntad en la delimitación de riesgo? Y acerca del proceso formativo del contrato: ¿*Quid* del ya discutidísimo art. 3.º, paso adelante respecto de la tímida protección anterior al adherente, que casi sólo quedaba amparado por el art. 1.288 del C. c.? ¿Cómo prescindir, al estudiar la oferta

y la aceptación, del art. 6.^o, que parece configurar una *invitatio ad offerendum* y una oferta irrevocable? ¿Y cómo olvidar —en sede de contratos consensuales y formales— el no totalmente claro art. 5.^o? En materia de cesión de contrato son hoy de atención inexcusable los arts. 9 y 34 y ss. de la LCS. En materia de contrato a favor de tercero, baste decir que la figura del beneficiario —piénsese en el seguro de personas— viene a ser el prototipo del supuesto que, con carácter general, contempla el pár. 2.^o del art. 1.257 del C. c.: ¿Se aplica dicho precepto a la hipótesis del art. 87 de la LCS, como propone, en la pág. 991, Girón? Tampoco son ajenas a importantes preceptos de esta Ley las figuras del contrato para persona que se designará y por cuenta de quien corresponda. En materia de ineeficacia, y a título de ejemplo, repárese en que el art. 10 de la LCS contempla una «rescisión» antes supuestos similares a los que el C. c. sancionaría con anulabilidad (arts. 1.266 y ss. y 1.300 y ss.). Especialísimo interés presenta, a mi juicio, el tema de la interpretación del contrato de seguro, en concreto de sus condiciones particulares; suscito el siguiente problema: con frecuencia, la LCS expresa que se producirá tal o cual efecto «salvo pacto en contrario» o «salvo pacto expreso en contrario»: ¿En qué medida derogan o restringen estas normas los arts. 1.281 y ss. del C. c. y (eventualmente su art. 675), en sede de interpretación del contrato? ¿Son aplicables todos estos preceptos del Derecho civil, procediendo a una interpretación correctora de los de la LCS, o, por el contrario, sucede que ésta, en aras a la seguridad jurídica o con la finalidad de proteger la economía de las empresas, recorta principios jurídicos-civiles, impidiendo, por ejemplo, a veces, la relevancia de la voluntad tácitamente manifestada? (recuérdese que Corrales Elizondo parece inclinarse por este segundo criterio en pág. 623) (en similar sentido, relacionese el art. 46 de la LCS con los arts. 346 y 347 del C. c.). No se olvide, en general, que la denominada doctrina general de contrato se formó y se sigue formando por inducción; ahora bien, una vez inducidos nuevos principios —o correcciones o matizaciones a antiguos principios— de la LCS. ¿Con qué criterios debemos aplicarlos a contratos diversos del seguro? ¿Cómo actuará el artículo 4.^o, núm. 1.^o del C. c.?

Fuera de la doctrina general del contrato pero dentro del Derecho civil patrimonial, hay asimismo campos afectados considerablemente por la Ley de 1980: sin pretensiones de exhaustividad menciono en tal sentido el interés de la subrogación real de los arts. 40 y ss.; de la subrogación del asegurador en los derechos del asegurado frente a los terceros responsables del siniestro (art. 43); de la tantas veces comentada acción directa regulada en el art. 76, no siendo éste obviamente el momento de recordar la especial importancia del tema de las excepciones oponibles por el asegurador ante el perjudicado; del abandono como modo peculiar de adquisición de la propiedad de cosas aseguradas por las compañías de seguros, en los casos de seguros contra el robo y de transportes terrestres (art. 53 y 61, respectivamente), debiendo plantearse, entre otros, el problema del «mecanismo jurídico a través del cual se verifica el efecto traslativo» (Duque, pág. 827); de la relación existente entre la LCS y la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981, especialmente en lo atinente al régimen de gananciales, y, más en concreto, en materia de pasivo de la sociedad de gananciales (nuevos arts. 1.362 y ss. del C. c.); y, naturalmente, de la fuerte vinculación entre Derecho de seguros y Derecho de sucesiones, sobre todo en los seguros de personas; conviene, no obstante, relativizar dicha vinculación, pues coincido plenamente con Girón (pági-

na 989) en que, concretamente en el seguro de vida para casos de muerte, el beneficiario recibe la indemnización directamente del patrimonio del asegurador, sin pasar por el del tomador, lo que explica preceptos como los del art. 85 de la LCS, que, diversos de los característicos del Derecho sucesorio español en materia hermenéutica, por ejemplo, podrían plantear a un observador superficial la duda de si implican derogaciones parciales a nuestros principios jurídicos sucesorios: entiendo que no, sencillamente porque el artículo 85 ó el 86 de la LCS no son preceptos jurídico-sucesorios, debiendo, además, aclararse que la designación del beneficiario hecha en testamento (posibilidad contemplada en el párrafo 2º del art. 84 de la LCS) constituirá un supuesto de contenido atípico de éste («cláusula *inter vivos* bajo vestidura testamentaria», la denomina Girón en pág. 989).

Todos estos temas y algunos más han salido a colación a lo largo de toda esta *Nota*, rebosante de Derecho civil o, más exactamente, de Derecho privado patrimonial. Los menciono ahora unitariamente en aras a la claridad.

Para terminar, un deseo: que los tiburones aludidos en la alegoría precedentemente utilizada —son tiburones y no corderos, como se infiere del pensamiento del venerable Ihering— se sirvan en el futuro de empresas colectivas como la estudiada en estas páginas para expresar, explicar y disminuir sus divergencias; sólo así podrán conseguir que nuestro país se parezca más a un Océano pacífico que a un Océano atlántico.

ADDENDA.—Elaborada y redactada totalmente esta *Nota crítica*, aparece publicada en el «B. O. E.» de fecha 4 de agosto de 1984, la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado, que constituye, junto a la comentada en la obra colectiva objeto de las precedentes líneas, uno de los pilares de la regulación jurídica fundamental del seguro. Aun siendo esta Ley de 1984, por su naturaleza preferentemente jurídico-pública, materia ajena a este comentario, no me resisto a indicar, por su especial interés en relación con lo expuesto en las precedentes páginas, que, según su Exposición de Motivos, «...la presente Ley orienta sus principios en una doble vertiente: Ordenación del mercado de seguros en general, y control de las empresas aseguradoras en concreto», mencionándose seguidamente, entre los objetivos atinentes al primer punto, el de «... Normalizar el mercado, dando a todas las entidades aseguradoras la posibilidad de participar en el mismo régimen de absoluta concurrencia...», así como el de «... Fomentar la concentración de empresas»; y, entre los relativos al segundo, la tutela de asegurados y beneficiarios en cuanto consumidores y la competitividad del mercado. Destaco, de entre el denso articulado de la Ley y con relación a los aspectos más detenidamente abordados en la presente *Nota*, el art. 6º, que versa sobre la autorización administrativa (dentro del capítulo dedicado a la regulación de las condiciones de acceso a la actividad aseguradora), y, sobre todo, el art. 23, que trata de los estatutos, pólizas y tarifas: su núm. 2º establece: «El contenido de las pólizas deberá ajustarse a la Ley del Contrato de Seguro y a la presente». El pár. 1º del núm. 3º determina: «Las tarifas de primas responderán al régimen de libertad de competencia en el mercado de seguros y respetarán los principios de equidad y suficiencia fundados en las reglas de la técnica aseguradora». Y el pár. 1º del núm. 4º ordena, por su parte: «Los modelos de pólizas, bases técnicas y tarifas de primas no precisarán aprobación administrativa previa, pero deberán estar a disposición del Ministerio de Economía y Hacienda antes de su utili-

zación en la forma y con la antelación que reglamentariamente se establezca». Preceptos indudablemente liberalizadores, muy en la línea de algunos de los textos que acabamos de comentar. Consignemos también que la Disposición derogatoria declara derogada, entre otras, la Ley de 16 de diciembre de 1954, pero declara aún vigente —en tanto no se dicte el Reglamento de la presente Ley de 1984— el Reglamento de 2 de febrero de 1912 y demás disposiciones que desarrollan o complementan la citada Ley de 1954.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

«Arrendamientos urbanos y legislación complementaria», edición y prólogo de Carlos Lasarte Alvarez en colaboración con Antonio Moreno Andrade, en Biblioteca de Textos Legales, editorial Tecnos, Madrid, 1984.

La presente edición contiene las disposiciones legales sobre arrendamientos urbanos, propiedad horizontal y legislación complementaria. Aparece concretamente en ella el Decreto de 24 de diciembre de 1964, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la Ley de 21 de julio de 1960, sobre propiedad horizontal, y las disposiciones legales relativas a las Cámaras de la Propiedad Urbana, Comunidades autónomas, fianza arrendaticia, renta, seguridad ciudadana y otras disposiciones. Además aparece el Informe de la Comisión especial de la reforma de la legislación de arrendamientos urbanos, que comprende las ideas básicas de la que se espera próxima renovación legislativa.

Un índice analítico facilita el manejo de esta obra, que va precedida de un interesante prólogo del profesor Lasarte Alvarez, en el que expone una serie de ideas y reflexiones personales en torno a esta materia.

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ

CASAL BRAVO, Manuel M.: «Los Decretos-Leyes en Derecho financiero». Madrid, 1984. Departamento de Derecho financiero y tributario de la Universidad Autónoma de Madrid. Un volumen de 95 páginas.

La renovada actividad legislativa actual, que imprime el cambio constitucional, conduce al uso de una de sus modalidades concretas como es el Decreto-Ley. Un estudio muy completo de su empleo en el ámbito financiero es el llevado a cabo por el ilustre profesor Casal Bravo.

En esta obra se abordan dos aspectos fundamentales para lograr el grado de su comprensión y alcance de los aspectos teórico y práctico: el primero que se refiere a los Decretos-Leyes en la historia de las fuentes del Derecho, tanto en su ámbito constitucional europeo como español, concretamente el vigente de nuestra Constitución española de 1978 y, el segundo, que trata los Decretos-Leyes en materia financiera.

Dentro de esta segunda parte se destacan las posiciones científicas de los profesores Sáinz de Bujanda, Pérez Royo, Salas, Cazorla, Queralt, Palao Taboada y Sainz Moreno, así como la doctrina de las Sentencias del Tribunal

Constitucional más recientes, especialmente las de 31 de mayo de 1982, de 4 de febrero y 2 de diciembre de 1983.

De gran importancia es el tratamiento y el alcance de la aplicación de los Decretos-Leyes a la materia presupuestaria, por su carácter polémico, así como el tratamiento de los derechos fundamentales y el principio de reserva de Ley.

Al estudio se le añaden apéndices sobre las Sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional, en cuanto a cuestiones de inconstitucionalidad, así como un elenco onomástico y una reseña bibliográfica muy completa y actual.

José BONET CORREA

«Estudios sobre consumo», publicación del Instituto Nacional del Consumo, número 1, abril 1984.

«Estudios sobre Consumo» es una Revista cuatrimestral publicada por el Instituto Nacional del Consumo, cuya finalidad básica es servir de cauce de difusión de los resultados alcanzados en la investigación científica sobre temas de consumo, tanto en el plano doctrinal como en el empírico. Por su objetivo específico, se configura como una revista pluridisciplinar en la que tienen cabida los trabajos de la Ciencia Política, Derecho, Economía, Historia, Psicología y Sociología.

A través de sus secciones documentales y de libros, «Estudios sobre Consumo» informa sobre la legislación, jurisprudencia, datos estadísticos, resultados de encuestas, reseñas de jornadas y congresos, resoluciones de organismos internacionales, bibliografía y otros aspectos de interés para las instituciones y personas implicadas en la defensa de los consumidores, las empresas productoras o distribuidoras de bienes de consumo, los estudiosos y los centros de investigación.

En este número primero aparecen los estudios siguientes: «Avatares de la Sociedad de Consumo española», por José Castillo Castillo; «Indicadores de bienestar y sentimientos del consumidor español», por Francisco Alvira Martín; «Los presupuestos familiares», por Juan D. Gimeno Ullastres; «La protección de los consumidores en el Derecho español», por Alberto Bercoviz Rodríguez Cano; «Concentración y transnacionalización de las industrias productoras de bienes de consumo», por Mikel Buesa y José Molero; «Modificaciones recientes de las estructuras de distribución y consumo en el sector alimenticio», por José Miguel Múgica; «Análisis de las fuentes de información estadística sobre el consumo en España», por Alfonso Rebollo Arévalo.

Las secciones documentales recogen diversos textos de carácter jurídico, como el Proyecto de Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, la Ley de 18 de noviembre de 1981 del Estatuto del consumidor de la Comunidad autónoma vasca, la Ley de 9 de febrero de 1983 de Regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales de la Comunidad autónoma catalana, el Proyecto de directrices para la protección del consumidor del Consejo Económico y Social de las Naciones

Unidas, y la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 1982. Además aparecen los resultados de la encuesta que realizó Eroski en 1982 sobre los consumidores vascos, y los datos básicos que, sobre las organizaciones de consumidores españolas, se contienen en los registros del Instituto Nacional del Consumo. Cierra el número una extensa relación bibliográfica con la que se inicia la sección de Libros que, en el futuro, ofrecerá, según se nos dice, a los lectores comentarios críticos sobre las publicaciones que en lo sucesivo vayan apareciendo.

Estamos, en definitiva, ante una interesante Revista sobre un tema de gran actualidad en todos los países, que es el del consumo, que se aborda desde una perspectiva interdisciplinaria, con atención a los aspectos jurídicos del mismo.

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ

GARCIA BARRIUSO, Patrocinio: «Matrimonio y divorcio hoy en España». Madrid, 1984. La Editorial Católica, S. A. Un volumen de XVIII más 348 páginas.

La «Biblioteca de Autores Cristianos» nos presenta la interesante obra de la Fiscal y Defensor del Vínculo en el Tribunal del Arzobispado de Madrid-Alcalá, Doctora en Derecho civil y canónico, Patrocinio García Barriuso, en donde se analiza críticamente la nueva legislación española sobre el matrimonio y el divorcio en contraste con la posición católica, ahora recientemente perfilada por el nuevo Código de Derecho canónico.

Se comienza este volumen con una selección bibliográfica muy actual sobre la materia, para pasar a darnos el propósito de esta obra, resumido de una manera muy concisa y claramente según la enseñanza del magisterio eclesiástico frente a una visión laica del matrimonio.

La obra sistematizada en veintiún capítulos, consta de dos partes netamente diferenciadas: una primera doctrinal, que contiene una densa síntesis dogmática en torno a la esencia del matrimonio como institución natural y divino-positiva y, otra segunda, que se dedica a exponer el contenido del novísimo ordenamiento matrimonial civil establecido entre nosotros los españoles, donde se realiza una valoración crítica que señala las diferencias coexistentes entre esta nueva legislación civil y el Derecho matrimonial católico.

La obra se complementa con una tercera parte dedicada a transcribir los textos básicos referentes al ámbito matrimonial, como son la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, la nueva Ley sobre nacionalidad española, el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, la Ley que modifica la regulación del matrimonio y el procedimiento en las causas de nulidad, separación y divorcio, además de un formulario para la certificación eclesiástica del matrimonio y la nueva Ley canónica del matrimonio.

Un índice onomástico y otro analítico cierran esta importante obra, que

implica un recordatorio y guía del dogma católico en el matrimonio y es sumamente instructiva para la práctica de la realización de la institución matrimonial, sus cuestiones y problemas con el ámbito civil.

José BONET CORREA

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís:
«Elementos de Derecho civil. IV. Derecho de familia conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981». Barcelona, 1982. Librería Bosch.
Un volumen de 778 más 66 páginas.

Con esta gran obra, la literatura jurídica española cuenta con uno de los mejores tratados actuales sobre las cuestiones que se plantean en el ámbito de la institución familiar.

Estos dos ilustres profesores universitarios y letrados culminan su tarea investigadora ante la reciente reforma legislativa de los aspectos fundamentales del Derecho de familia concretamente en su parte referida al matrimonio, su celebración y su invalidez (nulidad, separación y divorcio), su economía (los diversos regímenes matrimoniales, tanto de Derecho común como de Derecho foral), la filiación (matrimonial, no matrimonial y adoptiva), para concluir sobre la patria potestad y la tutela.

En cuanto a esta última, por estar todavía pendiente la reforma, al publicar la obra, se reproducen los capítulos de su edición anterior, si bien se añade el texto del proyecto del Congreso de los Diputados que comprende los artículos 199 a 306 del Código civil.

En esta importante obra hay que destacar la altura de criterios que se desarrollan sobre la institución familiar, la sólida base en que basan su profunda investigación filosófica, histórica, sociológica y político-económica, así como la prudente interpretación jurídica de los textos legales vigentes.

José BONET CORREA

MONTOYA MELGAR, Alfredo y GALIANO MORENO, Jesús M.: «Estatuto de los Trabajadores (reformado). Normas de desarrollo y jurisprudencia», Editorial Tecnos, Madrid, 1984, 347 páginas.

Se ocupa la presente obra de presentar ordenadamente el conjunto de las normas que constituyen el núcleo fundamental del Derecho del Trabajo: la Ley del Estatuto de los Trabajadores y la serie de disposiciones legales promulgadas en su aplicación y desarrollo.

Novedad importante de esta obra es la inclusión del texto reformado del Estatuto de los Trabajadores, consecuencia de las leyes promovidas recientemente: la Ley de 29 de junio de 1983, sobre fijación de la jornada máxima legal en cuarenta horas y de las vacaciones anuales mínimas en treinta días y, muy especialmente, la reciente Ley de 2 de agosto de 1984, de modificación de determinados artículos de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Es también reseñable el haberse incluido la primera jurisprudencia recaída en aplicación del Estatuto de los Trabajadores, que aparece a continuación de cada uno de los artículos del mismo. Como dicen los autores, la jurisprudencia se consigna con propósito no exhaustivo, sino ejemplificador.

En suma, como se dice en el prólogo, obedece esta recopilación a un criterio selectivo, tanto en orden a las normas como a la doctrina jurisprudencial incluidas; criterio al que no es ajena la primordial finalidad didáctica de la obra, concebida como elemento auxiliar de la enseñanza de un curso universitario de Derecho del Trabajo. Las disposiciones recogidas son objeto de anotaciones y remisiones para su mejor comprensión y aplicación. Desde el punto de vista formal, se ha elegido una generosa composición tipográfica —infrecuente en obras de esta naturaleza— que sin duda hará más cómodos al lector la consulta y estudio de normas y sentencias. Las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en materia de trabajo y seguridad social componen ya un voluminoso cuerpo de doctrina, que han sido recopiladas íntegramente por los autores de esta obra en colaboración con J. G. Abeillán y A. V. Sempere en el libro «Las sentencias laborales del Tribunal Constitucional», Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ

ROCA SASTRE, Ramón, M.º: «Estudios de Derecho Civil Especial de Cataluña». Ed. Bosch. Barcelona, 1983, 698 págs.

Bajo el título que aparece reseñado, la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Cataluña, y los Ilustres Colegios de Abogados y de Notarios, han patrocinado la publicación de estos comentarios a la Compilación catalana, que el notable jurisconsulto D. Ramón M.º Roca Sastre dejó inéditos a su fallecimiento.

Los citados comentarios comprenden la Parte General y el Derecho de Familia, excluidos los heredamientos, es decir, los artículos 1 a 51 de la Compilación, excepto lo relativo a las donaciones entre cónyuges que el autor pensaba tratar separadamente al estudiar las donaciones en general. De los artículos 63 a 216 no existía texto elaborado sino solamente algunas notas o fichas. Por último, había redacción íntegra sobre los legados (arts. 217 a 234), lo que inclinó a los patrocinadores de la publicación a incluirlos en la obra a modo de complemento.

En el Prólogo de los Estudios se advierte que aunque en un principio se pensó adaptar el texto a las recientes reformas habidas en el Código civil, finalmente prevaleció la idea de respetar totalmente el texto original para no desvirtuar los puntos de vista del autor.

El gran hipotecarista Roca Sastre se nos muestra en este libro como un profundo conocedor del Derecho catalán. Tratar de resumir las aportaciones más destacadas que en el volumen se nos brindan, no es tarea fácil por la amplitud de perspectiva y la profundidad con que el autor se aproxima a todos y cada uno de los múltiples temas abordados. Nos limitaremos, pues,

a una mera enumeración de las materias tratadas para que el lector obtenga siquiera una visión aproximativa de la inmensa riqueza temática que en el volumen se contiene.

Comienza el libro con una interesante Introducción en la que la Compilación catalana aparece calificada por el autor desde una doble, pero complementaria perspectiva: como expresión codificada no novatoria «per iuris continuatio» del Derecho civil catalán, y como expresión codificada de la parte vital de ese mismo Derecho.

En el primer sentido, justifica en principio el por qué la Compilación constituye un auténtico Código civil catalán, situándola en el contexto codificador («España, como país latino, alcanzó tardíamente la efectividad de la codificación de su mal llamado Derecho civil común») y comparándola concretamente con el Código civil francés, calificado por el autor como «altamente novatorio». Frente a él, la Compilación catalana, que aparece bajo el signo de una verdadera «iuris continuatio», se caracteriza por la ausencia de una tónica verdaderamente novatoria, por el conservadurismo en su normatividad y su neto respeto con el Derecho civil especial de Cataluña vigente al promulgarse la Compilación. También frente al Código civil español difiere notablemente la citada Compilación, ya que aquél, a juicio del autor, se resintió excesivamente de la tónica novatoria del Código francés. Lamenta que el Derecho de Partidas no se recogiera en el Código civil, ya que constituía el elemento que proporcionaba unidad básica entre las distintas regiones españolas romanizadas. En base a esta idea, justifica el hecho de que los juristas catalanes se opusieran a la unidad jurídico civil de la España de la codificación («todo por querer imitar otros a un Código de signo decadente, cual era el Código civil Napoleón») defendiendo el Derecho civil vigente, sobre todo en materias como el Derecho sucesorio y el económico-familiar. Termina este capítulo insistiendo en el carácter netamente tradicionalista de la Compilación, que, lejos de toda elucubración racionalista, siguió el criterio de la Escuela Histórica del Derecho de tomar en preferente consideración las exigencias del pueblo, lo que era la «communis opinio» de la mayoría de los juristas catalanes de todas las épocas.

En el segundo aspecto, a la idea anteriormente resaltada de «iuris continuatio», añade el autor que esa continuidad se produce en cuanto a la «parte vital» del Derecho civil catalán, esto es, a la que en mayor grado le tipifica. En esta línea realiza un análisis histórico de las diversas fuentes y carácter de aquel Derecho, para acabar afirmando que la Compilación, que solamente codificó una parte del numeroso y rico acervo normativo que integraba su Derecho civil autóctono, recogió precisamente lo primordial en materia de «Derecho de Familia Patrimonial» y de «Derecho Sucesorio». Sin embargo, redujo lo relativo a Derecho de la Persona, de Familia en el aspecto personal, de Cosas y de Obligaciones y Contratos, manteniendo sólo lo indispensable, no sólo para simplificar el conocimiento del Derecho vigente, sino, sobre todo en relación con Obligaciones y Contratos, en atención a su carácter universalista, facilitándose así la posibilidad de su unificación.

Pasa a continuación Roca Sastre al estudio del Título Preliminar de la Compilación y, concretamente, al tema de la aplicación del Derecho civil catalán. Destaca en esta parte de la obra el capítulo dedicado al tema de

la interpretación (interpretación e integración) de la Compilación en base a la tradición jurídica catalana.

La filiación inicia ya los concretos comentarios referidos al Derecho de Familia (Libro Primero, Título Primero de la Compilación). Temas centrales en esta parte del estudio lo constituyen la investigación de la paternidad o de la maternidad ilegítima, así como la impugnación de la filiación ilegítima (arts. 4 y 5 de la Compilación). Respecto del primero de los temas, destaca el profundo estudio de los precedentes históricos, referidos, no sólo a la Compilación, sino también al Código civil y al Derecho comparado, así como las documentadas citas doctrinales y las numerosas sentencias tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Territoriales (en especial la de Barcelona, por lo que el artículo 4.^º de la Compilación catalana se refiere). Todo este material adquiere un especial valor para el jurista tras la reciente reforma del Código civil en la materia. Se aborda también en esta sede lo relativo al fundamento de la admisión de la investigación judicial de la paternidad ilegítima, la naturaleza jurídica de la acción, elementos, procedimientos, efectos y duración de la acción.

A continuación se ocupa el autor del Título II, esto es, de la adopción o, más exactamente, de la modalización que en esta materia introduce el artículo 6.^º de la Compilación respecto del Código civil.

Llegamos así a lo que indudablemente constituye el núcleo de la obra, no sólo por su extensión (págs. 90 a 583), sino por la minuciosidad de su tratamiento. Nos referimos al Título III de la Compilación, y con él, al régimen económico conyugal. Tras analizar sus líneas generales, pasa a centrarse en lo que califica el autor de auténtica «carta constitucional de una familia», esto es, las capitulaciones matrimoniales. Vuelve aquí el autor a hacer gala de sus profundos conocimientos históricos y su dominio de la bibliografía y doctrina jurisprudencial.

A partir de este momento, recorre el autor todas y cada una de las peculiares instituciones catalanas en el ámbito económico-familiar, mostrándose, como decíamos al principio, como uno de los grandes especialistas de Derecho catalán... Donaciones, dote, la «tenuta», el «escreix», el «aixovar», el «cabalatge», el «tantundem»... hallan profundo y adecuado tratamiento en la obra. También, el sistema de separación de bienes, la asociación a compras y mejoras, el agermanamiento, el régimen de gananciales paccionado o los bienes parafernales.

Pero aún el lector puede seguir adentrándose, de la mano de Rosa Sastre, en el estudio del Derecho catalán. La parte final de la obra (algo más de 100 páginas) se dedica al tema de los legados y allí se aborda el prelegado, el legado de parte alícuota, el de usufructo universal, la traslación, la adquisición y la reducción de los legados, para terminar con la cuarta falcidía. Esta enumeración de las materias jurídicas contenidas en los «Estudios», puede dar idea de su inmensa riqueza temática y, por consiguiente, de su interés y utilidad para el estudioso del Derecho. Y ello no sólo desde la perspectiva de aquellos que más habitualmente han de manejar y aplicar la Compilación catalana. La erudición, el bagaje histórico y la amplitud de visión de la obra hace que su interés trascienda indudablemente aquella perspectiva, constituyendo un ineludible punto de referencia para todo jurista que quiera pro-

fundizar en el estudio de cualquiera de los numerosos temas en él abordados, y en especial del régimen económico-matrimonial y sucesorio.

No podemos terminar esta reseña sin resaltar el hecho de que, junto a las muy destacadas cualidades intrínsecas, se añade lo cuidado de la edición, su esmerada confección tipográfica y una excelente presentación en la que indudablemente se deja sentir la colaboración, que consta en el Prólogo de la obra, del editor barcelonés Bosch.

Sólo nos resta, pues, expresar nuestra sincera satisfacción por la aparición de estos «Estudios» y agradecer a sus patrocinadores esta feliz iniciativa.

C. G.

ROCA SASTRE, Ramón M.: «Dictámenes jurídicos», revisados y clasificados por Ramón Faus Esteve. Barcelona, 1984. Bosch, Casa Editorial, S. A. Dos volúmenes de 1351 páginas.

La ciencia jurídica española y, en particular, una serie de generaciones de estudiosos del ámbito hipotecario, deben mucho a la maestría de este insigne jurisconsulto que fue Roca Sastre. El haber llevado a cabo una tarea de revisión, clasificación por materias de los dictámenes, notas o consultas, así como de encabezarlos con un breve resumen, es una encomiable misión cumplida por el muy ilustre jurista Faus Esteve.

Los dos amplios volúmenes que recogen esta labor son una aportación de gran interés en el ámbito jurídico especial que comprende los años 1940 a 1975. La temática que abarca esta obra se distribuye en nueve apartados, que comprenden ciento veintiún dictámenes.

El primer apartado comprende dos dictámenes sobre la vecindad civil, y el segundo otros cuatro sobre la adopción y heredamientos; el tercero contiene cinco dictámenes sobre servidumbres y propiedad horizontal, y en el cuarto se recogen diez sobre el Derecho de obligaciones.

El bloque más significativo es el que se refiere al Derecho de sucesiones, compuesto por el apartado quinto, que alcanza sesenta y ocho dictámenes.

También son de importancia los dieciséis dictámenes sobre aspectos del Derecho hipotecario, como los diez sobre Derecho mercantil, mientras que tres son dedicados a la materia expropiatoria y uno a la zona marítimo-terrestre del ámbito del Derecho administrativo, para concluir con dos sobre el Derecho del Principado de Andorra.

A esta interesante obra se le añade un índice onomástico, constatando así, su importancia doctrinal en los aspectos históricos e interpretativos de una legislación que si en parte ya no está vigente, contiene elementos clásicos de imprescindible conocimiento.

José BONET CORREA

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: «Panorama del Derecho de Sucesiones. II. Perspectiva dinámica». Madrid, 1984. Editorial Civitas, S. A. Un volumen de 1028 páginas.

Nuestro gran civilista y jurisconsulto eximio, Vallet de Goytisolo, nos obsequia ahora y completa con su segundo volumen la perspectiva dinámica del fenómeno sucesorio. Después de analizar profundamente su estructura en el tomo primero, en éste, lleva a cabo su funcionamiento, esto es, el mostrar su realidad viva, la serie de momentos en que está compuesto, sus etapas sucesivas.

Esta gran obra se sintetiza en diez secciones que, cronológicamente, van desde la designación o nombramiento sucesorio hasta la partición de la herencia.

La sección primera, pues, estudia, analiza y expone sobre los requisitos formales de los títulos sucesorios, la designación de heredero o liquidador, las sustituciones y la imposición en el testamento al instituto heredero de condiciones, modalidades, limitaciones y gravámenes.

La sección segunda versa sobre la apertura de la sucesión. Trata la muerte del causante, la herencia yacente, la determinación de las últimas voluntades y la determinación subsidiaria abintestato de los sucesores.

La sección tercera comprende la vocación y delación hereditarias y «dies cedens» en los legados donde se desarrollan los conceptos de vocación, delación y «diens cedens», los supuestos en que la individualización de la designación no se realiza como vocación, las relaciones inmediatas y las delaciones diferidas, la representación sucesoria, la sustitución vulgar y el acrecentamiento en las delaciones inmediata y diferida, la vocación y delación subsidiarias, reproducidas o sucesivas, los efectos de la delación, el «ius transmissionis» del «ius adeundi» y los efectos del «dies cedens» en legados, fideicomisos y constituciones fideicomisarias.

La sección cuarta abarca la aceptación y adquisición de la herencia y el «dies veniens» en los legados precisándose la aceptación y repudiación de la herencia, la adquisición de la posesión por el heredero y la adquisición de la posesión de los bienes legados.

La sección quinta aborda los efectos de la sucesión hereditaria: la responsabilidad por deudas, cargas, legados y demás gravámenes. Profundiza sobre el patrimonio del heredero y los derechos y las obligaciones hereditarias, la responsabilidad del heredero por legados y cargas impuestas por el causante, por la ley y resultantes del fenómeno sucesorio, el derecho de deliberar y el beneficio de inventario, la responsabilidad de los legatarios y de los legitimarios no llamados como herederos, la posición de los acreedores de la herencia y del heredero: el «beneficium separationis creditorum».

Con la sección sexta, Vallet aborda magistralmente los efectos de la sucesión: entrega de legados, fideicomisos, sus acciones y garantías, las acciones en defensa de los derechos de los legitimarios.

La sección octava examina con acierto y precisión la comunidad hereditaria, su naturaleza, la función de los albaceas durante la comunidad hereditaria, la regulación de dicha comunidad y la acción de división de herencia.

Con la sección novena se describen las operaciones previas y conexas a la participación, como son la liquidación de la sociedad conyugal, predetracciones, la colación, así como la computación e imputación.

Por último, la sección décima llega a la partición de la herencia, su perspectiva general, las operaciones que la integran, la partición efectuada por el testador, la realizada por el contador-partidor testamentario, la efectuada por los herederos, las particiones arbitrales y judiciales, los efectos de la partición y la impugnación de las particiones.

Unos completísimos índices de los textos del Código civil y las Compilaciones forales, alfabético de materias citadas, así como el general, cierran esta brillante, sólida y profunda obra, contribución maestra a la bibliografía española en la materia.

José BONET CORREA

REVISTA DE REVISTAS

I. REVISTAS ESPAÑOLAS

A cargo de José Ramón ANTON RIESCO

MARTIN BLANCO, José: «Derecho de propiedad y compensación urbanística». R. D. P., abril 1982, pág. 307.

Como dice el autor, el presente estudio forma parte y es el primer capítulo de un libro que con el título «La compensación urbanística: principios y sistema», será publicado en breve.

Este principio de compensación se sitúa entre los principios que informan la regulación urbanística dentro de los que dominan la normativa y el régimen jurídico del suelo de esta legislación.

El trabajo consta de tres grandes apartados relativos, respectivamente, a la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1976, ¿qué es lo que debe entenderse por el principio de compensación urbanística y cómo se aplica este principio y su instrumentación legal.

En el primer epígrafe se enumeran temas como el principio del planteamiento urbanístico como función pública de los órganos de esta materia, el principio de la consideración política del suelo, la objetivación de las plusvalías urbanísticas para la comunidad y su aplicación a la financiación de las obras de urbanización y el principio de la función social de la propiedad urbana.

Pero no sólo se tienen en cuenta estos principios, sino también otros, como la consideración jurídica del urbanismo y el principio de la justa distribución de las cargas y beneficios derivados de la ordenación urbana: en especial la compensación urbanística.

La segunda parte contiene el examen de la pretendida vigencia de estos principios en la Ley del Suelo de 1976, con un leve inciso en cuanto a la reforma de 1975, que le sirve de base

Las normas de la Constitución, en especial el artículo 33 de nuestra primera ley son examinadas, no sin antes haber enunciado algunas normas que son, en cuanto al tema, fundamentales, debido a su evolución histórica, tales como Fuenro de los Españoles y Fuenro del Trabajo.

Estas consideraciones sobre la propiedad se acentúan si se contemplan los cauces de protección señalados en la propia Constitución, v. gr., artículos 53, 161 y 162.

Todo ello sirve de base para que el autor configure antes de entrar en el tema final lo que se debe entender por el modelo actual del derecho de propiedad en España.

El último apartado, como hemos dicho anteriormente tiene por objeto el examen del principio de compensación. Así se estudian y enumeran los siguientes temas: principio de rango legal superior, norma de igualdad de

trato en la distribución de los beneficios y cargas entre los propietarios afectados para lograr la justa distribución de aquéllos y la instrumentación legal de esta materia en consecuencia con dicho principio.

Aquí se investigan temas como el aprovechamiento medio, la repartición, la compensación en dinero y el sistema de compensación.

CORRAL SALVADOR, Carlos y DE LA HERA, Alberto: «Bienes culturales e intereses religiosos». R. D. P., mayo 1982, págs. 419 y ss.

Los tiempos recientes están asistiendo al fenómeno de un creciente desarrollo del interés por cuanto se refiere al patrimonio cultural. Una parte importante de este patrimonio es propiedad de la Iglesia, razón por la cual el tema se está convirtiendo también en punto clave de las relaciones Iglesia-Estado y del Derecho Eclesiástico.

La evolución histórica de la materia se examina a la luz de las desamortizaciones, con las quemas de conventos e iglesias hasta la ley de defensa del patrimonio artístico, pasando por toda la época comprendida entre la destrucción propiamente dicha y la reconstrucción del patrimonio artístico español, si bien se hace especial mención de la propuesta del PSOE, al señalar en una segunda fase la socialización del patrimonio histórico-artístico de la Iglesia, tanto en bienes muebles como inmuebles. Texto que según los autores no tiene desperdicio y dista mucho de ser hipótesis abstracta.

Cosa distinta es el sistema de la Constitución de 1978, que en el artículo 46 trata de proteger incluso con sanción penal los atentados que se produzcan contra el patrimonio histórico-artístico, precepto que según el decir de los autores tiene como precedente histórico el artículo 45 de la Constitución de la República.

Otra parte de este estudio se refiere al examen y análisis del texto del Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1981, que tiene por objeto el desarrollo del artículo 46 de la Constitución y como finalidad la protección en orden a la conservación de la defensa del patrimonio sin distinción de quienes sean sus titulares. Consta el esquema del proyecto de 72 artículos, 2 disposiciones transitorias, 4 adicionales, 1 derogatoria y 1 disposición final.

El problema del régimen jurídico de los bienes histórico-artísticos de la Iglesia se estudia seguidamente, señalando cuál ha de ser el régimen aplicable, así como lo que se debe entender por bienes de la Iglesia y si se debe entender comprendido en este proyecto la materia relativa a los bienes de la Iglesia.

Más adelante se hace un detallado y minucioso examen del tema a través de los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español a raíz de enero de 1979.

Afirman los autores que la doctrina ha mostrado su decepción ante el texto de estos Acuerdos.

Sólo hay un dato digno de elogio (la propuesta de seguir negociando) y para ello se produce posteriormente el documento de la Comisión Mixta sobre el patrimonio histórico-artístico de octubre de 1980.

El documento a juicio de estos autores significa un avance sobre el texto anterior aunque todavía adolece de múltiples defectos.

HIRSCHBERG, E.: «Los cimientos teóricos del principio nominalista». R.D.P., mayo 1982, pág. 447.

La inflación y el decremento del valor del dinero ha asolado a la humanidad desde que se creó el dinero. Pero a partir de la segunda guerra mundial los cambios en el valor del dinero constituyen un incidente necesario del dinamismo social político y económico.

Pero a pesar de todo no se ha prestado al estudio de este tema la suficiente atención, así como a sus justificaciones teóricas y prácticas, sus efectos sobre la preservación del verdadero valor de las obligaciones legales y los ahorros en lo que concierne a la solución de problemas contemporáneos.

El problema en pocas palabras, según el autor, es si las partes cumplen sus compromisos sobre la base del valor nominal del dinero porque en su opinión es ésta la mejor solución posible o porque la solución nominalista les ha sido impuesta por la ley existente. Desde el punto de vista práctico el régimen continuado del principio nominalista puede justificarse mediante consideraciones de equilibrio de las conveniencias desde el punto de vista teórico, la suposición de que esta solución refleja las intenciones de las partes no se justifica.

Sólo en circunstancias especiales surgen al primer plano las intenciones de las partes, porque en circunstancias normales, cuando el dinero es relativamente estable, las partes se muestran indiferentes a los detalles legales.

Incluso bajo la época del standard nominativo, la literatura legal y económica ha llegado a la conclusión de que en el concepto legal del dinero se incluyen dos conceptos legales diferentes: el concepto de unidad de contabilidad ideal y un medio concreto de pago como son billetes de banco y monedas a las que se incorpora la unidad ideal.

El valor del dinero radica en el hecho de que su suministro es limitado y que el acto de emitir dinero por parte de un Banco Central le confiere a la moneda su valor.

Pero el valor del dinero cambia de acuerdo con las normas de la oferta y la demanda, del mismo modo que el valor de otros bienes y servicios. Por lo tanto, una unidad de moneda no tiene un valor independiente absoluto.

La última parte de esta investigación se dedica a estudiar los cambios en el valor de la moneda como caso de fuerza mayor con respecto a las partes contractuales privadas, antes de sentar las conclusiones personales oportunas entre las que destaca por su importancia la de que el dinero debería ser estable y que la teoría nominalista del dinero no tiene unos cimientos demasiado fuertes, así que estos cimientos deberían revisarse.

OSSORIO SERRANO, Juan Miguel: «La usucapión liberatoria». R. D. P., abril 1982, págs. 339 y ss.

Tema importante que a juicio del autor, no se ha estudiado suficientemente en España, al revés de algunos otros países, como Italia, ya que

únicamente es el artículo 36 de la Ley Hipotecaria el que regula de una forma directa esta materia en nuestro derecho.

Se realiza una delimitación de la institución en el derecho histórico y en los ordenamientos positivos. Nace como consecuencia de las distinciones existentes en el derecho romano entre los predios rústicos y urbanos. No uso para la servidumbre rural y «usucapio libertatis» para los predios urbanos.

Las Partidas parecen seguir la misma línea, el Código civil mantiene silencio sobre el tema, pero la Ley Hipotecaria, en el artículo 36, reglamenta la «usucapio libertatis» determinando en qué medida afectará la usucapión ganada por una persona a los titulares de los derechos reales que gravan el inmueble usucapido.

Algunos códigos extranjeros como el BGB en su parágrafo 945 y el Código civil portugués en los artículos 1.569 y 1.574 hacen referencia a la «usucapio libertatis» entre las causas de extinción de las servidumbres.

La naturaleza jurídica de esta figura es a juicio del autor una auténtica y verdadera prescripción adquisitiva, pues como señala Díez-Picazo adquisición y extinción son siempre fenómenos indisolublemente unidos, o mejor dos vertientes de un mismo fenómeno.

A la vez la usucapión debe considerarse como uno de los modos originales de adquirir la propiedad, lo que por otro lado refuerza la idea de la usucapión liberatoria.

Se manifiesta en una doble versión, ordinaria y extraordinaria, aquélla con la concurrencia de buena fe y el justo título unidos al transcurso del tiempo y ésta con el solo transcurso del tiempo y sin distinción entre presentes y ausentes. Lógicamente, en todo caso es imprescindible la posesión, y además que sea en concepto de dueño pública, pacífica y no interrumpida.

La concurrencia o no de la buena fe y justo título, junto a la necesaria posesión, determinan si se produce una usucapión liberatoria ordinaria o extraordinaria.

El ámbito de aplicación de la institución se cuestiona en el apartado siguiente, con el que concluye el presente estudio.

ALBALADEJO, Manuel: «Destino de las acciones nuevas suscritas con las viejas fideicomitidas». R. D. P., junio 1982, págs. 531 y ss.

El problema se plantea cuando las sociedades a las que pertenecen las acciones amplían sus capitales mediante la emisión de nuevas acciones a las que tengan derecho de suscripción preferentemente los titulares de las antiguas, resultando a veces que durante el tiempo en que la herencia fideicomitida haya sido del fiduciario, habrán hecho adquirir a éste las acciones procedentes de las ampliaciones si es que las suscribió.

El supuesto que estudia el autor es el siguiente: las acciones nuevas se ofrecen a los suscriptores por su valor nominal, y el heredero fiduciario use de su derecho para suscribir las que pueda los derechos que le proporcionen las viejas que posee y que el precio de las nuevas lo abone de su bolsillo y no de dinero fideicomitido.

La pregunta que es objeto del tema es la siguiente: ¿las acciones nuevas suscritas con su dinero, empleando los derechos de suscripción procedentes de las viejas, las adquirió el fiduciario para sí, es decir, para su patrimonio personal?, o por el contrario ¿pasarán a formar parte del fideicomiso, de modo que corresponderán en su día al fideicomisario con los demás bienes fideicomitidos y deberán ser entregados con éstos? Ante esta pregunta existen dos respuestas: las de que las acciones nuevas son definitivamente del fiduciario suscriptor, la segunda, que han quedado integradas en el fideicomiso.

El autor se inclina por la segunda postura y la analiza en el trabajo con posterioridad a los planteamientos anteriores.

Para ello centra el tema en cuatro razones fundamentales: primera, la analogía entre la posición y derechos del fiduciario y del usufructuario, para ello se hace especial hincapié en el artículo 41, párrafo 1.^o, del texto de la ley de sociedades anónimas.

Una segunda razón es el espíritu de la regulación del fideicomiso en el Código civil de que pasen a ser bienes fideicomitidos los adquiridos en virtud del derecho que proceda de bienes fideicomitidos.

Para ello señala en auxilio de esta argumentación el texto del anteproyecto de reforma de la ley de sociedades anónimas, en su artículo 50.

La tercera razón se argumenta en base a que si el fideicomiso no se extiende a las acciones nuevas, el fideicomisario no recibirá, en su día, la misma sustancia que el fideicomitente dejó primero al fiduciario, y luego al fideicomisario.

En cuarto lugar la responsabilidad en que incurría por perjudicar al patrimonio fideicomisario, al suscribir para sí el fiduciario, libres de fideicomiso las acciones nuevas.

El estudio se cierra con el examen y crítica de la postura contraria.

JIMENEZ DUART, Tomás: «Cargas y obligaciones del matrimonio» R. D. P., junio 1982, pág. 542.

Las cargas y obligaciones de la sociedad matrimonial se examinan a la luz de los regímenes de comunidad y posteriormente en los regímenes de separación y participación. Este problema exige diferenciar el aspecto interno de la cuestión. La responsabilidad personal o primaria en cuya virtud se determinan los bienes que los acreedores pueden agredir directamente para la efectividad de sus créditos y la responsabilidad definitiva o contribución, aspecto interno, mediante la cual se concreta el patrimonio o patrimonios que finalmente han de soportar el gasto.

En la sociedad de gananciales se ocupan de esta materia los artículos 1.362 a 1.364. El aspecto externo se distingue señalando la diferencia existente entre las deudas contraídas por los cónyuges y las deudas contraídas por uno sólo de ellos, dividiendo está última materia en deudas domésticas, deudas gananciales y deudas particulares.

Se hace una mayor clarificación en cuanto a las deudas contractuales, señalando la diferencia que hay entre las adquisiciones, la responsabilidad

que se contrae en caso de ejercicio del comercio y la responsabilidad especial por las deudas del juego.

Las responsabilidades extracontractuales preceden al estudio de los supuestos en caso de separación de hecho, señalando de modo especial la incongruencia del artículo 1.368 que concede beligerancia a un supuesto que casi nunca se le da, pues reconoce a la separación de hecho como productora de determinados efectos en orden a los gastos realizados por uno de los cónyuges en esta situación para el sostenimiento, previsión y educación de los hijos comunes.

Estudiadas las cuestiones principales en régimen de gananciales se pasa al examen de las mismas en los régímenes de separación y participación, el autor sienta las precisiones finales de examen con arreglo a los siguientes principios:

a) Todas las normas que se estudian en cuanto a la responsabilidad de los cónyuges tanto en régimen de separación como de comunidad, son normas imperativas en lo afectante a terceros. Ello es así porque es necesario establecer un mínimo de afección que debe quedar sustraído a la libre determinación de los esposos. Lo que sí cabrá es la agravación de dicha responsabilidad y aumentar los mínimos de la misma.

b) El carácter imperativo de estas normas en lo tocante a terceros debe llevar a que tampoco pueda ser alteradas por vía indirecta, como un régimen pactado de carácter «*sui generis*» que disminuyera la responsabilidad, afección o afecciones que el Código impone.

RUEDA PEREZ, Manuel-Angel y José María: «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma». R. D. P., junio 1982, págs. 556 y ss.

Cinco grandes apartados contiene el presente estudio relativos a las obligaciones que son a cargo de los bienes gananciales, la responsabilidad personal o provisional de los bienes gananciales, las obligaciones contraídas por uno sólo de los cónyuges, las obligaciones que son propias de un solo cónyuge y las obligaciones de un solo cónyuge que son a la vez deudas de la sociedad de gananciales.

Un principio básico de la nueva regulación, a juicio de los autores, es que cualquiera de los cónyuges puede obligar a la sociedad de gananciales por aquellas deudas que aparentemente se contraigan en interés de la familia.

Es de especial importancia la norma de reintegro contenida en el artículo 1.364, sobre todo en el aspecto pasivo.

Las obligaciones a cargo de los bienes gananciales son el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión. Otra cosa son los gastos de alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges. Los autores distinguen igualmente entre los hijos que conviven en el hogar familiar y los que no conviven o no se da en ellos esta circunstancia.

Materias ligadas íntimamente con lo anterior son la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes, el momento de ingreso de los bienes comunes, los frutos y de los gastos en los patrimonios privativos en el ganancial, la administración ordinaria de los bienes privativos y la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte y oficio.

Este primer apartado concluye con el examen de los preceptos 1.363 y 1.371 del Código.

La responsabilidad es examinada desde el punto de vista provisional de los bienes gananciales para servir de prólogo a las obligaciones contraídas por uno sólo de los cónyuges. Previamente se detienen en el artículo 1.367. Estos bienes responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro.

Las conclusiones de los autores se centran en el principio de igualdad de ambos cónyuges para comprometer el patrimonio conyugal, distinción entre responsabilidad provisional y definitiva, aplicación del principio de reintegro para resolver los pagos hechos por cada patrimonio personal o ganancial, y los casos o supuestos especiales del 1.367, 1.319, 1.365, 1.373 y 1.370.

NAVARRO VALLS, Rafael: «La posición jurídica del matrimonio canónico en la Ley de 7 de julio de 1981». R. D. P., julio-agosto 1982, págs. 665 y ss.

El presente estudio está realizado por el autor con motivo del homenaje al profesor Maldonado y en él se estudian una serie de problemas que plantea en el momento actual la intelección de toda normativa que requieren las claves de un sistema en su configuración institucional.

El trabajo comienza con el examen de los antecedentes históricos del problema, afirmando que la reconstrucción de los avatares por los que ha transitado la valoración jurídica-civil del matrimonio canónico según las normas de la Iglesia constituyen una de las páginas más fascinantes de la historia del derecho español. El panorama, sin embargo empieza a tornarse progresivamente equívoco a partir de 1978 y 1979, con la promulgación de la Constitución y con la firma del Acuerdo sobre asuntos jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede.

Un nuevo apartado se dedica, de modo expreso, a la colocación sistemática del matrimonio canónico, advirtiendo la parquedad legislativa en torno a la cuestión sólo con los artículos 60 y 80. Además no se encuadran en un capítulo relativo sólo al matrimonio canónico, sino por el contrario de modo disperso, si bien son dos cuestiones claves, tanto las normas del derecho canónico como la eficacia de las resoluciones dictadas por los Tribunales Eclesiásticos.

Seguidamente examina el momento constitutivo del matrimonio, dando paso a las siguientes figuras: matrimonio canónico y matrimonio religioso acatólico, el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico y el matrimonio contraído según las normas del Derecho canónico.

Un momento posterior, el momento registral se estudia a través del artículo 60 del Código civil, bastando según el texto y el autor, la simple cer-

tificación que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación civil. En este apartado en busca de la «mens legislatoris» el autor transcribe íntegramente el alegato del señor Escartín Ipiens sobre la acomodación del precepto a los Acuerdos del Estado y la Santa Sede.

El momento extintivo del matrimonio constituye la parte final del estudio, que se divide en la nulidad y la disolución. La parte relativa a la nulidad plantea dos divisiones, a su vez, la revisión de la validez ante la jurisdicción civil y la revisión de la validez ante la jurisdicción canónica.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «Contribución al estudio de las obligaciones facultativas». R. D. P., julio-agosto 1982, págs. 643 y ss.

La existencia de la obligación facultativa carece a juicio del autor de una regulación propia en el derecho positivo español. Ello se debe a que la doctrina se ha ocupado de ellas tangencialmente o al menos al lado de la obligación alternativa y que por otro lado la categoría que nos ocupa carece de posiciones dogmáticas y tiene problemas de límites.

Existen ya en el Derecho Romano en algunos tipos reconocidos como el entierro del cadáver en suelo ajeno, así como todas las figuras derivadas de la responsabilidad noxal. Los autores se mantienen por lo general bastante fieles a las fuentes romanas, según las cuales hay en ellas un solo objeto en «in obligatione duo tamen in facultate solutionis».

Nuestros autores expresan que la obligación facultativa es aquella en que debiéndose un solo objeto, se concede al deudor las facultades de elegir entregando un objeto distinto, de tal modo que puede elegir entre uno u otro, mientras que el acreedor no puede exigir más que el objeto debido.

Después de examinar las fuentes de estas obligaciones con especial detenimiento en el artículo 1.255 y 876 del Código civil examina los elementos objetivos de la relación jurídica obligacional, admitiendo que al menos existen en ella dos prestaciones, las que no integran, sin embargo, de igual manera su objeto, una principal y otra expresamente dirigida a sustituir por subrogación a la primera. Pero, sin embargo se rechaza a la prestación facultativa como una prestación accesoria.

Se ocupa igualmente de la posibilidad de obligación facultativa por elección por parte del acreedor, afirmando que no hay impedimento legal que impida su existencia, especialmente los artículos 378 apartado 2º y 1.739.

Los supuestos más reconocidos por la doctrina de obligaciones facultativas son en nuestro derecho positivo, los siguientes: la concentración de la obligación alternativa cuando la elección corresponde al acreedor conforme a los artículos 1.136 en relación con el 1.135 y 1.134; la «lesio enormis», si bien ambos casos pueden considerarse como un derecho subjetivo cuyo ejercicio está sujeto a tal carga y no a una obligación; el caso del artículo 1.170 en tema de pago de obligaciones en moneda y del artículo 1.124 en conexión con la resolución de los contratos bilaterales.

Otros casos que se señalan como pretendidas obligaciones facultativas son el artículo 126 de la Ley Hipotecaria, el 453 en tanto que opción que se impone al reivindicante, 378 del Código civil o artículo 117 de la Ley Hipoteca-

ria. Finalmente, en materia de familia y sucesiones los casos de los artículos 149, 839, 840 y 1.379 del Código civil.

CERDA JIMENO, José: «Baleares ante el artículo 149, 1, B de la Constitución». R. D. P., septiembre 1982, págs. 788.

El autor, que es uno de los principales tratadistas del Derecho foral balear, autor, entre otras obras, de los Comentarios a la Compilación, publicados por EDERSA, bajo la dirección de Manuel Albaladejo, trata en este trabajo de poner orden ante la enorme profusión de términos y conceptos jurídicos usados ante este tema. Al mismo tiempo este estudio es la presentación o comunicación llevada al Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos civiles territoriales en la Constitución, celebrado en Zaragoza en octubre de 1981.

Comienza con una condicionante, a saber, los presupuestos de la investigación del tema, tanto metodológicos, como las perspectivas posibles de enfoque, los postulados previos del punto de partida el planteamiento genérico y su opinión personal en cuanto al tema, resumidas en lo que cabe llamar núcleo fijo conceptual, la zona de certeza y de otro lado la zona de incertidumbre.

Un segundo apartado tiene por objeto el tema propiamente dicho de la Normativa constitucional. Este tema pertenece, como dice el autor, a la zona de incertidumbre, dicha incertidumbre derivaría: o de la diversidad de perspectivas que conducen a una unidad de interpretación o del desconocimiento general por los juristas de las técnicas del Derecho Administrativo.

El tema propio del Derecho civil de Baleares es objeto de examen en el apartado siguiente y en él se investigan cuestiones como la confluencia de sistemas normativos, cuales son los sectores normativos básicos y dentro de éstos el ámbito normativo privatista y el publicista, dentro de este último los perfiles estructurales y el perfil funcional, terminando este grupo con dos cuestiones: la supletoriedad del Derecho Estatal y el propio de las relaciones internormativas.

Una recapitulación parcial a continuación, precede al estudio de la práctica jurídica, deteniéndose en este momento en el examen de las relaciones entre el Código civil y la Compilación, las sucesivas reformas llevadas a cabo del Código y de la Compilación y las relaciones entre la Constitución y la compilación, así como la revisión en su día de este último cuerpo legal.

Las conclusiones finales que sienta el autor se inclinan por la conveniencia de acudir al método historicista, la aplicación de los principios de la teoría de las normas para la confluencia de sistemas normativos y sus posibles colisiones, la conveniencia de un examen complejo tanto privatista como publicista y la necesidad de un consenso para el trabajo interdisciplinario.

IRIARTE CALVO, José María: «Administradores nombrados al constituirse la sociedad». R. D. N., núm. CXL, enero-marzo 1981, pág. 43.

El presente estudio abarca y comprende uno de los temas más importantes desde el punto de vista práctico que se presentan en los despachos notariales en torno a las sociedades de cualquier tipo y especialmente en lo tocante a las sociedades anónimas.

En efecto, su autor distingue entre los administradores nombrados en la escritura fundacional de la entidad o bien con posterioridad a ella en diferentes momentos y formas. Si bien la nomenclatura empleada en los diversos textos legales no es idéntica. Unas veces se habla de escritura fundacional y otras de contrato social, otras de acto constitutivo. La doctrina por su parte emplea el término gerente estatutario, otros textos hablan de administrador.

Empieza examinando la cuestión en la sociedad civil, para pasar sequiadamente a las sociedades colectivas comanditarias, distinguiendo en ellas el nombramiento en el contrato social o bien el nombramiento del gerente estatutario en acto posterior a la constitución de la sociedad. Los requisitos de dicho nombramiento como son que la designación se haya realizado en la escritura de constitución nominativamente o en el modificativo con asentimiento unánime de todos los socios y en ambos casos como condición expresa del contrato social. Concluye este apartado con las diferencias entre las sociedades personalistas y la sociedad civil en esta materia.

En la sociedad de responsabilidad limitada se distinguen los nombramientos en el propio acto constitutivo que son de carácter indefinido, la revocación del nombramiento hecho en esta forma, la necesidad o no de la Junta General y los casos en que puede tener lugar la segunda convocatoria establecida en el artículo 17 de la ley. Finaliza este tema con la exclusión del socio-administrador designado en acto constitutivo.

El apartado dedicado a la sociedad anónima es acaso el más amplio y estudiado con mayor detenimiento quizás por su propia importancia práctica.

Se inicia con unas notas de Derecho comparado dedicadas a Francia, Italia, Alemania y la Comunidad Económica Europea. Por lo que atañe al Derecho español se investigan los antecedentes históricos, el anteproyecto de la vigente y el nombramiento de los administradores en la vigente ley, especialmente en el artículo 72 y la disposición transitoria novena.

Una suavización del rigorismo a través de la doctrina mantenida por la Dirección General, es anterior a la revocación y a la posibilidad de simultanejar el cargo de administrador con un contrato de trabajo en la misma sociedad es el antecedente inmediato de las conclusiones finales y perso-

GARRIDO PALMA, Víctor Manuel: «La Cooperativa en el Derecho español a través de sus principios». R. D. N., enero-marzo 1981, págs. 7 y ss.

El presente trabajo, que es la aportación del autor al II Congreso del Notariado Español, celebrado en octubre de 1982 está inspirado en los prin-

cipios de puerta abierta, mutualista, variabilidad de socios, participación de los socios en los excedentes netos y principio democrático.

El principio de puerta abierta que arranca de los pioneros de Rochale, es consustancial con la institución cooperativa y ha sido plasmado por la Alianza Cooperativa Internacional, y concretado en el número de socios mínimo, libre acceso a la sociedad y libre salida de la misma. Si bien en el Derecho español se materializa en los requisitos para la admisión de los socios, los acuerdos de admisión o denegación, la baja voluntaria o forzosa y la transmisión de las partes sociales, tanto «inter vivos» como «mortis causa».

El principio mutualista se caracteriza porque sólo pueden formar parte de la cooperativa como socios quienes participen en los servicios o actividad de la entidad y a su vez, aquéllos o ésta sirvan exclusivamente a los socios de la misma.

El principio de variabilidad del número de socios y del capital social se encuentra enmarcado por la significación de la variabilidad del propio capital, la necesidad del mismo y la concreción del valor y de la función del propio capital. Completan este principio la posible reducción de dicho capital y las aportaciones sociales.

La distribución del beneficio no se realiza en estas sociedades con criterios capitalistas sino en criterios mutualistas del servicio y del trabajo. Tienen especial importancia el fondo de reserva obligatorio y el fondo de educación y obras sociales.

El principio democrático de la igualdad de derechos y obligaciones se encuentra constituido o informado por los criterios de las obligaciones de los socios, entre las que descuellan la prohibición de competencia y la prohibición de especular, por un lado; frente a este esbozo se encuentran los derechos de los socios constituidos por el derecho a ser elegidos, participar en voz y voto en la adopción de acuerdos, incluso a veces con voto plural y el derecho de información, sin perjuicio de la existencia de otros derechos que rudiéramos llamar innominados.

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LOS DESIGUALES EFECTOS QUE PRODUCEN LA ADOPCION PLENA Y LA SIMPLE NO SON CONTRARIOS A LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES

(Sentencia número 33/1983 de 4 de mayo de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional dictada en el recurso de amparo número 289/1982)

1. ANTECEDENTES

Limitados estos comentarios al examen de las sentencias del Tribunal Constitucional exclusivamente en cuanto inciden en materias que forman parte del Derecho Civil, sólo interesa constatar que la presente fue consecuencia de una reclamación formulada por dos hijos adoptados en forma simple e instituidos herederos por sus padres adoptivos, a fin de que les fueran concedidos los derechos pasivos causados por uno de ellos, en la misma forma que si su condición hubiese sido la de hijos adoptados en forma plena o la de hijos por naturaleza.

Se fundamentaba esta pretensión en la creencia de que, el tratamiento igual en todos los ámbitos de los hijos (sean por naturaleza, adoptados plenos o simples) resulta de lo dispuesto en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución.

Según el artículo 14 de la Constitución: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Y, a tenor del artículo 39.2 de la norma fundamental: «Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación...».

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En lo que aquí interesa se encuentra contenida en el Fundamento Jurídico quinto cuando afirma que «es algo que no ofrece duda, que los regímenes de la adopción plena y de la adopción simple son distintos, de ellos nacen efectos de desigual contenido para los adoptados, sin que estos regímenes distintos sean atentatorios a la igualdad que proclama —como derecho susceptible de protección por la vía del amparo constitucional— el artículo 14 de la Constitución, pues para que exista violación del principio de igualdad

es preciso que el tratamiento desigual esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable, y aquí, en cuanto son distintas las figuras, el dotar de un mayor contenido a la adopción plena, equipararla a la filiación por naturaleza, no significa para los adoptados de forma simple una discriminación».

3. COMENTARIO

Afirmaba recientemente Santamaría Pastor (1) que «nuestro Tribunal Constitucional no estaba teniendo suerte con el tipo de litigios que se sometían a su resolución; unos litigios duros, excesivamente arduos para una institución recién puesta en funcionamiento y con un papel clave en el desarrollo de nuestro aún incipiente edificio jurídico-público».

Sin embargo, no ocurre así con la sentencia que es objeto del presente comentario. En ella, como acaba de exponerse, se afirma la conformidad con nuestra Constitución de los diversos efectos que producen la adopción plena y la simple. Pero ello no era algo controvertido, sino que en la doctrina civilista existía acuerdo al respecto, hasta tal punto que ni siquiera se planteaba la cuestión dando por supuesto que esa diversidad de régimen entre la adopción plena y la simple no vulneraba los preceptos de nuestra norma fundamental (2).

En cualquier caso, ya contamos con un pronunciamiento al respecto del Tribunal Constitucional, el cual, aun habiendo recaído en un recurso de amparo «fija el sentido y alcance de los preceptos constitucionales, para que sirvan de pauta en la aplicación de las normas constitucionales, por los poderes públicos», pues si bien «la finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 al 29 y 30.2 de la Constitución, junto a ese designio aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular» (Sentencia del Tribunal Constitucional 1/1981, de 26 de enero de 1981 (3).

José-Ramón RODRÍGUEZ CARBAJO
Abogado del Estado

(1) «Notas sobre la sentencia de las Diputaciones Provinciales», R.E.DA., número 34, julio-septiembre 1982.

(2) En este sentido, y por todos, ALBALADEJO: «Curso de Derecho Civil, IV, 1982», págs. 270 y ss.; DÍEZ PICAZO-GULLÓN: «Sistema de Derecho Civil, IV, 1982», págs. 382 y ss., y LACRUZ-SANCHÓ: «Elementos de Derecho Civil, IV, 1982», páginas 673 y ss.

La sentencia que comentamos es citada ya por RUIZ VADILLO en la nueva edición de su «Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho Civil», 1983-1984, pág. 582.

(3) Sobre las relaciones entre la jurisprudencia y la actuación del Tribunal Constitucional el trabajo más completo es el de Pedro de Elizalde y Aymerich, publicado en este ANUARIO, tomo XXXIV-II, y también en la obra colectiva «El Tribunal Constitucional», realizada por iniciativa de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, vol. 1º, págs. 859 a 898.

RECURSO DE CASACION Y AMPARO CONSTITUCIONAL. TIPI- CIDAD Y LEGALIDAD EN LOS IILICITOS CIVILES. INTIMIDAD PERSONAL Y SEPARACION DE HECHO

(Sentencia número 73/1982, de 2 de diciembre, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional dictada en el recurso de amparo número 197/1982)

1. ANTECEDENTES

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cartagena, mediante sentencia de fecha 17 de febrero de 1981 (es decir, anterior en unos meses a la reforma del título IV del libro I del Código Civil), declaró la procedencia de separación conyugal por causa de adulterio de la esposa, a la que declaró culpable.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Albacete desestimó el adulterio como causa de separación y declaró la procedencia de la misma por una causa distinta, la existencia de injurias graves, considerando igualmente a la esposa como culpable de las mismas.

Frente a esta Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete, el representante de la esposa declarada culpable formuló recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual denegó el amparo solicitado.

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se considera que los aspectos más relevantes de esta sentencia son los siguientes:

- a) *No es necesario interponer el recurso de casación para entender agotada la vía judicial previa al amparo.*

El artículo 44.1.a) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional establece que: «Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: a) Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial».

Esta necesidad de agotar la vía judicial previa es una consecuencia del carácter subsidiario del recurso de amparo, que, como regla general, sólo permite acudir a él cuando han resultado ineficaces los procesos utilizados ante los Tribunales ordinarios.

Pues bien, en el presente caso, el representante del marido alegará la inadmisión del recurso de amparo formulado por la representación de la esposa, por entender que la misma no había agotado la vía judicial previa, al no haberse interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete, que decretó la separación.

Sin embargo, frente a tal pretensión de inadmisibilidad, el Tribunal Constitucional afirma que «este Tribunal viene señalando que los recursos que deben agotarse en la vía judicial, cuando en dicha vía se ha producido en virtud de un acto de los Tribunales una lesión de los derechos fundamentales de la persona reconocidos por la Constitución, no son todos los recursos imaginables en un examen de todo el ordenamiento procesal, sino aquellos que pueden conducir a remediar la lesión; y el recurso de casación, cuyo carácter extraordinario no puede ponerse en tela de juicio y que se articula además en defensa de la legalidad ordinaria, no se encuentra entre los que la persona que ha visto sus derechos constitucionales vulnerados, tiene que agotar previamente para acudir a la vía de amparo».

b) *El artículo 25.1 de la Constitución no es directamente aplicable a los ilícitos de naturaleza civil.*

El artículo 25.1 de la Constitución establece que: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

El Tribunal Constitucional señala al respecto que «el artículo 25.1 de la Constitución literalmente menciona los delitos, las infracciones y las faltas administrativas, por lo cual no es directamente aplicable a los simples ilícitos de naturaleza civil, en los que la tipicidad y la legalidad no tienen que actuar de manera tan estricta. En este sentido, las infracciones de los deberes derivados de la relación jurídica conyugal, que el legislador toma en cuenta para justificar la demanda de separación, no necesitan una estricta y completa tipificación, debiendo advertirse en este sentido, que no existe absoluta y total identidad entre el término técnico de injurias que utiliza el Código penal, al referirse al delito de este mismo nombre, y el de injurias que utilizaba la legislación aplicable al régimen jurídico del matrimonio, pues por injuria tanto puede entenderse la acción dirigida a la privación de la fama o las acciones que buscan el menoscabo, como en general todas aquellas que lesionen los derechos y bienes de la personalidad».

c) *La subsistencia, en la separación de hecho, de las limitaciones a la libertad de los cónyuges derivadas de la relación matrimonial, no supone vulneración del derecho a la intimidad personal.*

En este punto debe tenerse en cuenta la fundamentación de la Sentencia de la Audiencia de Albacete, que lo fue en estos términos: «... en este concreto caso se pone de manifiesto que el proceder y obrar de la actora fue altamente ofensivo para el marido, porque no es lógico en nuestra actual sociedad que una mujer casada se despreocupe de sus obligaciones y del respeto que a la fidelidad debe y que salga reiteradamente con persona distinta de su esposo, dejándose ver en lugares concurridos y en actitudes impropias de unos simples amigos, ha de manifestarse que tal conducta es representativa de un propósito deliberado de ofender que menoscaba gravemente el buen nombre y crédito de una persona; ... por el hecho indubitable

de haber permanecido durante unas horas de la noche en un edificio o chalé en la sola compañía de un hombre que no era su esposo, saliendo del mismo sobre las dos treinta de la madrugada, lo que sugerente es en extremo..., pues lo humano y lógico en una mujer casada era permanecer en la puerta donde todos la vieran, y no otra cosa, que sin duda alguna tiende al deshonor y menosprecio del marido ante la gente normal que la sociedad integra, se produce obviamente la injuria grave que el número segundo del artículo 105 del Código civil determina, y se origina la causa de separación matrimonial correspondiente».

A juicio de la parte demandante del amparo, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete implica «la violación del artículo 18 de la Constitución, toda vez que no era posible limitar a su representada el círculo de sus amistades, vedarle las masculinas y constreñirle la libertad de actuación, lo que significaba, en suma, que se reclamaba, para su dicha representada, ya separada de su marido, el derecho a su intimidad personal».

El Tribunal Constitucional por su parte, confirma, los postulados de la Audiencia, afirmando que: «Es obvio que la separación de hecho no hace desaparecer los deberes derivados de la relación conyugal ni otorga un omnímodo derecho de libertad a los cónyuges», y que «el derecho a la intimidad personal no queda violado porque se impongan a la persona limitaciones de su libertad, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula, pues la intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren y que no guarda por sí sólo relación directa con la libertad de relacionarse con otras personas o derecho a tener amistades, que es a lo que la recurrente parece referirse».

3. COMENTARIO

Con la afirmación del Tribunal Constitucional de que el artículo 25.1 de la Constitución no es directamente aplicable a los ilícitos de naturaleza civil se confirma una nota diferencial entre los delitos penales y los ilícitos civiles que ha sido admitida ya desde antiguo por nuestra jurisprudencia. Así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1934 se dice que: «mientras el delito civil es una categoría abstracta y general que sólo exige la concurrencia de la antijuridicidad y la culpabilidad unidas a la concreción del daño los delitos penales constituyen especies fijas y concretas en las que han de concurrir como elementos, además de esa antijuridicidad y esa culpabilidad la llamada tipicidad y la punibilidad».

En los otros dos aspectos que se han considerado más relevantes de esta sentencia, la nota que destaca en ellos es que tienen como presupuesto una legislación hoy derogada.

Así, en cuanto a la no necesidad de interponer el recurso de casación para entender agotada la vía judicial previa al amparo, actualmente en el presente caso habría de tenerse en cuenta la Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1981, de 7 de julio, a cuyo tenor: «El recurso de casación sólo se admitirá a instancia del Ministerio Fiscal y en interés de la ley». De forma

que, en el momento actual, el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia sería, no ya innecesario para acudir al amparo constitucional, sino imposible de interponer.

Y, en cuanto al tema de la separación de hecho y la subsistencia en la misma de las limitaciones a la libertad de los cónyuges derivadas de la relación matrimonial, hoy la legislación ordinaria está constituida por el artículo 82 del Código civil, de acuerdo con el cual: «No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue», con lo cual, la conducta desarrollada por la esposa en el presente caso no podría, en el momento actual, ser considerada como «conducta injuriosa», pues si en la nueva redacción del Código civil se impide invocar como causa de separación la infidelidad conyugal cuando exista previa separación de hecho, menos podría considerarse que la mera presunción de infidelidad motivada por la conducta de la esposa pueda constituir «conducta injuriosa» y ser causa de separación.

José Ramón RODRÍGUEZ CARBAJO
Abogado del Estado

TRIBUNAL SUPREMO

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

LA ADQUISICION TACITA DE SERVIDUMBRES POR SIGNO APARENTE. EXAMEN DE LA JURISDICCION DESDE 1970 a 1983

Por JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1 La procedencia de la modalidad constitutiva de servidumbres por signo aparente según el artículo 541 del Código civil.—2. La naturaleza constitutiva de la llamada «destinación del padre de familia».—3. El contenido y el alcance del signo aparente de servidumbre: Sentencia de 8 de mayo de 1970.—4. La creación o conservación del signo aparente de servidumbre por el mismo propietario de las fincas y la constitución tácita de la servidumbre en la partición hereditaria: Sentencia de 26 de enero de 1971.—5. Los requisitos necesarios para la constitución de la servidumbre por destinación del padre de familia: Sentencia de 21 de junio de 1971.—6. La constatación concreta en contra de los signos aparentes de servidumbre y la actitud por omisión de las partes al no haber destruido los signos que la exteriorizan: Sentencia de 2 de junio de 1972.—7. El requisito de que el signo aparente de servidumbre se establezca por el propietario en sus fincas: Sentencia de 6 de julio de 1972.—8. La no declaración expresa de las partes en contra de los signos aparentes al dividirse una finca por sucesión hereditaria: Sentencia de 27 de abril de 1973.—9. La constitución tácita de las servidumbres en la partición hereditaria en base al artículo 541 del C. c.: Sentencia de 27 de octubre de 1974.—10. La presunta voluntad de las partes por la no destrucción de los signos aparentes y por no hacer constar nada en contrario de forma clara y terminante: Sentencia de 11 de junio de 1975.—11. La relevancia de la voluntad del propietario que establece el servicio aparente de servidumbre: Sentencia de 30 de diciembre de 1975.—12. El supuesto fáctico y los presupuestos de derecho para que exista título constitutivo de servidumbre: Sentencia de 30 de junio de 1978.—13. La necesidad de que los signos aparentes de servidumbre fueran establecidos por el propietario común de ambos fundos: Sentencia de 9 de abril de 1979.—14. La inexistencia de signo aparente de servidumbre entre las fincas que pertenecieron a un mismo propietario: Sentencia de 3 de julio de 1982.—15. La «destinación del padre de familia» o «destino del propietario» como singular manera de constituirse una servidumbre predial aparente: Sentencia de 7 de julio de 1983.—16. La voluntad o intención de las partes contratantes en contra de los signos aparentes de servidumbre: Sentencia de 22 de septiembre de 1983.—17. Las conclusiones sobre el criterio interpretativo del Tribunal Supremo respecto al artículo 541 del Código civil en esta última década.

1. LA PROCEDENCIA DE LA MODALIDAD CONSTITUTIVA DE SERVIDUMBRES POR SIGNO APARENTE SEGUN EL ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL

Entre los modos de constituir las servidumbres aparentes destaca uno muy singular, cual es el del supuesto contenido en el artículo 541 del Código civil, recogido por el legislador español de la tradición jurídica francesa a través del «Code civil» napoleónico (1803), y que atiende por el nombre de «destination du père de famille» (1).

Esta modalidad constitutiva y adquisitiva de las servidumbres se configura por el artículo 541 de la siguiente manera: «la Existencia de un signo apparente, de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura».

Si se transcribe el contenido de los artículos 692, 693 y 694 del «Code Civil» francés, resulta patente la identidad y el origen de este supuesto constitutivo de las servidumbres aparentes que, por lo demás, carece de antecedentes en nuestros cuerpos legales históricos (2) y que fue elaborado peculiarmente por la Glosa y postglosa en cuando modo constitutivo sobre ciertos casos del Derecho romano justiniano (3).

En el Libro II del «Code Civil» francés, título IV, capítulo III, bajo el epígrafe «Des servitudes établies par la fait de l'homme», es decir, considerándolo como una modalidad constitutiva voluntaria, frente al capítulo II «Las servitudes établies par la loi» se establece por el artículo 692: «La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes». En el artículo 693, se añade: «Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés sont appartenus au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont

(1) Cfr. BONET CORREA, *La «destination du père de famille» del Derecho civil francés y otros Derechos extranjeros*, en «Información Jurídica», 86-87 (1950), pp. 879 y ss., y *La «destination du père de famille dans le Droit français et étranger»*, en la «Revue du Notariat» (Canadá) 53-7 (Fév. 1951), páginas 451 y ss.

(2) BONET CORREA, *La constitución tácita de las servidumbres en el Derecho común*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», XXXVII (1967), pp. 531 y ss.

(3) BONET CORREA, *Sobre la supuesta constitución tácita de las servidumbres en las fuentes jurídicas romanas*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», XIX (1948-1949), pp. 304 y ss. Sin embargo, cierto sector de románistas, creen que en el Derecho justiniano ya se admitían ciertos supuestos de constitución de servidumbres por una voluntad presunta o implícita, cfr. RICCOBONO, *La destinazione del padre di famiglia nel Diritto romano*, en «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 21 (1895), p. 380; GROSSO, *In tema de constituzione tacita di servitù*, en «Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano», 42 (1934), p. 326. Entre nosotros: IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones del Derecho privado*, 4.^a ed. Barcelona, 1958, p. 313; D'ORS, *Derecho privado romano*. Pamplona, 1968, p. 202; FUENTESeca, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 141.

été mises dans l'état duquel résulte la servitude». Y por último, el artículo 694, se concluye: «Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné».

Es, pues, fundamental que el padre de familia, o propietario de dos fincas, haya establecido entre ellas un signo aparente de servidumbre y que en el negocio de disposición o enajenación de una de ellas no se contenga ningún pacto expreso relativo a la servidumbre; entonces, la destinación realizada por el padre de familia y la actitud omisiva del adquirente, también el legislador la entiende y considera como un «título», es decir, el convenio o acuerdo en el momento de la enajenación que, al no ser declarado expresamente por las partes es tácito, debido a los hechos concluyentes ante el signo aparente, al no suprimirlos o contradecirlos.

Este mismo supuesto, es el que recoge García Goyena en su «Proyecto de Código civil», en el año 1851 (4). En el libro II, título V, «De las servidumbres», se expondrán tres capítulos: «I. De las servidumbres en general» (arts. 476 a 482); «II. De las servidumbres impuestas por la ley» (arts. 483 a 535), y «III. De las servidumbres voluntarias» (arts. 356 a 547). Dentro de estas últimas servidumbres, el artículo 540 propone que: «La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará como título, para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas».

Este mismo texto es el que se adopta por el artículo 541 del Código civil vigente, si bien con las adiciones —después de «se considerará»— «si se enajenase una», y —a continuación del punto final—, «o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura». Por tanto, si el Código civil francés y el Proyecto de 1851 contenían esta modalidad constitutiva de servidumbres como voluntaria, ahora, con similar redacción en nuestro Código civil, resulta lo mismo, ya que tampoco se incluye dentro de las servidumbres impuestas por la Ley (arts. 549 a 593).

2. LA NATURALEZA CONSTITUTIVA DE LA LLAMADA «DESTINACION DEL PADRE DE FAMILIA»

Es importante señalar que para García Goyena (5) la existencia de un signo aparente supone que se presume un convenio tácito de dejar las cosas como estaban, puesto que el signo exterior habla por sí mismo y las partes contrayentes no pueden llamarse a engaño.

(4) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852 p. 464. Sobre el significado de su obra, cfr. D'ORS, A. y BONET CORREA, J., *En el centenario del proyecto isabelino del Código civil*, en «Información Jurídica», 96 (1951), pp. 483 y 495.

(5) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 466.

Este mismo criterio de la constitución tácita de las servidumbres fue mantenido por la mayor parte de la doctrina francesa coetánea y posterior a la publicación del «Code civil». Que el codificador se hubiese servido de unos preceptos normativos para plasmarla concretamente y para deducir de los signos aparentes de servidumbre la equivalencia a un título, según nos confirma uno de los propios redactores del «Code», Alibisson, fue debido a las antiguas controversias sobre la destinación en los textos romanos y a las redacciones contradictorias de la antigua y nueva redacción de la Costumbre de París. De este modo, el legislador napoleónico fijaba el alcance interpretativo de esta modalidad especial de constitución de las servidumbres conocida como «destinación o destino del padre de familia». En este caso hay que señalar cómo la norma codificada no se concretaba en cuanto ficción que equiparaba unos signo a una declaración de voluntad que no hubiese existido, sino como una presunción, ya que había existido aquella voluntad, aunque no expresa, sí tácita, de ambas partes en el acto de separación de las fincas, aseverado por sus hechos concluyentes u omisivos, al no destruir los signos y al no oponerse a ellos, fundamentando, así, el título de su constitución y adquisición.

Por ello, el reconocimiento que hacen lo legisladores, tanto francés como español, del supuesto de destinación del padre de familia mediante su fijación en un precepto normativo no implica, sin más, que se pueda deducir que convierte a dicha modalidad constitutiva en legal. Primero, porque es el propio legislador el que la incluye dentro de las servidumbres constituidas por el «hecho del hombre», o voluntarias, y no entre las legales o forzosas; segundo, porque el mismo legislador es el que prefiere que esta modalidad constitutiva lo sea por título, recurriendo a la equiparación del signo aparente y no al prescribirlo por un mandato imperativo basado exclusivamente en su fuerza legal.

Para los estudiosos y especialistas de la destinación del padre de familia, como Laittreille (6) y Faugère (7), la normativa que se establece para esta modalidad constitutiva en el «Code» no es más que una disposición de naturaleza probatoria. Esta fue, precisamente, la gran preocupación de los codificadores ante la necesidad de dotar a este supuesto constitutivo por voluntad tácita (deducida del silencio que guardaron las partes) y concluyente (ante la no oposición a los signos aparentes) de una certeza y seguridad que eran necesarias ante relaciones jurídicas constitutivas de un derecho real limitado como es una servidumbre.

El que se intente por ciertos sectores doctrinales legalistas posteriores el desplazar la destinación del padre de familia de su tradicional fundamento personal y voluntario (para evitar su intrínseca complejidad y reducirlo, tan sólo, a una serie de requisitos, sin entrar en una interpretación del comportamiento omisivo de las partes) a otro que lo sea por el mandato legal, no refuerza ni su eficacia constitutiva, ni su realidad en el tráfico de bienes; es más, con el automatismo legal se suprimirían completa-

(6) LAITREILLE, *De la destination du père de famille*. París, 1885.

(7) FAUGÈRE, *De la destination du père de famille*. Thèse. París, 1912.

mente sus posibles opciones y se recortaría el margen de autonomía de las partes en cuanto al destino de los fondos.

Que la certeza de las relaciones jurídicas constitutivas de derechos reales haya conducido a los legisladores y a los intérpretes a la particular concreción del supuesto normativo de la destinación por el padre de familia o del propietario, lo explican los propios civilistas franceses posteriores y de mayor autoridad. Así, para Baudry-Lacantinerie y Chaveau (8) como para Planiol y Ripert (9), se trata de una constitución mediante título y no legal o forzosa, aunque por la ley se reconozca que ha estado en la intención común de las partes el mantener el estado de cosas establecido por el padre de familia, o de que se valga de este medio legal para demostrar la existencia de tal pacto.

Es que, todavía, no habían llegado los tiempos del legalismo a ultranza, sino que se estaba tan sólo por un uso conformador y legitimador de los instrumentos legales respecto a la libertad y autonomía de las partes en sus relaciones jurídicas (10). De esta manera, ante la destinación del propietario, el legislador se va a valer de un recurso, o medio de prueba, como es la presunción *«iuris tantum»* —por la que se da opción a las partes en el momento de la enajenación de modo que se permita dicha prueba en contrario (11)—, respecto a la consideración que hace de los signos aparentes como título constitutivo de las servidumbres. Con ello, el legislador no declara, sin más, por la fuerza de la ley, la constitución ni la existencia de la servidumbre; si así fuese, la hubiera incluido entre las legales o forzosas y tampoco hubiera seguido un régimen voluntario, como así ocurre. El legislador prefiere recurrir al empleo de unas técnicas de naturaleza probatoria, como son las presunciones que delimitan y concretan los presupuestos o requisitos de un figura o relación jurídica con un alcance interpretativo delimitado, o salvo prueba en contrario, a fin de que resulten determinados los hechos, actos y conductas de las partes, como en el caso ante un signo aparente por su particular modalidad, constituyen declaraciones tácitas e incluso, al serlo por abstención, exigen mucho más cuidado que las expresas, evitándose así enojosas pruebas de intencionalidades inciertas que introducirían mayor inseguridad en el tráfico jurídico.

La civilística europea había estudiado ya con profundidad este aspecto de las declaraciones de voluntad tácitas en las relaciones jurídicas y muy

(8) BAUDRY-LACANTINIERE Y CHAVEAU, *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, IV (París, 1905), p. 844.

(9) PLANIOL Y RIPERT, *Traité théorique de Droit Civil*, III (París, 1952), páginas 945 y ss.

(10) Cfr. RIPERT *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*. París, 1948, p. 31 ss. y *Le déclin du Droit. Etudes sur la législation contemporaine*. París, 1949, p. 67 ss.

(11) Incluso, actualmente dice Madme. MIALON, *La servitude par destination du père de famille. Nouveaux aspects de l'interprétation de l'article 694 du Code Civil*, en «Recueil Dalloz Sirey Chronique» (1974, p. 15), la jurisprudencia acepta que posteriormente se busque en los actos y circunstancias ulteriores a la separación de los fondos elementos de interpretación del acto de división.

particularmente la Pandectística alemana (12) y sus continuadores. Así, para Von Thur y Larenz (13), existen una serie de casos onrmados por los que una ley aclara una determinada situación como declaración de voluntad, por lo que se establece una regla de interpretación.

Estas disposiciones legislativas que contienen tal alcance interpretativo, no por ello transforman la naturaleza voluntaria de lo normado en una modalidad legal; antes bien, como ocurre en la destinación del padre de familia son, precisamente, para lograr dicho efecto voluntario, para concretarlo como «título», por lo que se confiere y considera una voluntad tácita de las partes que, por no ser expresa, se ha de deducir de una abstención (*indicio voluntatis*), al no decirse nada en contrario, o por no haberse destruido los signos aparentes de servidumbres en el momento de enajenación de las fincas. El legislador no hubiera recurrido a establecer una norma tan compleja, como la que contiene la destinación del padre de familia, si quisiera darla por constituida, sin más; habría prescindido tanto de los requisitos materiales como de los personales, sobre todo por la opción que se les concede en el momento decisivo de las transmisiones de fincas; al legislador le habría bastado el establecerla dispositivamente como cualquiera de las otras servidumbres imperativas, legales o forzosas, lo mismo que sucede para el caso de finca enclavada, tanto en el «Code civil» francés (art. 682), como en el Código civil español (art. 564).

También, la vieja doctrina italiana (14) coincide y expone ampliamente las manifestaciones tácitas de voluntad a través del valor del silencio, o en la conducta omisiva del propio agente, valorada por el ordenamiento jurídico como manifestación de voluntad. Cariota-Ferrara (15), a este propósito aclara que es preciso fijar la atención en las manifestaciones de voluntad privadas, presuntas, y en las legalmente determinadas, con significado legal o

(12) Cfr. HARTMANN, *Werk und Wille bei dem stillschweigende Konsens*, en «Archiv für die civilistische Praxis», 72 (1888), p. 161; EHRLICH, *Stillschweigende Willenserklärung* (1893); DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, 3.^a ed. (1911), p. 47; FRITZE, *Stillschweigende Willenserklärung im BGB*, en «Archiv für Bürgerliches Rechts», tomo 14, p. 181; KRAUSE, *Schweigen im Rechtsverkehr* (1933), pp. 7 y 125, citados por ENNECERUS-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. I-2. *Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts*, 14 ed. Tübingen, 1955, p. 643 ss. Actualmente, FABRICIUS, *Stillschweigen als Willenserklärung*, en «Juristische Schullung» (1966), p. 50.

(13) VON THUR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II-1 (1914), marg. 418; LARENZ, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. München, 1969, p. 359 y ss.

(14) Cfr. SIMONCELLI, *Il silenzio nel Diritto civile*, en «Rendiconti delle Instituzione Lombarde» (1897), p. 253; BONFANTE, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, en «Scritti giuridici», III (1903), pp. 150 y ss.; DONATUTI, *Il silenzio come manifestazione di volontà* en «Studi in onore di Bonfante», IV (Milano, 1930), pp. 461 ss.; TESAURO, *Il silenzio nella teoria degli eventi giuridici*, en «Studi Cammeo», II, p. 535; MAGNI, *Il silenzio nel Diritto canonico*, en «Rivista di Diritto privato» (1934), pp. 50 y 113; BETTI, *Teoría del negocio giurídico*. Torino, 1943, pp. 93 y ss.; CARIOTA-FERRARA, *Il negocio giurídico nel Diritto privato italiano*. Napoli, 1949 y Volontà, *manifestazione, negocio giurídico*, en «Anuario di Diritto comparato», XV (1941), pp. 388 y ss; STOLFI, *Teoría del negocio giurídico*. Padova, 1947, p. 162; MACCHIA, *Lineamenti di una teoría generale del negocio giurídico*, Padova, 1948.

(15) CARIOTA-FERRARA, *Il negocio giurídico*, cit., p. 97.

legalmente tipificadas, en las que es necesario distinguir tres grupos muy diversos de supuestos de hecho que, generalmente, tienen de común sólo esto: la ley interviene para calificar un comportamiento dado de los particulares. Entre ellos está aquel donde la ley establece la presunción (*iuris tantum*) de que un comportamiento se realiza en cuanto manifestación de una dada voluntad negocial, pero admite la prueba contraria. Stolfi (16) insiste en que la ley se conforma con la incompatibilidad relativa en cuanto se limita a presumir la existencia de una voluntad que por otra parte puede ser siempre sustituida por la que se pruebe que fue en realidad declarada aun implícitamente por las partes; entonces, la fórmula adoptada por el legislador —especialmente si se permite expresamente la prueba en contrario— deja entender que no declara nada inderogable, sino que se limita a establecer, en caso de silencio de las partes, cuál de las interpretaciones posibles se admite en orden a hechos que de por sí podrían tener dos o más significados; o sea, presunciones de voluntad que pueden eliminarse mediante la prueba de voluntad efectiva.

La mayor parte de los autores (17) y de la jurisprudencia española va a seguir las anteriores pautas de la civilística continental europea en cuanto a la voluntad tácita; como compendio y muestra más significativa de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el valor del silencio en el Derecho, en cuanto declaración tácita de voluntad, tenemos la Sentencia de 13 de febrero de 1978, donde se manifiesta: «Que pese al criterio sustentado entre otras por la Sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 1971, el silencio mantenido por uno de los litigantes, respecto a la oferta del otro, podrá ser estimado como aceptación tácita de la misma, a los fines prevenidos por el número 1 del artículo 1.261 y párrafo 1.º del 1.262 del Código civil, entrando en juego los apotegmas jurídicos *«qui tacet consentire videtur»* y *«silentio fit ratiabilitio»*, y la doctrina sentada por la S. 21 octubre 1941, cuando así lo establezca expresamente la ley, otorgándole un determinado efecto, ya de carácter procesal como ocurre en los artículos 408, 459, 686, párr. 2.º, 592, 608, párrafo 2.º, 1.431 y 1.577, párr. 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien de índole sustantiva, cual sucede con los 14, núm. 3.º, párr. 2.º, 541, 658 párrafo 1.º, 1.171, párr. 2.º, 1.236, 1.346, párr. 4.º, 1.483, 1.566, 1.752, 1.840 y 1.842 del primer cuerpo legal citado —S. 29 septiembre 1951— o cuando su consentimiento derive de un comportamiento o declaración que implícitamente lo

(16) STOLFI, *Teoría del negocio giurídico*, cit., p. 163.

(17) Cfr. LEZÓN, *El silencio en las relaciones jurídicas*, en «Boletín del Colegio de Abogados de Madrid», 6 (1917), pp. 18 y ss.; CLEMENTE DE DIEGO, *El silencio en el Derecho*, Madrid, 1925; LUNA, *El silencio jurídico en función de prueba*, en «Revista de los Tribunales» (1932), pp. 489 y ss.; RIVELLES, *El silencio como manifestación de voluntad en los instrumentos públicos*, en «Revista General de Derecho» (1945), p. 205; RODRÍGUEZ SOLANO, *Sentencias concordadas: El silencio, su valor probatorio*, en «Pretor», 9 (1953), p. 16; SOTO NIETO, *Estimación jurídica del silencio*, en «Revista de Derecho Español y Americano», XI-2 (1966), pp. 121 ss.; CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 67, precisa cómo, en las declaraciones tácitas, la conducta tenida en cuenta no es por sí misma significativa de una declaración de voluntad, sino que de tal conducta se infiere que debió haber tal voluntad (*indicio voluntatis*); se les ha calificado de tácitas porque resultan, no de los dichos sino de los hechos (*facta concludentia*).

ponga de manifiesto —SS. 29 septiembre 1951 y 24 mayo 1975—, siendo preciso, en este caso, que concurran los siguientes requisitos: 1.º) Que quien lo mantenga haya tenido la oportunidad de hablar, es decir, que no esté imposibilitado para contradecir la propuesta del oferente, por impedimento físico o por no haber tenido noticia de la misma; 2.º) Que se deduzca de hechos o acciones («*rebus et factus*») de carácter concluyente («*facta concludentia*»), que inequívocamente pongan de manifiesto el auténtico deseo de crear, modificar o extinguir una determinada relación jurídica —SS. 30 noviembre 1957 y 29 enero 1965—, de suerte tal que se manifieste de un modo auténtico, sin posibilidad de dudosas interpretaciones —SS. 5 de julio de 1960 y 14 de junio 1963— sin que, pese a la máxima: «*Tacita consensu convenire intelligetur*» contenida en el epígrafe único, de la Ley segunda, Título XIV, libro II del Digesto, sea suficiente con el mero conocimiento de la oferta, que por si solo no implica conformidad —SS. 19 junio 1950, 8 junio 1955 y 25 enero 1961, y 3.º) Que, por aplicación del principio general de Derecho: «*Tacens consenti, si contradicendo impedire poterat*», aquel a quien se impone el consentimiento tácito tenga el deber de hablar por existir entre las partes relaciones de negocios que así lo exijan —S. 14 junio 1963—, o por ser natural y normal que expresase su disentimiento, si no deseaba aprobar los hechos o propuestas de su contendiente —S. 23 noviembre 1943—».

El que sea una norma —como ocurre con la dada por el art. 541 del C. c.— quien precise y deduzca un «título» en base a unos «signos aparentes» de servidumbre, establecidos por el propietario de las fincas, así como de su conducta omisiva y de quien adquiere una de ellas, no por ello puede llevarnos a la conclusión —según pretende ver simplemente un cierto sector doctrinal español— de que la servidumbre nace exclusivamente por el mandato de la ley; pues, lo que precisamente quiere la norma es dejar sentado de una manera firme que la interpretación de unos signos creados y mantenidos «a ciencia y paciencia» (*facta concludentia*) y de unas actitudes de las partes en la enajenación (*tacens consenti*) se infiera que hubo tal voluntad o «título» por el que se constituye la servidumbre. Se trata, pues, de una norma interpretativa que determina que se entienda o considere su constitución por título voluntario, al resultar de una conducta omisiva y al dejar los fundos en un determinado estado con sus signos aparentes de servidumbre. La norma en este caso no crea o constituye, sino que tan sólo «considera», que hay un «título», es decir, deduce o interpreta (*indicio voluntatis*) lo que las partes omitieron con su silencio y pasividad ante un signo aparente de servidumbre.

La norma, pues, no va dirigida aquí a enderezar la conducta de las partes fundamentalmente de una manera imperativa; tan sólo confirma de los actos y hechos de las partes un resultado, un «título»; por eso el artículo 541 no contiene un mandato preceptivo a las partes para que adopten (lo quieran o no) una determinada conducta; por tanto, no es imperativa; lo que se dispone en el artículo 541 es, tan sólo, una valoración de la conducta de las partes; o sea, que contiene un alcance interpretativo para cuando la conducta no se haya desenvuelto expresamente, sino por omisión, de una manera tácita ante los hechos concluyentes, frente al signo aparente. Que la norma vea en el signo aparente el alcance de un «título», precisamente es la consecuencia del contenido facultativo que se les reconoce a las partes

cuando no han adoptado, por una conducta expresa, sino tácita, en el momento de la enajenación. La consideración de un «título» por el legislador resulta a consecuencia de la conducta omisiva de las partes y no de una imposición legal al margen de dicha conducta.

Ultimamente, se ha dicho (18) que las partes, en el momento de la enajenación, especialmente en ciertos supuestos (expropiación forzosa, usucapión, y en algunas enajenaciones contractuales, como cuándo se adquiere con base en un plano), no tienen la posibilidad de un acuerdo de voluntades y que es la ley la que de un modo automático hace nacer la servidumbre con total independencia de la voluntad tácita de los titulares. A mi juicio, creer que hay tal imposibilidad de acuerdo es totalmente erróneo en los tres supuestos aludidos y, en grado sumo, en el negocial.

En un expediente de expropiación de cualquiera de las dos fincas que han pertenecido a un mismo propietario, tanto éste como la Administración podrán hacer valer expresamente el destino de los signos aparentes de servidumbre, ya para su mantenimiento o bien para su eliminación; si nada han expresado acerca de los signos, al producirse la enajenación por expropiación, se entiende que hay la *indicio voluntatis* que se proclama en el artículo 541, al entender como título la actitud omisiva de las partes ante el signo aparente de servidumbre. Si se produce la constitución de la servidumbre no es porque automáticamente entra en juego el artículo 541, sino porque la opción expresa que tuvieron las partes no fue ejercitada por ellos, bien por su falta de diligencia o porque, realmente no lo quisieron así; pero, de haberlo querido, la servidumbre no hubiera nacido, ya que en el expediente expropiatorio así se pudo hacer constatar.

Lo mismo ocurre cuando el propietario de dos fincas, que ha creado un signo aparente de servidumbre sobre ellas y, después, por incuria o negligencia se deja usucapir por otro una de dichas fincas; él puede interrumpir cuando quiera (antes del término de prescripción) la usucapión, si no lo hace es porque consiente tácitamente en ella y en los signos aparentes de servicio que han mantenido; suponer, como hace Guilarte (p. 506), que es impensable que el titular que pierde su propiedad tenga una voluntad tácita respecto a los signos aparentes, pues, probablemente —dice— ni siquiera le consta que existen, ello es tan impensable como irreal; ¿cómo no le va a constar al propietario que existen unos signos aparentes de servidumbre sobre sus fincas si ha de ser él quien los realice para que en su día tengan o no eficacia? Además, la voluntad tácita, hay que repetir con el profesor Castro y Bravo (18 bis), no resulta de lo que se puede suponer que las partes pensaron o no pensaron, sino de los hechos (*facta concludentia*) que realizaron; la actitud omisiva del propietario en la enajenación, ante los signos aparentes, deviene tácita, ya que es reveladora y consecuente con su consentimiento, porque, de no ser querida, siempre pudo ser negada. Precisamente aquí no hay que suponer, ni imaginar, ni presentar las cosas a efectos dialécticos, como hace Guilarte; el realismo vital de los actos y de los hechos aparentes

(18) Cfr. GUILARTE, *La constitución voluntaria de las servidumbres en el Derecho español*, Madrid, 1984, p. 507.

(18 bis) CASTRO Y BRAVO, F. de, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 67.

poseen un interés patrimonial y unas consecuencias en el ámbito de las relaciones jurídicas inmobiliarias en función de la voluntad de las partes, tanto de su libertad y posibilidades, como de su incuria, negligencia y abandono. Para que la destinación tenga naturaleza legal ha de ser producto de un mandato legal impositivo; resulta poco feliz el último supuesto imaginable que Guilarte nos presenta en ciertas enajenaciones contractuales, «como las realizadas con base en un plano y sin posibilidad —dice, p. 507—, de ver los signos aparentes de una situación de hecho susceptible de constituir el objeto de una servidumbre». En este caso, añade, es imposible pensar en un acuerdo de voluntades sobre la constitución de la servidumbre, ya que hay ausencia de voluntad, por lo que el gravamen surgirá porque lo quiere la ley. En primer lugar, es erróneo el planteamiento y la imposibilidad de que las partes no se puedan apercibir de unos signos aparentes; el que adquiere un fundo o inmueble solamente con arreglo a un plano es un negligente y culpable de sus propios actos imprudentes, ya que *ius civilis vigilantibus scriptum est*; por tanto, si la servidumbre nace, no es porque lo quiera la ley, sino porque él mismo lo ha tolerado con su negligencia; si hubiese sido prudente, si hubiese empleado la diligencia de un buen padre de familia, o de un común comerciante, se habría percatado, ante los signos aparentes, del estado del fundo o inmueble y habría podido adoptar la decisión expresa de suprimirlos; aquí no hay ninguna imposibilidad (ni subjetiva ni objetiva) para las partes, ya que, quien dice desconocer, debiendo saberlo, ante la apariencia de los signos de servidumbre, en realidad, los ha aceptado tácitamente, tal como reconoce el propio legislador; la ley, pues, no crea la servidumbre, la ley es la que deduce y confirma que hubo c! «título», o acuerdo de las partes, precisamente, ante la apariencia insoslayable del signo de servidumbre.

Otro grave error y contradicción de Guilarte (p. 508) es concluir que, si no existiera el artículo 541, en ninguno de estos casos se constituiría el gravamen, pues no se podría probar la existencia del acuerdo de voluntades. Es que, ¿no ha examinado el propio autor la institución de la destinación del padre de familia, antes de la redacción del artículo 541 y nuestra jurisprudencia (pp. 402 ss.), demostrando que bastaba la apariencia del signo puesto por el propietario para que en la enajenación «se considerase» como título? No es lo mismo que la ley legitime y precise los requisitos de una relación jurídica, que han de llevar a cabo potestativa y opcionalmente las partes a que les imponga una exclusiva conducta. En el artículo 541 el legislador no impone una conducta a las partes, sino que deduce, ante un signo aparente y de su comportamiento omisivo, un «título»; interpretar dicho «título» como legal y no voluntario sería incongruente con ese mandato, tal como expresó García Goyena.

Finalmente, Guilarte también se muestra contradictorio al defender y transportar, por un lado, las posiciones legalistas italianas y de su «Código Civil» (lo cual no obsta para que en dicho Código del 42 se hayan empleado las mejores técnicas civilistas asimiladas de la Pandectística alemana, tal como nos exponía en la Universidad romana nuestro inolvidable maestro el profesor Betti) y, por otro, el reconocer, para nuestro Derecho y para el alemán (pp. 392 y 527) que, aún sin estar institucionalizada legalmente la

figura, no obstante, jurisprudencialmente, se admite la obligación de constituir una servidumbre en supuestos de hechos similares al artículo 541, donde se estima que ha existido una voluntad mediante un acuerdo tácito.

Efectivamente, no hizo falta el poder de la ley para que surgiera la «destinación del padre de familia»; porque, en sus orígenes —y ahora también en el Código civil— la servidumbre nace de un título presunto a través de un negocio jurídico de enajenación (19). De un modo interpretativo similar, nuestro Tribunal Supremo, cuando todavía estaba por redactar el artículo 541 del Código civil, puso el fundamento de la constitución de la servidumbre en la conformidad y aceptación tácita de las partes, en el momento de la enajenación, debido a la conservación por ellas del estado de hecho de las fincas, ante los servicios recíprocos que venían prestándose o signos aparentes. La Sentencia de 10 julio de 1880, relativa a cierta manera de construcción establecida en provecho común de las fincas, concluirá que «conservando dicho estado, mientras las fincas pertenecieron al mismo dueño, y vendidas separadamente en el propio estado sin establecer alteración en ninguna de las ventas hechas, los compradores lo aceptaron y se conformaron con él, restableciendo al hacerlo los servicios recíprocos que las fincas venían prestándose». Es decir que al haber dejado las cosas en el «propio estado» sin expresar o «establecer alteración en ninguna de las ventas hechas», se entiende tácitamente (al no haber sido de modo expreso) que «los compradores lo aceptaron y se conformaron con él». Para el Tribunal Supremo no se trataba de un fundamento interpretativo efímero o esporádico; ello nos lo va a confirmar y demostrar la Sentencia de 7 de junio de 1883, cuando le atribuye la categoría de «principio» y va a asimilar casi textualmente el modelo propuesto por García Goyena (20) en el artículo 540 de su proyecto de Código civil. Textualmente dice que: «Considerando que lo dispuesto en la Ley 14, Título 31, Partida 3.^a, que trata de cómo se constituyen las servidumbres y sirve de fundamento al fallo recurrido, no se opone al principio también invocado en el recurso de que al separarse los predios que entre sí prestaban servicios establecidos por el propietario de ambos sin que se pacte en el contrato un modo de disfrute distinto del que usaba el antiguo dueño, se entiende subsistir la servidumbre necesaria para verificarlo, y que el signo aparente de ella es un título para que continúe, a no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las fincas se exprese lo contrario, como tiene declarado este Tribunal Supremo». O sea, cuando no «se exprese lo contrario» por las partes contratantes, se entiende «subsistir la servidumbre» (es decir, el «servicio establecido por el propietario») y «el signo aparente es un título»; aquí, no cabe duda que se interpreta en base a un convenio tácito, porque no puede tener como fundamento una ley que no existe. Si ello es así, también lo va a ser después de publicado el Código civil, ya que el artículo 541 es una transcripción literal del artículo 540 del proyecto de García Goyena y de lo interpretado por el Tribunal Supremo.

(19) En este sentido, últimamente PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, p. 295.

(20) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, p. 418.

Respecto al sector de la doctrina civilista española, que mantiene que el fundamento de la constitución de la servidumbre por signo aparente es la ley, deberá aportar los argumentos (que todavía no ha dado) de cómo, sin un cambio de redacción del texto codificador (al contrario de lo que ocurrió para otros ordenamientos, como el italiano), se puede llegar a una interpretación contraria a la originaria de que dicha servidumbre nace por un título voluntario.

Ultimamente, Guilarte (p. 521) se adhiere a la posición del profesor Marín, el cual sólo afirma que, en definitiva, el artículo 541 establece unos presupuestos para el nacimiento de la servidumbre, de suerte que, si se producen los mismos, la servidumbre nace *ipso iure*, automáticamente y sin que, en este caso, quepa una prueba en contrario; por tanto, concluye, no se trata de una presunción *iuris tantum*, sino *iuris et de iure*.

Por este simple razonamiento todas las relaciones jurídicas e instituciones tipificadas, o en aquellas que han sido puntualizados sus requisitos por la ley, serían de origen legal; para las voluntarias quedaría tan sólo el espacio de lo atípico y espontáneo. Todo jurista sabe que eso no es así; porque la ley concreta y requiera unos requisitos esenciales en general, o en particular, para determinadas relaciones jurídicas, no por ello esas relaciones tienen un contenido forzoso o imperativo. La legitimación normativa en el caso concreto de una institución no puede confundirse con el contenido imperativo o facultativo de su mandato. Para el artículo 541, según queda visto, el legislador tuvo en cuenta los requisitos personales y reales específicos del supuesto, al igual que los recogió la jurisprudencia anterior a su redacción, con la sola diferencia de hacerlo a través del empleo de un recurso técnico, cual es una presunción *iuris tantum*, cuya única finalidad probatoria contribuye, en gran parte, a lograr y a evitar toda inseguridad en el tráfico jurídico; en el caso concreto del art. 541, lo que el legislador trata, precisamente, de considerar y confirmar que es la voluntad de las partes por su actitud omisiva ante los signos aparentes; si no fuese así, no tendría por qué equiparar los signos aparentes a un «título»; al legislador le hubiese bastado disponerlo directamente, sin más consideraciones o equiparaciones; entonces, sí que habría una imposición legal y la servidumbre se constituiría por mandato exclusivo de la ley; pero si es la misma ley (y, antes de la codificación, el jurisprudente) la que quiere entender, o reconocer (21), que la constitución de la servidumbre proviene de un «título», es que el contenido del artículo 541 responde al mandato de una norma interpretativa, pero no imperativa.

El razonamiento a que se acoge Guilarte, de acuerdo con los autores que defienden la constitución legal de la servidumbre por destinación del padre de familia, es que «la constancia contraria al nacimiento de la escritura o el hacer desaparecer los signos (más claramente se observa aquí) no suponen la posibilidad de probar la voluntad contraria al nacimiento de los signos, sino que son más bien un elemento de hecho necesario para que entre en juego la

(21) En este sentido, RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ GERMES, M., *Servidumbres aparentes y no aparentes*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 276 (1951), p. 350.

(22) MIALON, *op. cit.*, p. 16.

presunción». Bueno, ¿desde cuándo unas declaraciones de voluntad de las partes, tan rotundas (realizadas o dichas), que son precisamente las más decisivas para que no se constituya la servidumbre, suponen tan sólo «un elemento de hecho necesario» y no constituye la prueba de la voluntad contraria a los signos? En el momento de la enajenación de uno de los fundos (o parte de uno), ante el signo apparente de servidumbre, las partes siempre tienen la opción de negarlos de una manera concluyente (al destruirlos) o de una forma expresa (documental escrita); esta actitud no supone sólo un elemento de hecho necesario para que entre en juego la llamada presunción legal del artículo 541; se trata de una decisión de una actitud de libre albedrío de las partes que con art. 541 y sin él, siempre ejercitaron, y seguirán ejercitando, según su voluntaria decisión; si se callan, si no deciden suprimir los signos apparentes, el artículo 541 no impide que las partes puedan probar la voluntad contraria al nacimiento de la servidumbre, sino que se deduce más congruente y lógicamente que hay un «título», o sea, que se produjo un acuerdo o asentamiento, que, por no ser expreso, lo es tácito.

En la doctrina francesa más reciente, Mialón (22), entre los nuevos aspectos interpretativos al artículo 694 del Code Civil, no descarta el que se pueda buscar en los actos y circunstancias ulteriores a la separación de los fundos elementos de interpretación del acto de división. Ello es posible precisamente porque la normativa de la destinación del padre de familia en el Código civil francés, al igual que el nuestro, no contiene un mandato imperativo, sino tan sólo interpretativo; por eso, la normativa francesa, como su homóloga española, no emplea una presunción *iure et de iure*, como se pretende por las posiciones legalistas, sino una presunción *iuris tantum*; es decir, que se presume por el legislador (art. 541) que un signo apparente de servidumbre equivale a un título (o sea, a un acuerdo tácito de voluntades), a no ser que haya la prueba en contra, como será cuando las partes hagan desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura, o se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas.

Lo que ocurre es que los civilistas españoles, los que han entendido que nuestro artículo 541 del C. c. impone legalmente este modo singular de constitución de las servidumbres han seguido sobre todo las argumentaciones de la doctrina italiana. Así, Trías de Bes, en sus comentarios a la obra de Serafini (23), comienza por admitir análogamente para nuestro ordenamiento en el artículo 541 una constitución legal o automática de la servidumbre; pero, serán los ilustres profesores Ossorio Morales (24) y Castán Tobeñas (25) quienes harán resaltar específicamente este criterio normativo; el primeró (Doctor por Bolonia) para adherirse totalmente al criterio legal expuesto en el comentario que hace a la Sentencia de 3 de marzo de 1942, y, el segundo, como ilustre ponente de dicha Sentencia, aunque sólo sea para concluir con una postura eclesiástica.

(23) SERAFINI, *Instituciones de Derecho romano*, trad. esp. I (Barcelona, 1927), p. 438.

(24) OSSORIO MORALES, *Comentario a la Sentencia de 3 de marzo de 1942*, en «Revista de Derecho privado», XXVI (1942), p. 411.

(25) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, 7.^a ed. II (Madrid, 1950), p. 500 y 503.

Entre los civilistas seguidores de este criterio constitutivo de la servidumbre no abundan en los argumentos históricos, sistemáticos, gramaticales o contextuales, del tráfico jurídico o del espíritu y finalidad de la institución; para mantener su criterio, les basta simplemente aludir el precepto normativo que delimita los requisitos de su concreción, o a ciertos argumentos bajo la influencia notoria del sector legalista de la doctrina italiana (Deiana, Biondi, Branca, Messineo y Tamburriño), como ocurre con sus principales defensores, los profesores Albaladejo (26), González Porras (27) y recientemente Guilarde (28).

Ahora este último autor pretende ver reforzada la tesis de la constitución legal y automática de la servidumbre por destino del padre de familia mediante el apoyo interpretativo de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo. No obstante, al ser consciente de la tesis voluntarista de este alto Tribunal, tiene que calificar su línea de conducta como «irregular», aunque ostinadamente concluya que «las sentencias que toman partido por la teoría de la constitución automática lo hacen de una manera terminante y coherente en todos sus puntos (SS. 6 enero 1932, 23 enero 1962 y 16 abril 1963), mientras que «las sentencias más recientes parecen inclinarse por la mera comprobación de los requisitos del artículo 541 para concluir el nacimiento del gravámen». Y concluye: «Esto parece estar mucho más cerca a nuestra postura que a la voluntarista, y, por último, indicar que el recuento de unos y otros fallos parece mostrar cómo la balanza se inclina hacia las teorías legalistas no sólo por la cantidad, sino, especialmente, por la calidad de las sentencias que la recogen».

Ante tales afirmaciones, se puede advertir cómo el entusiasmo y la pasión pueden oscurecer la realidad, ya que con sólo tres sentencias —por lo demás, sin el efecto automático que se les preconiza—, no se puede llegar a tan optimista conclusión, sobre todo cuando solamente una afirma que «el título aparece por ministerio de la ley» (29), y las demás sólo expresan que «es fuerza rendir acatamiento a los mandatos del artículo 541 del C. c., cuyos efectos hace sobrevivir la ley» (30), o que «a partir del tal instante operó el artículo 541 como título de la expresada servidumbre» (31). En cambio, se prescinde del gran cúmulo de la tarea interpretativa de otras sesenta y siete sentencias (32), de las cuales no se puede deducir lo mismo que de las otras tres.

(26) ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil. Derecho de cosas*, Barcelona, 1964, p. 380.

(27) GONZÁLEZ PORRAS, en *Comentarios a la obra de BIONDI, Le servitù*, página 707.

(28) GUILARTE, *La constitución voluntaria de las servidumbres en el Derecho español*, Madrid, 1984, pp. 387 y ss.

(29) S. 6 enero 1932.

(30) S. 23 enero 1962.

(31) S. 16 abril 1963.

(32) SS. 14 septiembre 1867, 10 julio 1880, 10 enero, 7 junio, 7 julio y 7 noviembre 1883, 13 junio 1885, 31 mayo y 21 octubre 1892, 26 junio 1893, 7 febrero 1896, 8 febrero, 27 mayo y 4 julio 1889, 31 marzo 1902, 13 mayo 1903, 6 febrero y 12 octubre 1904, 5 abril 1906, 12 octubre 1909, 29 mayo y 17 noviembre 1911, 1 febrero y 10 abril 1912, 29 diciembre 1914, 9 julio y 23

Dado que de una gran parte de estas sentencias he dado cuenta en mis estudios anteriores, ahora voy a fijar mi atención en el criterio interpretativo del Tribunal Supremo llevado a cabo en estos últimos trece años (1970-1983).

3. EL CONTENIDO Y EL ALCANCE DEL SIGNO APARENTE DE SERVIDUMBRE: SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1970

En el caso de autos de la Sentencia de 8 de mayo de 1970, los copropietarios de una finca urbana demandan al propietario de la finca contigua y entablán una acción negatoria de servidumbre como consecuencia de la obra nueva que implica la apertura de un hueco o puerta hacia un pasillo, que, si bien era de uso recíproco y común, el demandado sólo podía utilizarlo en parte y conforme a una situación de hecho anterior. La situación de hecho así establecida procedía de que ambas fincas eran el resultado de la segregación de una misma finca matriz, perteneciente a un solo dueño, del cual habían adquirido por compraventa una de las partes en que se dividió la finca.

El Juez de Primera Instancia reconoce que hay una servidumbre de paso en base a lo dispuesto por el artículo 541 del Código civil, si bien al modificarse la situación de hecho anterior debe ser repuesta a su forma de origen. Igualmente, así lo entienden la Audiencia y el Tribunal Supremo, cuando se concluye que «no sólo modifica de hecho el estado preexistente en el momento de constituirse la servidumbre de paso por título de signo apparente en virtud de lo dispuesto en el artículo 541 del C. c., sino que además hace más gravosa la misma».

Un simple legalista atribuirá a la expresión empleada por el Juez y por el Tribunal Supremo («en virtud de lo dispuesto en el artículo 541 del C. c.») un carácter imperativo, mediante el cual se constituye la servidumbre por mandato de la ley, cuando, en realidad, la dicción empleada por la Sentencia no lo es en ese sentido, sino del lugar en que se recoge y explicita por la norma del artículo 541 la serie de requisitos necesarios que caracterizan el supuesto especial de destinación del padre de familia o del propietario; entre esos requisitos, la única sanción de carácter dispositivo es la que se refiere a la atribución, o consideración como «título» a los signos apparentes puestos o conservados por el padre de familia o propietario; o sea, para disponer su fundamento, precisamente, no legal, sino voluntario, confirmando así el convenio o acuerdo existente entre las partes y que, al ser por omisión,

noviembre 1917, 7 enero y 6 marzo 1920, 4 julio 1925, 11 mayo 1927, 10 abril 1929, 24 y 30 mayo 1933, 6 enero 1936, 18 diciembre 1954, 31 octubre 1956, 10 octubre 1957, 4 marzo, 3 abril y 30 octubre 1959, 21 enero 1960, 30 mayo 1961, 11 mayo 1962, 5 enero, 16 abril y 22 noviembre 1963, 2 mayo 1964, 20 diciembre 1965, 24 noviembre 1967, 30 marzo y 15 junio 1968, 8 mayo 1970, 26 enero y 21 junio 1971, 2 junio y 6 julio 1972, 27 abril 1973, 27 octubre 1974, 11 junio y 30 diciembre 1975, 10 diciembre 1976, 30 junio 1978, 9 abril 1979, 3 julio 1982, 7 julio y 22 septiembre 1983.

es decir, tácito, se podría considerar un tanto dubitativo. En definitiva, resulta que lo dispuesto por el legislador en el artículo 541 es la caracterización del supuesto, según el cual, cuando las partes de un modo expreso no niegan o destruyen el signo apparente de servidumbre, hay que entender su actitud como «título», es decir, como el convenio que, por no ser expreso, se considera existente en base a la constancia de los signos apparentes de servidumbre. Por tanto, el mandato no es para que nazca la servidumbre por obra de la ley, sino en función del comportamiento de las partes, cuando ante el signo apparente se han callado, lo toleran; cuando pudiendo haber actuado o haber hablado, no expresan su repulsa ante el signo; quiere decir que, por tales actos concluyentes de mantener el signo apparente es porque el legislador le reconoce los efectos de «título». O sea, que en este caso el mandato del legislador es para que nazca precisamente como servidumbre voluntaria; aquí el legislador arbitra, mediante el recurso técnico legislativo de una presunción *iuris tantum*, la posibilidad de que las partes opten expresamente por la extinción, o tácitamente por la constitución de la servidumbre. De este modo, se dispone el supuesto del artículo 541 a la inversa de otros negocios jurídicos; es decir, que la supresión o extinción del signo apparente de servidumbre ha de ser realizada o manifestada expresamente por las partes, mientras que para su mantenimiento o constitución como servidumbre, al ser tan evidente y relevante su situación apparente por los signos, si se callan o abstienen dichas partes, se hace evidente o concluyente que la quieren así, puesto que siempre tienen libertad y posibilidad de decidir que esos signos apparentes se destruyan o desaparezcan en el momento de llevarse a cabo la enajenación de una de las fincas.

Además de lo que tengo expuesto en otro lugar para este Sentencia (33), se debe añadir que en ella, el alto Tribunal, en su interpretación, toma muy en cuenta «el estado de hecho preexistente en el momento de constituirse la servidumbre de paso por título de signo apparente», es decir, la relevancia de la apariencia, en cuanto constatación del resultado de una actuación u omisión de las partes, y, la consideración de la naturaleza voluntaria («por título») de la modalidad constitutiva de la servidumbre.

El estado de hecho preexistente de un servicio, apto para ser servidumbre en el momento de la enajenación de una de las fincas, es siempre el resultado de dos actuaciones anteriores: La primera es el acto de destino y mantenimiento del servicio que le atribuyó su propietario, cuyo contenido y carácter idóneo, posteriormente, cuando la finca se enajena, pueda llegar a constituir una servidumbre, puesto que el ejercicio anterior por el *dominus* lo es por derecho propio, ya que *nemini res sua servit*; la segunda actuación lo es por omisión de las partes en la enajenación, al no suprimir o destruir el signo apparente de servidumbre, ni al declarar expresamente su negativa en ese momento de separación, lo que no supone un requisito objetivo que lo imponga la ley, sino que es una manera de actuación, o de declaración tácita de las partes, ya que, de no haberlo querido o consentido, siempre tu-

(33) BONET CORREA, *El contenido de las servidumbres constituidas por signo apparente* (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1970), en «Anuario de Derecho Civil», XXIV-3 (1971), pp. 1058 y ss.

vieron la posibilidad de destruirlo o manifestarse expresamente en su contra, dada su manifiesta apariencia.

Además, es aquel estado de hecho de los bienes, su conformación y apariencia, lo que tiene un valor relevante en el tráfico jurídico, tanto desde su alcance identificativo como patrimonial; es más, dentro del sistema de la organización jurídica de la publicidad, dicha apariencia viene a equiparar y suplir la inscripción registral. De aquí que tal estado de hecho, o apariencia, se identifique, tanto por vía interpretativa como por vía legal, con el resultado volitivo real de las partes en la enajenación y se equipare a un título, pues, ante la evidencia del signo aparente, las voluntades de las partes si no lo rechazan expresamente es lo que lo admiten tácitamente. Esto es algo tan evidente que está en la mente más simple de cualquier ciudadano o paisano, incluso el más analfabeto o el que desconozca la redacción del artículo 541; le será suficiente la apariencia de las entradas y salidas, de los caminos o acueductos que atraviesan la finca que va a adquirir, así como las ventanas y balcones de la casa que va a comprar, para ser consciente de aquellos servicios que están establecidos o conservados por el anterior propietario en el momento que se enajena el bien inmueble; sabe, o debe saber por su apariencia, que lo adquiere así y no de otra manera. Es la realidad de la apariencia de los servicios lo que el legislador legitima y no su constitución automática; le es suficiente dar por interpretadas las conductas de las partes, ante los signos aparentes, con el fin de eliminar controversias y mantener la seguridad del tráfico patrimonial, si bien respetando su decisión en caso de que los supriman o se opongan a ellos expresamente. Por eso, nuestro Tribunal Supremo, en esta Sentencia de 8 de mayo de 1970, descalificaba toda modificación posterior y destacaba el valor normativo del «estado de hecho preexistente en el momento de constituirse la servidumbre de paso por título de signo aparente en virtud de lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil». No se puede concluir, pues, ni ver en la dicción «lo dispuesto» que hace el intérprete, el que se deduzca un mandato imperativo del legislador, ya que la constitución de la servidumbre depende de la actitud que adopten las partes, de su declaración expresa de suprimirla o bien de su actitud omisiva ante la apariencia de los signos; actitud esta última que el legislador no impone, sino que solamente considera y confirma como «título».

4. LA CREACION Y EQUIPARACION DEL SIGNO APARENTE DE SERVIDUMBRE POR EL MISMO PROPIETARIO DE LAS FINCAS Y LA CONSTITUCION TACITA DE LA SERVIDUMBRE EN LA PARTICION HEREDITARIA: SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1971

La Sentencia de 26 de enero de 1971 contemplaba el supuesto en que las fincas procedentes de un mismo propietario, ya tenían entonces los caminos que hoy las cruzan y son objeto de debate, por lo que los signos aparentes y su ejercicio, se mantuvieron y continuaron una vez divididas dichas fincas entre los coherederos.

La litis se plantea entre quienes pretenden que se trataba de una mera tolerancia la existencia de los caminos y aquellos que afirmaban su ejercicio como servidumbres de paso amparadas por el artículo 541 del Código Civil. La primera tesis, aceptada por el Juez de Primera Instancia, fue revocada por la Audiencia y confirmada por el Tribunal Supremo, cuya Sentencia de 26 de enero de 1971, establece que «no es preciso que el signo de servidumbre lo establezcan el mismo dueño anterior, o por los que después dividieron, pues basta para ello que unos y otros hayan mantenido o conservado el servicio, establecido con anterioridad, más o menos remota, por otras personas como aquí se asegura que las dos fincas fueron una sola».

Según ya tengo afirmado (34) el acto o actos de destinación del propietario, por los que se crea el servicio entre sus fincas, o una finca que después se divide o dos, son actos que entran en la categoría de los negocios de disposición, ya que el propietario los realiza con plena conciencia (*scientia*) de sacar un provecho entre ellas y sólo él puede llevarlos a cabo para que logren aquella trascendencia posterior, según se requerirá por el artículo 541; por eso, no serán nunca actos dispositivos los que realicen los meros titulares de un uso o aprovechamiento de las fincas como los arrendatarios, administradores, precaristas o detentadores, ya que carecen de la legitimación y del poder suficiente para lograr una transformación del contenido jurídico y material de la finca o inmueble que usan o disfrutan.

Sin embargo, Guilarte (35) cree con Biondi que estamos en presencia, no de un acto de disposición, sino de mera administración, ya que los actos suponen el normal al ejercicio del derecho de propiedad. Naturalmente que en el desarrollo del derecho dominical por el propietario puede haber meros actos de ejercicio o gestión de su derecho de propiedad; pero también hay otros actos que, si de momento no trascienden de la esfera interna, no obstante, pueden estar marcados por su «destinación» o «afectación» futura; son aquellos servicios que realiza el propietario con una cierta idoneidad que, sin embargo, mientras pertenezcan a su misma titularidad (*nemini res sua servit*), pero que si se siguen manteniendo hasta la enajenación, llegan a tener plena efectividad; por eso son actos con naturaleza dispositiva; la intencionalidad inmediata o mediata por la que los establece su propietario queda revelada finalmente por la situación de hecho y la apariencia del servicio que se mantiene funcionalmente hasta la enajenación.

Es por ello, por lo que a mi juicio los actos de destinación no son simples actos de gestión, puesto que pueden implicar el desenvolvimiento de un servicio adecuado e idóneo en la modalidad de explotación y transformación de las fincas; se basan en una razón utilitaria o del destino objetivo que prestan, tanto para su propietario, como en caso de enajenación para el que la adquiera, debido a su vocación de *ius in re aliena*. Es por lo

(34) BONET CORREA, *La constitución tácita de servidumbres en la parcelación hereditaria*, en «Anuario de Derecho Civil», XXVII-2 (1973), pp. 657 ss.

(35) GUILARTE, *op. cit.*, p. 420.

que el acto de destinación resulta no sólo para el propietario en función de un servicio útil, sino que trasciende a la propia estructura de las fincas, aunque, en principio, sea en vista de su exclusivo beneficio; así, al llevarlos a cabo (abrir una ventana, hacer un camino, construir un acueducto, etcétera), implican ya una alteración del contenido del derecho de propiedad de la finca, de su estructura material y formal. De aquí la importancia que adquiere la apariencia de los signos externos de los servicios con potencial de servidumbre que se establecen y que se mantienen hasta el momento de la división y enajenación de la finca. Que sea el propietario de dos fincas, o de una que se divide, quien haya realizado el signo, o lo hubiera conservado si existía anteriormente, es un requisito fundamental constatado normativamente por el artículo 541 del C. c. y que se confirma por la interpretación del T. S. (S. 10 octubre 1957).

En el caso de autos, al haberse mantenido los signos aparentes, o caminos, en una situación de cotitularidad, supone la confirmación de *ia scientia* y *patientia* (que requerían los clásicos) de las partes y concretamente en el caso de autos en los copropietarios.

La segunda cuestión fundamental que aborda esta Sentencia de 26 de enero de 1971 es la que se refiere a cómo «la conservación del signo aparente del uso establecido revela la voluntad de los propietarios de mantenerla», (la servidumbre) (36). Además, por tratarse de un caso de transmisión hereditaria, en el que, según el Tribunal Supremo «no se ha justificado la desaparición de tales caminos al hacer la división de las fincas para demostrar la falta de voluntad de que existieran, no pueden menos que apreciarse que tales vías de paso de una a otra finca pueden ubicarse en el ámbito del artículo 541 del Código civil». Efectivamente, que se conserven los signos aparentes —en este caso los caminos— es para el Tribunal Supremo la interpretación correcta de que hay una voluntad clara por parte de los propietarios de mantenerlos; también advierte cómo esa voluntad se confirma en el momento de hacer la división de las fincas, pero no por la vía expresa, sino por la tácita, ya que entiende que «no se ha justificado la desaparición de tales caminos al hacer la división de las fincas, para demostrar la falta de voluntad de que existieran». No obstante, Guilarte (37) ha concluido que esta Sentencia es vacilante en orden a la consideración sobre el fundamento de este modo constitutivo, porque si parece inclinarse por la teoría voluntarista su considerando segundo, sin embargo, el tercero, en cambio, parece decidirse por una aplicación automática del artículo 541. Me parece que la vacilación procede más del propio comentarista que del Tribunal Supremo, pues, la referencia que este último hace a la voluntad de las partes en el momento de la enajenación la considera en función de la conservación de los signos aparentes (caminos), que «pueden ubicarse en el ámbito del artículo 541 del Código» o que «tienen su encaje legal en el artículo 541 del Código», o sea, que para el Tribunal Supremo se trata de que la voluntad de las partes, la no expresada —ya que

(36) Citada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, p. 294.

(37) GUILARTE, *op. cit.*, p. 496.

no se ha justificado la desaparición de tales caminos— ante la presencia de los signos, como es la tácita —por la conservación o mantenimiento del signo apparente en el momento de la enajenación de las fincas sin una referencia expresa— son los requisitos que tienen su «encaje legal», o que pueden «ubicarse» en el ámbito del artículo 541 del Código civil; si «ubicarse», o «tener su encaje legal» en el artículo 541 significa que por ello se constituye la servidumbre automáticamente, teniendo así un fundamento legal y no voluntario, me parece que se retuerce y fuerza la interpretación de nuestro alto Tribunal para sustituirla por la de aquellos otros ilustres autores italianios que en nuestro supuesto normativo carece de fundamento. Nunca he creido en el automatismo de la ley, aunque sí en el efecto radical de sus disposiciones imperativas; incluso en éstas, su mandato va dirigido a conductas, las cuales han creado relaciones y situaciones jurídicas válidas o nulas, pero siempre con una apariencia o unos resultados que habrá que combatir y que, con arreglo al principio de justicia rogada de nuestro ordenamiento positivo, habrá que poner en marcha hasta lograr su eficacia o ineficacia.

Tampoco hay que confundir la eficacia inmediata que produce la actualización de las partes con arreglo a lo normado facultativamente por la ley, según ocurre para el caso de autos, con el mandato imperativo que impone la ley a una determinada conducta de las partes estableciéndose en virtud de su autoridad la constitución de una servidumbre.

En el caso concreto de que la enajenación se produzca a través de un supuesto de sucesión intestada no cabe decir que los herederos habrán de aceptar los bienes sin saber o poder conocer y rechazar la servidumbre. En primer lugar, no cabe adoptar una interpretación restrictiva para excluir el supuesto de destinación del padre de familia, según pretendió Sánchez Román (38), puesto que la presunción de libertad de la propiedad no puede ser considerada en este caso, al quedar negada rotundamente por los propios signos apparentes de la servidumbre (los caminos en el caso de autos), incluso, cuando se haga constar de una manera general que «las fincas están libres de toda servidumbre», pues, los signos concretos tienen más fuerza como título que esa declaración generalizada como cláusula de estilo (SS. 10 octubre 1957, 30 abril 1959, 31 enero 1960, 16 abril 1963 y 2 junio 1972). Tampoco me parecen sostenibles los argumentos de Sancho Rebullida (39) —analizados en otros escritos (40)—, puesto que los herederos, si efectivamente quieren rechazar el servicio del signo apparente, tienen la ocasión de manifestarse expresamente en su contra en el momento de la partición, fuera del cuaderno particional o de cualquier otro modo documental, según el propio Tribunal

(38) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 2.^a ed. III (Madrid, 1900), p. 649.

(39) SANCHO REBULLIDA, *¿Puede la fatalidad originar servidumbres? En torno al artículo 541 del Código Civil*, en «Revista Universidad», IV (1946), páginas 39 y ss.

(40) BONET CORREA, *La posibilidad de impedir la constitución tácita de servidumbres en la partición hereditaria*, en «Anuario de Derecho Civil», XIII-2 (1960), p. 635 ss. y *La constitución tácita de servidumbres en la participación hereditaria*, en «Anuario de Derecho Civil», XXVI-2 (1973), páginas 657 y ss.

Supremo tiene confirmado para diversos supuestos de sucesión abintestato (41).

La apariencia de los signos es tan elocuente que no cabe argumentar que alguna de las partes los puede ignorar; si la finca o inmueble se adquiere por plano, sin trasladarse a verla, por correspondencia, etc., no es que ignore o la quiera de otro modo a como aparecía, sino todo lo contrario, es que se admite y se adquiere tal como está; la falta de diligencia o incuria del adquirente no le excusan, ni suprimen su voluntad adquisitiva en el negocio de enajenación que lleva a cabo; por el contrario, asume sus consecuencias (*ius civile vigilantibus scriptum est*); igualmente, ante la falta de diligencia o incuria cuando deja que la finca la adquieran por usucapión, o cuando le imponen una expropiación forzosa. No es verdad —como me pretende rebatir Guilarte (42)—, que en tales supuestos falta la voluntad de la parte, porque nada sabía, o porque se le impone, ya que si no lo sabe es porque no quiere saberlo y, si se le impone también lo sabe; se olvida que la voluntad tácita de las partes —según queda analizado—, es aquella que se deduce, no subjetivamente, sino objetivamente de los *facta concludentia*, precisamente por eso, es por lo que la propia norma considera los signos aparentes como un «título (ahora bien título voluntario, no legal), tal como la propia interpretación del Tribunal Supremo ha realizado en la presente Sentencia de 26 enero 1971.

5. LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA LA CONSTITUCION DE LA SERVIDUMBRE POR DESTINACION DEL PADRE DE FAMILIA: SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1971

En esta sentencia se contempla una interpretación inadecuada del artículo 541 del Código civil por la parte litigante, ya que el signo aparente de servidumbre que fue objeto de pleito, referente a una puerta de paso entre los dos fundos, fue establecida por quien no era propietario de ninguno de ellos. De aquí que, el Tribunal Supremo, afirme que «hay interpretación errónea del artículo 541 del Código civil, toda vez que la constitución por signo aparente de las servidumbres y que la doctrina viene denominando por destinación o destino del padre de familia, precisa el cumplimiento de determinados requisitos».

Efectivamente, a pesar de que se trata de un modo negocial de constitución de las servidumbres (ya que se realiza por la enajenación de uno de los fundos, lo sea mediante actos *inter vivos* o *mortis causa*), son sus particulares requisitos los que lo caracterizan y configuran, tanto tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia, como normativa por los Códigos civiles, en cuanto modalidad singular. Esta singularidad aparece reconocida y recogida —que no impuesta legalmente, según pretende cierto sector doctrinal español por notoria influencia de la doctrina italiana— por nuestro artículo 541 del Código civil.

(41) SS. 7 noviembre 1883, 21 octubre 1892, 26 junio 1893, 5 abril 1906, 17 noviembre 1911, 7 enero 1925, 6 enero y 3 marzo 1942, 21 enero 1960, 20 diciembre 1965 y 26 enero 1971.

(42) GUILARTE, *op. cit.*, pp. 502 a 508.

Los requisitos esenciales que el artículo 541 menciona son: a) Que exista un signo apparente de servidumbre entre dos fincas; la jurisprudencia aclara que también puede ser cuando una misma finca se divida en dos o más porciones materiales (SS. 7 noviembre 1883, 26 junio 1883, 31 marzo 1902, 6 febrero 1904, 5 abril 1906, 7 enero 1920, 10 abril 1929, 10 octubre 1957, 30 octubre 1959, 8 mayo 1970, 27 abril 1973, 27 octubre 1974, 3 julio 1982); b) Que el signo sea establecido por el propietario; la jurisprudencia también admite que el signo apparente, si no fue establecido originariamente por el propietario, al menos, sea conservado y mantenido por él (SS. 10 octubre 1957, 26 enero 1971; c) Que se enajene una de las fincas; la doctrina y la jurisprudencia entienden y abarcan cualquier modalidad negocial (*inter vivos* y *mortis causa*) que implique una transmisión del derecho de dominio de los bienes inmuebles; d) Que no haya una declaración contraria a la existencia del signo en el título de enajenación, o se haga desaparecer antes del otorgamiento de la escritura; la jurisprudencia aclara que no basta expresar genéricamente que la finca se transmite libre de cargas o sin ninguna clase de servidumbres, ya que se hace necesaria una declaración explícita sobre la carga concreta (SS. 10 julio 1880, 10 enero 1883, 6 febrero 1904, 5 enero 1963, 29 diciembre 1965, 2 julio 1972, 30 diciembre 1975).

En el caso de autos de la Sentencia de 21 de junio de 1971, el signo apparente de servidumbre (una puerta de paso) no había sido establecida por el propietario de ambos fundos, sino «por quien no era propietario de ninguno de ellos», «por lo que no llegaron a ser en ningún momento de un solo propietario, faltando dos de los esenciales requisitos necesarios para tener por constituida la pretendida servidumbre por signo apparente o destino del padre de familia».

Que el signo apparente de servidumbre deba ser establecido, o, al menos conservado, por el propietario de ambos fundos, o de uno que se divide, no es sólo un presupuesto legal, sino el fundamento fáctico para que dicho signo apparente pueda ser considerado como un «título», es decir, el indicio plasmado de la voluntad de su constitución o mantenimiento en el momento de la enajenación; si no ha sido el propietario de los fundos quien creó el servicio apparente, quiere decir que su establecimiento fue posterior a la enajenación y, por tanto, ha faltado no sólo el requisito material necesario normativamente establecido, sino también el presupuesto esencial de titularidad del dominio para poder proceder a disponer de su transformación tal como implica un *ius in re aliena*.

6. LA CONSTATACION CONCRETA EN CONTRA DE LOS SIGNOS APPARENTES DE SERVIDUMBRE Y LA ACTITUD POR OMISION DE LAS PARTES AL NO HABER DESTRUIDO LOS SIGNOS QUE LA EXTERIORIZAN: SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1972

El Tribunal Supremo declara en esta Sentencia que «la doctrina emanada de esta Sala en repetidas sentencias, que estiman, de acuerdo con el artículo 541, que la existencia de un signo apparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas se considerará, si se enaje-

nase una de ellas subsistiendo dicho signo, como título suficiente para que aquélla continúe activa y pasivamente, salvo se haga constar lo contrario en el documento de enajenación de cualquiera de ellas, al tiempo de formalizarse la transmisión, manifestación ésta, que ha de ser clara y terminante, sin que sea suficiente la declaración de que la finca se vende libre de cargas (SS. 10 octubre 1957, 30 abril 1959, 21 enero 1960, 16 abril 1963, entre otras muchas)» (43). Además, «el simple hecho de no haberse expresado el propósito de la constitución de la servidumbre sobre el fundo contiguo no lleva en sí, ni puede deducirse de ello, la inexistencia de aquélla, porque la doctrina jurisprudencial sienta que, al no haber sido destruido los signos que la exteriorizan, ni hacerse constar en la enajenación nada en contrario, de forma clara y terminante, ha de entenderse subsistente la servidumbre».

En esta sentencia se presentan dos cuestiones fundamentales: a) La que se refiere a la negación expresa que las partes han de hacer del signo aparente de servidumbre entre las fincas, al llevar a cabo la enajenación; b) La que atañe a su actitud pasiva, o por omisión, ante el signo aparente, al no haber destruido los signos que la exteriorizan.

Respecto a la primera cuestión interpretativa que plantea esta sentencia, en cuanto al signo aparente de servidumbre, es la de proclamar su fuerza constitutiva en cuanto «título suficiente» para que «aquélla continúe activa y pasivamente»; la consideración del signo aparente a un «título suficiente» sabemos que es el fundamento constitutivo de la servidumbre del cual el legislador confirma la admisión de la servidumbre por el silencio de las partes ante dicho signo aparente y la falta de su declaración expresa negativa respecto a ellos. Hay que insistir en que si bien el legislador es el que deduce la presunción de un título, no por eso la constitución de la servidumbre tiene su origen en la ley y poder sacar la consecuencia, como hace Guilar te (44) de que la servidumbre se constituye de una manera objetiva cuando se cumplen las condiciones legalmente exigidas; creo que aquí se vuelven a confundir los requisitos normativos de legitimación con el carácter dispositivo o facultativo de la norma respecto a los actos y relaciones jurídicas; en toda actividad negocial las partes han de acomodarse a los requisitos generales (consentimiento objeto, causa y forma), como a los particulares de la relación que entablan; no sólo por acomodarse a las condiciones legalmente exigidas estamos ante una creación legal, sino que nuestra conducta es válida, en conformidad con el ordenamiento positivo; otra cosa es que la relación se imponga a las partes (la quieran o no) y surja por el solo efecto dispositivo de la ley. Pero este no es el caso normado en el artículo 541 del C. c., donde se deja libertad a las parte en el negocio de enajenación para que dilucidén acerca de su conveniencia de mantener o no los signos aparentes de servidumbre. Cuando, como aquí concluye el Tribunal Supremo, «salvo se haga constar lo contrario en el documento de enajenación de cualquiera de ellas» (las fincas), «al tiempo de formalizarse la transmisión», «manifestación ésta, que ha de ser clara y terminante, sin que sea suficiente la declaración de que la finca

(43) Sentencia citada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, p. 294.

(44) GUILARTE, *op. cit.*, p. 497.

se vende libre de cargas» y «no haber sido destruidos los signos que la exteriorizan», «ha de entenderse subsistente la servidumbre» (mejor dicho, el servicio que se transforma en servidumbre), lo es en base a la decisión de la voluntad de las partes, bien expresa (al hacer constar en el documento de enajenación su actitud contraria a los signos aparentes), o bien tácita (al no haber destruido los signos que exteriorizan el servicio, ni hacer constar en la enajenación nada en contrario), pero nunca porque la ley impone la servidumbre.

En cuanto a la segunda cuestión interpretativa del Tribunal Supremo, respecto a que la actitud de las partes sea por omisión, Guilarte (45) considera que en esta sentencia hay exclusión de las condiciones de tipo subjetivo, como son la voluntad del sujeto destinante u otra voluntad presunta que se pretenda exigir para la constitución del gravamen. No se adivina cómo puede afirmarse esto, cuando la sentencia, precisamente, manifiesta que «el simple hecho de no haberse expresado el propósito de la constitución de la servidumbre sobre el fundo contiguo, no lleva en sí, ni puede deducirse de ello, la inexistencia de aquélla, porque la doctrina jurisprudencial sienta que, al no haber sido destruido los signos que la exteriorizan, ni hacerse constar en la enajenación nada en contrario, de forma clara y terminante, ha de entenderse subsistente la servidumbre». El entenderse subsistente la servidumbre (mejor dicho, el servicio apparente, equivalente a una servidumbre) (46) lo es por deducción del comportamiento de las partes, no porque lo quiera la ley; antes de estar normado por el artículo 541, también se entendía así por la doctrina tradicional y por el propio Tribunal Supremo, según queda visto. La ley no hace más que legitimar normativamente el supuesto de destinación del padre de familia; son las partes quienes, con sus actos y negocios de enajenación, llevan a cabo, con su comportamiento expreso o tácito, la negación o la constitución de la servidumbre.

7. EL REQUISITO DE QUE EL SIGNO APARENTE DE SERVIDUMBRE SE ESTABLEZCA POR EL PROPIETARIO Y EN SUS FINCAS: SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1972

Que el servicio sea establecido por el propietario de dos fincas (o una parte que se separa) que tenga una apariencia y un contenido similar a una servidumbre y que una de las fincas (o de la parte) se enajene a otro titular, son unos requisitos esenciales para que la servidumbre se constituya y adquiera posteriormente.

En el caso que nos presenta la Sentencia de 6 de julio de 1972 resulta que el propietario construye una terraza, pero sin guardar las distancias o límites establecidos para este caso en los artículos 582 y 585 del Código civil, o sea, de dos metros, cuando se trate de «balcones o voladizos semejantes», sobre la finca del vecino. Enajenadas las fincas, el nuevo adquirente preten-

(45) GUILARTE, *op. cit.*, p. 497.

(46) V. mi nota: *Servidumbre de luces y vistas. Subsistencia de la servidumbre en base a los signos aparentes. Aplicación del artículo 541 del CC..* en «Anuario de Derecho Civil», XXVI-2 (1973), p. 667.

de tener frente al vecino, que se anexionó la franja de terreno colindante con el voladizo o terraza, una servidumbre de luces y vistas, impidiéndole mediante interdicto que construya frente a dicha terraza, en base a que la considera como servidumbre surgida por signo aparente del artículo 541 del Código civil.

La Sentencia de 6 de julio de 1972 precisa que «no basta con que exista el signo aparente, sino que es necesario que el predio sirviente reúna las condiciones necesarias para poder soportarla íntegramente»; en el caso presente debiera haber tenido, al menos, la anchura mínima suficiente para que el gravamen no hubiera afectado a la propiedad ajena colindante (dos o tres metros, según los artículos 582 y 585 del C. c.), por tanto, la sentencia, concluye: «como a partir de la vertical del voladizo, terraza, la anchura media del patio posterior, que hubiera de soportar las vistas, tiene sólo metro setenta y cinco centímetros, el dueño de ambos fundos no pudo, por sí y ante sí, invadir la propiedad del vecino, constituir la servidumbre, que, la sentencia con apoyo en el artículo 541 del Código, da por establecida».

Está claro que en el caso de autos no se cumple el requisito necesario de que el servicio aparente, establecido por el propietario, se establezca sobre sus propias fincas, ya que dicho servicio (la terraza) invade otra finca ajena al no haber guardado las distancias reglamentarias; por tanto, la Sentencia concluye que «no basta con que exista el signo aparente, sino que es necesario que el predio sirviente reúna las condiciones necesarias para soportarla íntegramente». Efectivamente, tiene razón García García (47), que la *ratio* de la exclusión del texto del artículo 541 del C. c., no está en la dimensión de las fincas, sino en la imposibilidad de que queden afectadas otras distintas a las que pertenecían al propietario creador del signo aparente, puesto que ni dicho artículo, ni ningún otro, exige que el predio sirviente tenga determinadas dimensiones, sino que lo único que exige es que el signo ha de crearse por el propietario de «ambas» fincas (es decir, no respecto a otras ajenas no pertenecientes al mismo).

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de este modo constitutivo de la servidumbre, esa Sentencia se expresa en los términos siguientes: «Para que pueda darse por constituida la servidumbre aparente entre dos predios pertenecientes al mismo propietario y para que continúe, salvo pacto en contrario, al ser vendido cualquiera de ellos, no basta con que exista el signo aparente «... Es decir, que la Sentencia se preocupa más de que, en el caso de autos, se reúnan los requisitos proclamados por el artículo 541 del C. c., al entenderlos normativamente al pie de la letra (la «servidumbre aparente, para que continúe»), que tomar una posición concreta al respecto, si bien, al entender la posibilidad de un acuerdo expreso de las partes en contra el signo aparente («salvo pacto en contrario»), nos advierte sobre las posibilidades de autonomía de la voluntad de las partes para oponerse expresamente a que el servicio (que no la servidumbre) continúe.

(47) GARCÍA GARCÍA, *Comentario a la S. 6 julio 1972*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 499 (noviembre-diciembre 1973), pp. 1549 ss.; ahora en *Sentencias comentadas del TS. Derechos reales e hipotecario*, Madrid, 1982, pp. 301 y ss.

8. LA NO DECLARACION EXPRESA DE LAS PARTES EN CONTRA DE LOS SIGNOS APARENTES AL DIVIDIRSE UNA FINCA POR SUCESION HEREDITARIA: SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1973

El caso de esta Sentencia de 27 de abril de 1973 es el de una finca que pertenecía a unos esposos y que por sucesión hereditaria se adjudica en tres partes a sus hijos, permaneciendo un camino de servicio que las cruzaba. Con posterioridad, dos de los hijos van contra la existencia del camino y pretenden que se suprima, mientras que el otro sostiene que es una salida necesaria y que la servidumbre se constituyó en base al artículo 541 del Código civil.

El Tribunal Supremo sostiene que «la sentencia recurrida está fundamentada en unos hechos, en virtud de los cuales el camino que se discute se estima como servidumbre necesaria para que el aprovechamiento de las fincas tenga lugar ... y que como el signo aparente de ella es un título para que continúe si al tiempo de dividirse la propiedad no se expresa lo contrario, como así ocurrió, es lógico que al no constar nada en contra de su persistencia, ella deba prevalecer, y como estos hechos resultan irreversibles por no haberse atacado de forma procesal adecuada y no resulta admisible suplantarlos por otros para deducir criterio contrario, es obvio que ni se da la aplicación indebida del artículo quinientos cuarenta y uno ni tampoco la violación del quinientos sesenta y ocho, ambos del Código civil».

La Sentencia mantiene, o no excluye, dos posibilidades constitutivas de la servidumbre de paso: a) La que permite el artículo 541 del Código civil a las partes, ante el signo aparente de servidumbre; b) La que se establece legal o forzosamente por los artículos 564 y siguientes, en caso de que la finca quede enclavada.

Esta Sentencia, al no desechar las dos posibilidades constitutivas de la servidumbre, bien por vía voluntaria o ya por vía legal, nos muestra las diferencias de su naturaleza. Conforme al artículo 541, la Sentencia insistirá «como el signo aparente de ella (de la servidumbre) es un título» y «que si al tiempo de dividirse la propiedad no se expresa lo contrario, como así ocurrió, es lógico que al no constar nada en contra de su persistencia, ella deba prevalecer». La voluntad de las partes aquí es, pues, decisiva, si bien en este supuesto ocurría de otra manera la forma de declararla, ante la evidencia del signo aparente de servidumbre; por eso, las manifestaciones de voluntad para negar el signo aparente de servidumbre han de ser expresas y constatadas, mientras que, ante la permanencia de dicho signo resulta suficiente una voluntad tácita, pasiva o concluyente (ya que tradicionalmente se entendió así por la doctrina y la jurisprudencia y hoy se confirma por el artículo 541, como «título») para entender su constitución.

La Sentencia no se limita a constatar —como cree Guilarte (48)— que, una vez producidas las condiciones del artículo 541, nace la servidumbre, pues tampoco excluye la posibilidad de una servidumbre necesaria y la no violación del artículo 568 del Código civil. Además, aunque en el caso de autos

(48) GUILARTE, *op. cit.*, p. 497.

se reúnan los requisitos que precisa el artículo 541 del C. c., tampoco quiere decir que la constitución de la servidumbre sea legal o forzosa, sino que las partes al no haber expresado nada en contra de los signos aparentes, dichos signos serán considerados como «título», o sea, como el convenio por el que se constituye la servidumbre.

9. LA CONSTITUCION TACITA DE LAS SERVIDUMBRES EN LA PARTICION HEREDITARIA EN BASE AL ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL: SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1974

En el caso de autos de esta Sentencia, se presenta otro supuesto de partición hereditaria de unos bienes inmuebles en la que los herederos acordaron expresamente el mantenerse en un condominio y, concretamente, se inscribía en el Registro de la Propiedad, la existencia de un «patio para el servicio común de las casas que forman la manzana de edificios del paseo de Begoña, correspondiente a la herencia de D. L. T.». Después de ser vendida una de las casas y dividida en propiedad horizontal, al nuevo dueño de un bajo, se le niega por los otros propietarios a servirse del patio.

El Tribunal Supremo declara que, «en el supuesto de que el causante de una herencia haya afectado unos fondos para prestar ciertos servicios en favor de otros, estableciendo los correspondientes signos externos aparentes de servidumbres, éstas se constituyen precisamente en el momento en que sus herederos realizan la partición y prestan su conformidad a que persistan tales signos, conformidad que pueden manifestar de modo expreso haciéndolo constar, o de manera tácita, guardando silencio sobre ello, sin hacer desaparecer aquellos signos» (49).

Para este caso, el Tribunal Supremo narra que «la llamada por la doctrina francesa e italiana constitución de la servidumbre por destinación del padre de familia o del propietario común, tuvo su origen en los postglo-sadores, que admitieron que cuando el propietario de dos fundos destinaba uno de ellos al servicio del otro con signos visibles, se entendía constituida la servidumbre por el hecho de dejar de pertener ambos predios al mismo propietario, sin que se hiciera constar manifestación contraria; y así ha pasado a nuestro Código por el doble conducto de la legislación extranjera y de la jurisprudencia y aparece formulado en el artículo 541» (50).

Con esta breve síntesis histórica del Derecho comparado, la Sentencia deja constancia de la génesis del artículo 541 del Código civil y, además, viene a concretar, en particular, el alcance interpretativo que tiene el término «enajenación», al comprender el supuesto de una partición hereditaria. A este respecto, añade que la doctrina científica y la jurisprudencia dan a

(49) El Tribunal Supremo ha proclamado reiteradamente que la división de la cosa común puede dar lugar a la servidumbre por el artículo 541 del C. c. (SS. 6 febrero 1904, 10 abril 1929 y 10 octubre 1957). Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, A., *La disolución de la comunidad de bienes en la jurisprudencia*, en «Anuario de Derecho Civil», XVIII-2 (1965), p. 390.

(50) Cfr. BONET CORREA, *La constitución tácita del derecho de servidumbre en la partición hereditaria* (*Sentencia del T. S. de 17 de octubre de 1974*), en «Anuario de Derecho Civil» XXIX-3 (1976), pp. 966 y ss.

la voz «enajenar», a estos efectos, un sentido amplio, comprendiendo en él tanto la enajenación a título oneroso como la realizada a título gratuito, la enajenación total como la parcial y además la división de una sola finca —SS. 6 febrero 1904, 17 noviembre 1911, 10 abril 1929, 10 octubre 1959 y 30 octubre 1959—; y, por lo que se refiere al caso concreto, el Tribunal Supremo concluye que «quienes constituyeron las servidumbres litigiosas, según dicha sentencia, fueron los herederos al formalizar la partición, que era el momento en que, efectivamente, por mutuo acuerdo, podían constituirlas o hacerlas desaparecer»; insistiendo en «que el verdadero acto por el que nacen a la vida del Derecho, las servidumbres litigadas, es precisamente ese de la partición, según ya queda razonado, pues sin él, aunque el causante lo hubiera dispuesto, podía ser incumplido este mandato si todos los herederos estaban conformes en que no subsistiera la afectación ordenada de que ese fundo *pro indiviso* prestase ciertas servidumbres en favor de las casas de dicha manzana».

Con esta Sentencia se confirma, una vez más, que la modalidad constitutiva de la servidumbre recogida por el artículo 541 del C. c. es de naturaleza tácita, ya que las partes lo hacen constar así, «guardando silencio sobre ello», «sin hacer desaparecer aquellos signos».

Para algún comentarista, como García García (51), lo importante en estos casos no es que haya una manifestación positiva expresa de la servidumbre, siempre discutible, sino que no haya habido una declaración terminante y clara de signo contrario a la servidumbre; en el caso del artículo 541, existiendo el signo externo, la servidumbre se constituye, a no ser que se manifieste terminantemente lo contrario. Guilarte (52) reconoce que esta Sentencia es partidaria de la tesis voluntarista, aunque prefiera resaltar la contradicción en que cae cuando advierte cómo las partes de manera expresa dan su conformidad respecto al signo aparente de servidumbre (patio común) y, no obstante, a renglón seguido, incongruentemente se considera que aparecen cumplidos los requisitos que la jurisprudencia señala para que se cree la servidumbre regulada en el artículo 541; aquí, concluye, no se puede hablar en modo alguno de que este modo constitutivo es el regulado por el artículo 541, sino que el mismo es el del artículo 537 y el título constitutivo será el acuerdo particional y no el signo aparente.

10. LA PRESUNTA VOLUNTAD DE LAS PARTES POR LA NO DESTRUCCIÓN DE LOS SIGNOS APARENTES DE SERVIDUMBRE Y POR NO HACER CONSTAR NADA EN CONTRARIO DE FORMA CLARA Y TERMINANTE: SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1975

La cuestión planteada, en esta Sentencia de 11 de junio de 1975, proviene de una gran finca que su propietario divide en dos y vende una de ellas, si bien se obliga a construir a sus expensas una pared medianera que ha de

(51) GARCÍA GARCÍA, *Comentario a la S. 27 octubre 1974*, en «RDCI», 511 (noviembre-diciembre 1975), pp. 1480 ss., ahora en «Sentencias Comentadas del T. S. Derechos reales e hipotecario», Madrid, 1982, pp. 301 ss.

(52) GUILARTE, *op. cit.*, pp. 497 y ss.

separar las edificaciones de la faja de tierra de seis a siete metros de anchura que sirve de entrada a la finca que adquiere el comprador. Después de construida la pared medianera con dos pasos de salida, un nuevo adquirente compra la finca segregada, aunque en el documento público se hace constar que se halla libre de cargas; con posterioridad, y en base a esto último, el comprador demanda a los colindantes para que cierren los pasos abiertos en la pared medianera.

El Tribunal Supremo confirmará que la pared entre las fincas tiene carácter de medianera y que el título de la servidumbre de paso «se deduce de los hechos o antecedentes que se declaran probados, tiene su apoyo en el destino del padre de familia, que reconoce el artículo 541 del Código civil, resultante de la presunta voluntad de las partes, que al vender D. A. a D. N., en mayo de 1947, una parte de la finca, previa separación del resto, que se reservaba, ya se hallaban abiertas las dos puertas, signo aparente de servidumbre que no sólo subsistió al segregarse y venderse la finca, sino posteriormente». Además, «no se habían destruido los signos que exteriorizaban los servicios de paso, ni se hizo constar nada en contrario de forma clara y terminante como exigen las Sentencias de 10 de julio de 1880 y 6 de enero de 1936, sin que obste a ello que en la escritura de adquisición se hiciera constar que la finca se hallaba libre de cargas, manifestación que cede ante la realidad de hecho de los signos aparentes».

Esta Sentencia aborda dos aspectos fundamentales respecto a los signos aparentes de servidumbre existentes entre dos fincas —o dos partes de una que se divide— que habían pertenecido a un mismo propietario: el de la constitución de las servidumbres por «presunta voluntad de las partes» y el referente a la constatación de que la finca se hallaba «libre de cargas».

En cuanto a la constitución de servidumbres por «presunta voluntad de las partes», el Tribunal Supremo confirmará en esta sentencia que «tiene su apoyo en el destino del padre de familia, que reconoce el artículo 541 del Código civil». Al referirse a esta Sentencia, Guilarte (53) cae en plena contradicción dialéctica, cuando cree, por una parte, que es decididamente partidaria (quizá la que más tajantemente toma partido por esta tesis) —dice—, del fundamento voluntarista de la destinación, mientras que, por otra, concluye, que hablar de voluntad presunta equivale a hablar de voluntad legal, ya que la presunción a la que se hace referencia viene establecida en la Ley, concretamente en el artículo 541. Este autor no parece distinguir aquí el instrumento legal empleado por el legislador, como es la presunción de que se vale en el artículo 541, del efecto o finalidad que quiere conseguir, el deducir un título (o voluntad presunta de las partes) de los signos aparentes de servidumbre. Si bien el instrumento de que se vale el legislador, o presunción, tiene un carácter legal en cambio, no lo tiene el efecto que pretende lograr en cuanto «título» voluntario; para que el título resultara legal le hubiera bastado con haber impuesto la servidumbre de modo imperativo; entonces no le hubiera hecho falta redactar el artículo 541 de una manera circunloquial y compleja, empleando una presunción *iuris tantum* y con carácter facultativo, ya que le hubiera sido suficiente establecerla dispositivamente.

(53) GUILARTE, *op. cit.*, p. 498.

En el artículo 541 ni tan siquiera se contiene una presunción *iuris et de iure*, puesto que si fuese así, las partes no tendrían una opción en contrario en el momento de la enajenación, para la destrucción de los signos aparentes o expresarse en contra en el título de enajenación; de aquí que la presunción sea *iuris tantum* respecto a la voluntad no expresada o tácita de las partes ante el signo aparente de servidumbre. Se debe insistir en la importancia que los signos aparentes, o estado de los bienes, tienen en el tráfico jurídico; tal es su vigor y efectos que, precisamente, en los similares a una servidumbre alcanzan paritariamente la idoneidad publicitaria igual a la registral.

Tal es así, que en esta misma Sentencia aparecen las consecuencias del vigor de un signo aparente de servidumbre frente a una mera alusión generalizada en el título escrito de enajenación de que la finca se halla «libre de cargas». Desde sus comienzos, el Tribunal Supremo advierte el vigor del signo aparente —«que estaba a la vista de los contratantes» (S. 10 julio 1880)— frente a una «cláusula general consignada en un contrato» (S. 22 diciembre 1970) o en «fórmulas generales usadas en los contratos» (S. 10 enero 1883), que expresan que la finca se transmite «libre de todo gravamen», «libre de todas cargas y servidumbres», por lo que no dudará en calificarlas como «cláusulas de estilo», por no haberse referido a la servidumbre específica (SS. 6 febrero 1904 y 5 enero 1963, concretamente, confirmadas por las de 20 diciembre 1965, 2 junio 1972, y 30 diciembre 1975). Sin embargo, para García García (54) hay que matizar algo más la explicación, por lo que cree que en estas expresiones hay base para pensar que hacen referencia exclusivamente a las cargas «anteriores» a la escritura, pero no excluye aquellas cargas que se producen precisamente por el otorgamiento de la escritura, como es la servidumbre que nace en base al artículo 541, la cual, para excluirla hay que hacerlo de modo claro y terminante, con una «expresión expresa».

La matización que pretende García creo que no añade nada en cuanto se refiere a explicar el significado de la declaración de las partes respecto a la libertad de cargas, ya que en el caso de servidumbres aparentes anteriores, a pesar de tal constatación tampoco se extinguirían si no se las nombra o niega concretamente. Es que en el tráfico jurídico la fuerza de la apariencia de una servidumbre o un servicio (anterior o actual) sobre pasa cualquier otra alusión generalizada que no sea su concreta y específica negativa mediante su destrucción, o «se exprese lo contrario en el título de enajenación»; igualmente ocurre por lo que se refiere a otras «cargas» reales anteriores (hipoteca, etc.), ya que por su inscripción prevalecen frente a tal declaración generalizada. La fuerza de la apariencia, la publicidad de sus signos ostensibles equivale a la inscripción, ya que las partes y terceros no pueden dudar de su realidad, aun cuando no hubieran tenido acceso al Registro, porque, en tal caso como dice la Sentencia de 3 de diciembre de 1975, «siendo manifiesto y no oculto el derecho real aludido, falta por entero la razón en que aquellos preceptos legales se fundan» (arts. 13 y 38 de la Ley Hipotecaria).

(54) GARCÍA GARCÍA, *Comentarios a la S. 11 junio 1975*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 514 (mayo-junio 1976), pp. 683 y ss., ahora en página 344.

De aquí que, ante la ineficacia de esas declaraciones generalizadas en los documentos, frente a la realidad aparente de los signos ostensibles de servidumbre, no tengan otro alcance que de «cláusulas de estilo». La declaración de que los bienes se transmiten «libres de cargas» carece de eficacia ante la evidencia de una servidumbre existente, o ante un signo aparente, puesto que los efectos de la apariencia del servicio son equiparables a una inscripción registral (SS. 3 abril 1959, 23 enero 1962 y 20 diciembre 1965).

11. LA RELEVANCIA DE LA VOLUNTAD DEL PROPIETARIO QUE ESTABLECE EL SERVICIO APARENTE DE SERVIDUMBRE: SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1975

Un propietario había construido sobre sus fincas dos casas con varios patios de donde recibían luces y vistas. Dichas propiedades son divididas y heredadas por sus hijos, quienes, a su vez, las enajenan hasta llegar al actual actor, que derriba una de las casas para alzar una nueva edificación sin respetar las anteriores servidumbres de luces y vista. Entablado pleito, el Juez de Primera Instancia declara que existe una servidumbre de luces y vistas, materializada en su extensión por las dimensiones de los patios existentes entre dichos inmuebles. La Audiencia Territorial confirma la existencia de la servidumbre; lo mismo que el Tribunal Supremo en base a: «Que según ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en sus Sentencias de 30 de octubre de 1959 y 21 junio de 1971, para que los Tribunales puedan declarar la realidad y subsistencia de una servidumbre, regulada por el artículo 541 del Código civil, es indispensable que quien ejercite la acción para conseguirlo acredite debidamente: Primero, la existencia de dos fundos pertenecientes a un único propietario; Segundo, un estado de hecho del que resulte por signos visibles y evidentes que uno de ellos presta al otro un servicio determinante de semejante gravamen, en el supuesto de que alguno cambiara la titularidad dominical; Tercero, que tal forma de exteriorización hubiera sido impuesta por el dueño común de las dos; Cuarto que persistiese en el momento de transmitirse a tercera persona cualquiera de dichas fincas, y, Quinto, que en la escritura correspondiente no se exprese nada en contra de la pervivencia del indicado derecho real».

Dado que en el instrumento notarial de enajenación no se hizo constar nada en contra del servicio aparente, con la sola declaración generalizada de que el inmueble se transmitía «libre de cargas», la Sentencia razona que «el verdadero título constitutivo del mencionado gravamen surge de la voluntad de su creador (SS. 11 junio 1915 y 3 marzo 1942), representado por la persistencia del signo aparente en el momento de la separación de los predios (SS. 17 noviembre 1911, 10 abril 1929, 6 enero 1939, 27 octubre 1974), sin que sea suficiente para adoptar una solución contraria, el que en el documento de enajenación de cualquiera de las fincas, se hiciera constar que se adquirió libre de cargas (SS. 10 octubre 1957, 21 enero 1960, 16 abril 1966, 2 junio 1972)».

(55) GUILARTE, *op. cit.*, p. 498.

Ante esta sentencia, no me parece prudente el enjuiciar al Tribunal Supremo de que sigue una línea un tanto vacilante, como hace Guilarte Gutiérrez (55), puesto que los razonamientos del alto Tribunal, precisamente, vienen aquí avalados por otras muchas decisiones antecedentes de la Sala, o sea, con su propia doctrina legal. El autor, ilusionado por una constitución legalista de la servidumbre en el artículo 541, ante la relevancia que se reconoce a la voluntad del sujeto destinante, trata de mostrar una interpretación insegura y dubitativa del Tribunal Supremo por la sola alusión a la Sentencia antecedente de 2 de junio de 1972, donde tampoco —según queda visto anteriormente— se puede decir que la servidumbre surja de un modo imperativo, sino porque las partes, al tener libertad para oponerse de modo expreso y concreto, no lo hacían, guardaban silencio ante la apariencia del servicio, por lo que daban a entender de una manera tácita que lo aceptaban, o sea, que se producía el «título» que se considera por el artículo 541, cuando permanece y no se suprime el signo aparente de servidumbre.

Se debe aclarar que, cuando la Sentencia manifiesta que el verdadero título constitutivo del mencionado gravamen surge de la voluntad de su creador, lo es debido a la persistencia o mantenimiento del signo aparente, es decir, en base a lo que los clásicos denominaban la *patientia*, hasta el momento de la separación de los predios, decisivo porque es cuando se constata la *scientia*, o conocimiento que les alcanza a las partes por la apariencia del signo que tienen ante su vista al operarse la enajenación. Los bienes se adquieren tal como se encuentran y el principio de libertad de cargas no puede ser opuesto cuando existe una evidencia real o registral del estado que lo constata. La negligencia de quien adquiere un bien sin verlo no supone una ausencia de voluntad de adquirirlo en las condiciones en que se encuentra (expresa, o tácitamente), como ha creído erróneamente Guilarte (56), sino que es la mera consecuencia asumida de sus propios riesgos, tal como se proclama por el viejo brocado: *Ius civile vigilantibus scriptum est*.

.2. EL SUPUESTO FACTICO Y LOS PRESUPUESTOS DE DERECHO PARA QUE EXISTA TITULO CONSTITUTIVO DE SERVIDUMBRE: SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1978

En el caso de autos, «tratándose de fincas entre las cuales existe signo aparente de servidumbre, cual es la pasarela mencionada, establecido por el propietario de ambas, no hecho desaparecer cuando fue vendida una de ellas al actor y recurrente por los dos hermanos demandados, nace la servidumbre de paso de conformidad con lo que se dispone en el artículo 541 del Código civil, a cuyo supuesto se adapta la premisa fáctica de la Sentencia impugnada, al producirse por enajenación de una de las fincas, la diversidad de propietarios, por tanto como cuando en el caso de autos existe por lo ya expresado, título constitutivo de servidumbre, es necesario suplirllo».

Para el Tribunal Supremo, en esta Sentencia, ante la existencia de un signo aparente de servidumbre de paso, establecido entre dos fincas que fue-

(56) GUILARTE, *op. cit.*, pp. 502 y ss.

ron del mismo propietario y que no fue hecho desaparecer, o sea, que fue mantenido por las partes en el momento de la venta de una de ellas, le resulta evidente que nace la servidumbre de paso «de conformidad con lo que se dispone en el artículo 541 del Código civil». Así expresado, hace creer a Guilarthe (57) que la sentencia vuelve a la idea de la constitución automática de la servidumbre. A mi juicio, aquí el nacimiento de la servidumbre no ha sido automático, de modo imperativo o por disposición de la Ley. Una cosa es que el supuesto de hecho, o fáctico, se adecúe a los presupuestos de derecho o normativos, tal como lo expresa el Tribunal Supremo, cuando advierte «la conformidad con lo que se dispone en el artículo 541» y otra es que el contenido de este precepto tenga un alcance dispositivo en cuanto a la constitución de la servidumbre, que nazca por su exclusivo imperativo legal, lo quieran o no las partes. Y esto no es lo que ha interpretado la Sentencia al poner de relieve tanto la eficacia de la actuación de las partes por su «conformidad» con lo normado, como la norma misma (art. 541) que legitima aquella actuación. Que es el mismo propietario de ambas fincas el que crea el signo aparente, y no la ley; que son las propias partes quienes no hacen desaparecer dicho signo aparente de servidumbre en el momento de la enajenación y, por tanto, ante su vista y existencia lo consentan (no expresa, pero sí tácitamente) en que se mantengan, no es tampoco la ley quien hace nacer la servidumbre, aunque sí sea normativamente quien constata o «considera que hay título» (voluntario) para que la servidumbre «continúe activa y pasivamente».

Hay que insistir en que, cuando la norma del artículo 541 «considera» la existencia de un signo aparente de servidumbre como «título», quiere decir eso, que se constata que hay una relación jurídica, un negocio jurídico (58) que se documentó por las partes. Según se ha visto, esta misma consideración o entendimiento, se hacia antes de la publicación del Código civil por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS. 15 julio 1880 y 7 junio 1883). Por eso, el artículo 541 del Código civil no alteró para nada el carácter implícito o tácito del supuesto de destinación del padre de familia; tan sólo se limitó a recoger sus presupuestos de hecho y a deducir sus consecuencias jurídicas por las mismas razones de seguridad y garantía para el tráfico jurídico en las relaciones reales entre sus titulares y los inmuebles.

El mismo propietario de ambos fundos (o de dos partes de uno mismo) es quien crea por el ejercicio de su derecho dominical, el signo aparente de servidumbre, el cual, mientras lo realiza por derecho propio no es más que un mero servicio, ya que no es necesario que lo haga valer frente a sí mismo (*nemini res sua servit*). Ahora bien, ese servicio material y utilitario, cuya razón de existencia lo es tanto por la potestad de su *dominus*, como por la función objetiva que presta y desenvuelve entre los fundos, si no hay una intención en contrario que lo destruya o que lo niegue expresamente en el momento de independizarse de aquella única titularidad, sigue perviviendo en virtud de ambas razones objetivas y subjetivas; y esto es lo que el artícu-

(57) GUILARTE, *op. cit.*, p. 499.

(58) La expresión «título» está empleada por el ordenamiento jurídico, no en el sentido material del documento, sino en el de negocio jurídico, de cualquier forma que éste se produzca (S. 8 junio 1981).

lo 541 del Código civil «considera» o reconoce, que no impone. Por ello, la constitución de la servidumbre surge cuando se produce un acto o negocio jurídico de enajenación, siendo su régimen jurídico posterior el voluntario y no el legal.

13. LA NECESIDAD DE QUE LOS SIGNOS APARENTES DE SERVIDUMBRE FUERAN ESTABLECIDOS POR EL PROPIETARIO COMUN DE AMBOS FUNDOS: SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1979

En el caso de autos, el Tribunal «a quo» ha comenzado por determinar si el caso litigioso suponía o no la existencia de una servidumbre, ya que dicho órgano después de examinar los hechos y estimar que no se trataba de una de las servidumbres del artículo 145 de la Compilación civil aragonesa dada la inexistencia de voladizos sobre el fundo ajeno, hizo correcta aplicación del artículo 145 del propio texto, ya que, al tratarse, tan sólo de un hueco realizado en las condiciones que dicho precepto legal previene, es claro el derecho del dueño del solar contiguo sobre el que fue abierto, para obstruirlo con la nueva construcción levantada sobre el terreno de su pertenencia.

El Tribunal Supremo sostiene que, aunque el artículo 145 de la Compilación aragonesa deja a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil, precisa para la constitución de la servidumbre con arreglo a este último precepto, «que constituye una singular manera de constituirse una servidumbre voluntaria predial aparente», los siguientes requisitos: la existencia de dos fundos pertenecientes a un solo propietario, un estado de mero hecho entre ambos del cual resulte por signo visible y evidente que uno presta a otro un servicio determinante de una servidumbre, que estos signos constitutivos de la servidumbre fueran establecidos por el dueño común, y, que uno de los fundos sea enajenado estando subsistentes esos signos. Ahora bien, concluye la Sentencia, en «este supuesto no se da en el caso de autos, pues no fueron los dueños de los dos solares quienes abrieron el hueco o ventana que, como signo aparente de la servidumbre conocida por destinación del padre de familia o propietario, invoca a su favor».

De esta manera el Tribunal Supremo deja constancia de la existencia de ciertos presupuestos para la constitución de servidumbres por «destinación del padre de familia o propietario», como son: a) Que la Compilación aragonesa deja a salvo lo normado por el artículo 541 del Código civil; b) Que «constituye una singular manera de constituirse una servidumbre»; c) Que han de reunirse una serie de requisitos, entre los cuales, en el caso de autos no se había dado, el que «los signos constitutivos de la servidumbre fueran establecidos por el dueño común»; d) Que esta modalidad constitutiva lo es de «una servidumbre voluntaria predial aparente».

Creo que ante todos estos matices, no puede afirmarse, según hace Guilarate (59) de que «nada aportan de particular las últimas sentencias recaídas

(59) GUILLARTE, *op. cit.*, p. 499, donde aparece la errata del día 3 en vez de 9 de abril.

como es la de 3 de abril de 1979». En cambio, el profesor Roca Juan (60), en un caso análogo que presentó la Sentencia de 21 de julio de 1971, pone de relieve cómo el supuesto recogido por el artículo 541 lo que hace es presumir, deduciéndolo de la permanencia del signo, la voluntad de mantener el estado de hecho entre las fincas.

Efectivamente, la interpretación del Tribunal Supremo en esta Sentencia, también es de que se trata de «una servidumbre voluntaria» y no una servidumbre legal o automáticamente constituida, según se pretende por Guilarte con razonamiento en base a la doctrina italiana, por lo demás, ajena a nuestro ordenamiento y a su tradicional rigor en defensa del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en sus relaciones jurídicas y que desde el Ordenamiento de Alcalá permanece hasta el Código civil.

En el caso de autos, precisamente, al haberse omitido uno de los presupuestos subjetivos de la destinación, cual es, que sea el mismo propietario de ambas fincas —o de una que se parte en dos— el que crea el signo aparente de servidumbre, resulta que no se produce su eficacia constitutiva.

Aquí se advierte cómo no es lo dispuesto en base a la fuerza de la ley, sino por el querer de la voluntad originaria y permanente del titular del dominio, al hacer la destinación, la cual será la única capaz de vincular con efecto constitutivo el servicio que crea, que mantiene o que destruye hasta que la enajena; lo que no cabe en este supuesto es plantearse si fué ésta u otra la voluntad del destinante o del destinatario, porque no es posible deducir cualquier voluntad en el momento de la enajenación de los fundos (en base a la plena libertad que tienen para suprimir el servicio) que no sea la de su aceptación, debido a la apariencia real e indiscutible del signo aparente del servicio que evidencia esa voluntad y no otra; porque, si fuera otra su voluntad, insistimos, siempre cualquiera de las partes puede oponerse a la realidad insoslayable de su apariencia con que se muestra en el momento decisivo de adquirirse el fundo; por eso, al no haber una declaración expresa de las partes en contra del signo aparente de servidumbre, la norma, la jurisprudencia y la doctrina deducen que la hay tácita por el silencio que guardan ante la posibilidad de poder romperlo frente a la evidencia tan notoria y efectiva de lo aparente (61) de lo que está allí y es así, y no de otro modo o forma; es por eso, por lo que el signo aparente de servidumbre se considera y se acepta como un título, o sea, como el convenio habido entre las partes respecto a la admisión del servicio que se viene prestando, el cual, siendo un mero servicio para el titular de ambos predios, al poder usar de ellos en base a su derecho de dominio —*nemini res sua servit*—, en cambio, cuando enajena uno de los fundos (o la parte del que divide), al pasar a tener titularidades distintas, aquel servicio o signo aparente de servidumbre, si las partes no lo niegan o no lo suprimen, continuará, pero, respondiendo, entonces a un *ius in re aliena*, ejercitado como servidumbre.

(60) ROCA JUAN, J.: *Artículo 541*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», VII-2 (Madrid, 1978), p. 67.

(61) En las servidumbres aparentes es tal su publicidad que equivale a su inscripción (SS. 27 junio y 23 octubre 1980).

**14. La INEXISTENCIA DE SIGNO APARENTE DE SERVIDUMBRE ENTRE LAS FINCAS QUE PERTENECIERON A UN MISMO PROPIETARIO:
SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1982**

En el caso de autos, las tres fincas procedían de una común que se había dividido por herencia familiar y, posteriormente, una de ellas fue objeto de venta, sobre la cual se alegaba por las propietarias de las otras dos la existencia de una servidumbre de paso, o camino, en base a la destinación realizada por el anterior y único propietario.

Entablado recurso de casación por violación del artículo 541 del Código civil el Tribunal Supremo considera que los dos predios, que en la actualidad son propiedad de las actoras y el que pertenece a los demandados, constituyeron en su día una misma finca de la que era titular el padre de aquéllas; que el puente que las demandantes consideran como señal manifiesta de servidumbre «no puede estimarse como tal signo aparente, pues como se dice en la diligencia de reconocimiento judicial, al folio ciento sesenta y siete de los autos, el mismo, construido sobre el canal del Alberche, sirve para dar acceso a todas las fincas situadas en dirección Norte...». Además, «tampoco se observa indicio alguno de que fuera atravesada por ningún camino en dirección Sur-Norte, si bien se hace constar que estaba arada» (referencia a la misma diligencia de inspección ocular). En la sentencia impugnada, se confirmaba que «no se aprecia que el presunto predio sirviente fuera atravesado por ningún camino en dirección Sur-Norte, que era lo que la parte actora había designado como signo aparente de la misma»; por tanto, el Tribunal Supremo concluye que las actoras mantienen la equivocada exégesis del precepto que denuncian (art. 541 C. c.), toda vez que creen que es suficiente que el signo aparente haya existido en algún momento, no siendo necesario que continúe durante todo el tiempo».

Esta Sentencia de 3 de julio de 1982 confirmará que son necesarios «los cuatro requisitos que la doctrina jurisprudencial y la científica han establecido para el nacimiento y adquisición de las denominadas servidumbres de paso por destino del padre de familia o destino del propietario: la existencia de uno o dos predios pertenecientes al mismo propietario; un estado o situación de hecho en el predio único o en ambos del que resulte visible y fácilmente comprobable la existencia del servicio prestado; que dichos signos hayan sido establecidos por el titular de ambos predios o de la finca única que luego se divide; y que el estado de hecho se transforme en gravamen mediante la enajenación de uno de los fundos o la división del único, subsistiendo el signo (SS. 30 octubre 1959 y 21 junio 1971)». La Sentencia concluye que «solamente concurre aquí el primero».

Aquí, el Tribunal Supremo vuelve a interpretar el nacimiento y adquisición de una servidumbre por destino del padre de familia, o del propietario, sobre «la exégesis del precepto» (art. 541 C. c.) que contiene «los cuatro requisitos que la doctrina jurisprudencial y científica han establecido», o sea, reconocido y confirmado. Al haberse constatado y probado que en la situación de hecho de la relación jurídica litigiosa solamente existía tan sólo uno de los presupuestos necesarios, como era el que las fincas habían

pertenecido al mismo propietario, mientras que faltaba el más fundamental, «un estado o situación de hecho» en que «resulte visible y fácilmente comprobable la existencia del servicio prestado» y no «subsistiendo el signo», no pudieron así las partes, en el momento de la enajención ni destruirlo, ni referirse a él expresa o tácitamente.

Para que exista destinación del padre de familia o del propietario no basta que éste haya creado una relación de servicio entre sus fincas, o en la finca que se dividirá en dos; es necesario, además, que esta relación de servicio entre las fincas sea aparente, que se materialice y concrete en un signo idóneo que constate su existencia y visibilidad. Además, tan fundamental como su materialidad aparente por su subsistencia, sobre todo en cuanto a la eficacia jurídica posterior, ya que la desaparición del servicio puede ser realizada en cualquier momento por el propietario en base a sus potestades dominicales. Que el propietario mantenga el servicio aparente hasta el momento de la enajención será la manera más significativa de querer conservarlo —la *patientia* que alegaban los juristas clásicos— y de querer transmitirlo con la finca o, al menos, considerar o deducir tal intencionalidad de quien mantiene una concreta situación de hecho en un momento tan decisivo como es el cambio de titularidad de la finca y de ese modo será tomada por el adquirente, ante la presencia y permanencia del signo aparente de servidumbre, lo que revelará su ventaja o desventaja, su dependencia o independencia, su carácter dominante o sirviente.

Por tanto, para el caso de autos no fue suficiente que el signo aparente hubiese existido en algún momento; ante ello, la Sentencia exigirá que sea «necesario que continúe durante todo el tiempo», o sea, que hubiese permanecido el signo aparente de servidumbre, el cual, precisamente se deducirá el «título», o sea, el negocio jurídico de constitución del que nace la servidumbre.

15. LA «DESTINACION DEL PADRE DE FAMILIA» O «DESTINO DEL PROPIETARIO» COMO SINGULAR MANERA DE CONSTITUIRSE UNA SERVIDUMBRE PREDIAL APARENTE: SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1983

En el caso de autos, una finca urbana, por partición entre sus herederos, se dividió en tres, resultando un solar con un callejón de salida entre las otras dos, en las que se construyen unas casas. Después de ser vendido el solar a una nueva persona, los otros dos herederos se oponen a que utilice el callejón, impidiéndole el paso. Entablado pleito, el nuevo adquirente alega se estime encontrarse ante el supuesto usualmente llamado «constitución por destino del padre de familia», denominado también «constitución tácita de la servidumbre», establecido en el artículo 541 del Código civil.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda del nuevo adquirente. Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Territorial, revoca la sentencia dada por el Juzgado y declara que el solar goza de una servidumbre de paso sobre las fincas de los demandados y les condena a que hagan desaparecer los obstáculos puestos y se abstengan en lo sucesivo de perturbar el uso de la servidumbre. El Tribunal Supremo ratifica la senten-

cia de la Audiencia en base a que no hay infracción del artículo 541 del Código civil en el supuesto de hecho de autos, «ya que es doctrina de esta Sala interpretativa de tal precepto, la que el artículo 541 del Código civil establece una singular manera de constituirse alguna servidumbre predial aparente, conocida por destinación del padre de familia, mediante la concurrencia de los siguientes requisitos: a) dos fundos pertenecientes a un solo propietario; b) un estado de hecho entre ambos, del cual resulte por signos visibles y evidentes que uno preste al otro un servicio determinante de una servidumbre; c) que esos signos demostrativos de la servidumbre fueron establecidos por el dueño común, el «padre de familia»; d) que uno de los fundos sea enajenado por éste (Sentencia de 30 octubre 1959), insistiéndose en la exigencia de tales requisitos en las Sentencias de 21 julio 1971, y 3 julio 1982, al decirse en esta última que «la doctrina jurisprudencial y la científica, interpretando el artículo 541 del Código civil han establecido cuatro requisitos para el nacimiento y adquisición de las denominadas servidumbres de paso por «destino del padre de familia o destino del propietario»; la existencia de uno o dos predios pertenecientes al mismo propietario; un estado o situación de hecho en el predio único o en ambos del que resulte visible y fácilmente comprobable la existencia del servicio prestado; que dichos signos hayan sido establecidos por el titular de ambos predios o de la finca única que luego se divide; y que el estado de hecho se transforme en gravamen mediante la enajenación de uno de los fundos o la división del único, supuesto objeto del presente recurso».

El nuevo interés que suscita esta Sentencia está en la primera confirmación hecha respecto a considerar como doctrina de la Sala que la interpretación del artículo 541 del Código civil «establece una singular manera de constituirse alguna servidumbre predial aparente, conocida por destinación del padre de familia». Esta misma interpretación fue dada —según queda visto— por la Sentencia de 9 abril 1979. Ahora bien, respecto a la «singularidad» recogida por el artículo 541 del Código civil aparece claramente interpretada por el Tribunal Supremo (tanto en ésta como en la anterior sentencia) respecto a la modalidad o «manera de constituirse»; en cambio, no lo es por su modalidad adquisitiva; pues, como advierte concretamente Peña Bernaldo de Quirós (62), también se adquiere por negocio jurídico con la enajenación. Efectivamente, mediante la destinación del padre de familia, o del propietario, la servidumbre se constituye y se adquiere al mismo tiempo y por el mismo negocio de enajenación, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*.

La Sentencia de 7 de julio de 1983, ha sido más parca, más vacilante o menos comprometida, por lo que se refiere a concretar en que consiste esa «singular manera de constituirse alguna servidumbre predial aparente». En cambio, la Sentencia de 9 de abril de 1979, fue más explícita en cuanto a dicha singularidad, ya que concretaba que estaba ante «una singular manera de constituirse una servidumbre voluntaria predial aparente». Al interpretar que se trata de una «servidumbre voluntaria», la singularidad, en

(62) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, p. 294.

cuanto modalidad constitutiva de la servidumbre, no se base exclusivamente en la complejidad del supuesto de hecho de la destinación, o sea, en la serie de hechos y actos que llevan a cabo las partes y que se configuran normativa y doctrinalmente como requisitos característicos y fundamentales para que se constituya la servidumbre, sino en que, dentro de las propias servidumbres voluntarias, la destinación del propietario supone una manera singular de constituirse. ¿Cuál es, pues, la modalidad singular de constitución de este tipo de servidumbres voluntarias aparentes?

La singularidad de la destinación como modo constitutivo de una servidumbre voluntaria aparente está, fundamentalmente, en la expresión material y visible del servicio que crea su titular del derecho de dominio, que lo mantiene así hasta que se produce el negocio de enajenación y que en ese estado así lo transmite al adquirente, sin que éste lo destruya o se oponga expresamente en ese momento; por lo cual, ante el signo aparente de servidumbre y la actitud pasiva de ambas partes, la doctrina civilista tradicional, desde Bartolo hasta los precodificadores napoleónicos —introducida entre nosotros por García Goyena y la jurisprudencia anterior al Código civil—, entenderán este silencio de las partes como su convenio tácito de admitir la servidumbre. Ante el signo aparente y la actitud de silencio de las partes en la enajenación, los codificadores, para conseguir una mayor seguridad en el tráfico jurídico de los bienes, plasmarán en una norma concreta los requisitos necesarios de esta modalidad constitutiva, si bien van a dejar a la voluntad de las partes la opción constitutiva de la servidumbre o su negativa, al poder destruir los signos aparentes u oponerse de una manera específica y concreta a que continúen. Para ello, el legislador se vale de una presunción *iuris tantum*, mediante la cual reconoce el signo aparente de servidumbre como un «título», es decir, que deduce y confirma su base negocial entre las partes, pero que, por ser tácita, menciona su constatación de un modo concreto.

16. LA VOLUNTAD O INTENCION DE LAS PARTES CONTRATANTES EN CONTRA DE LOS SIGNOS APARENTES DE SERVIDUMBRE: SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1983

En el caso de autos, el estado de hecho en que se encontraba una casa con un solar limítrofe, no se reunían todos los presupuestos necesarios del artículo 541 del Código civil, pues, si bien ambas fincas habían pertenecido al mismo propietario, éste la construyó con huecos y ventanas sobre el otro, no obstante, en el momento de realizar el contrato de compraventa, como complemento del documento privado que se suscribe, se hace un escrito en el que se acuerda que el comprador de la casa habrá de cerrar una ventana que se había abierto con vistas al solar y que se reservaba el vendedor, así como también habría de levantar un muro de separación entre ambas fincas. Sin embargo, el comprador de la casa convierte el antiguo terrado en una nueva terraza y pretende que sea un signo aparente de servidumbre de vistas capaz de consolidarla, por lo cual interpone, primero ante el Juzgado,

después ante la Audiencia y, por último, ante el Tribunal Supremo, recurso de casación por violación e inaplicación del artículo 541 del Código civil.

El Tribunal Supremo no estima las pretensiones del actor considerando que «si se tiene en cuenta que esta Sala ha declarado, entre otras, en Sentencias de 30 octubre 1959, 21 junio 1971 y 3 julio 1982, que son requisitos para el nacimiento de las servidumbres por destino del padre de familia, la existencia de uno o dos fundos pertenecientes al mismo propietario; un estado o situación de hecho en el predio único o en ambos, del cual resulte visible y fácilmente comprobable que el uno presta al otro un servicio, que podrá ser calificado de servidumbre, si cualquiera de ellos perteneciera a distinto dueño; que ese signo aparente de servidumbre haya sido establecido por el titular de la finca única o de ambos predios; y, finalmente, que uno de los fundos sea enajenado por el dueño común, o se divida el fundo único sin que se haya hecho desaparecer el repetido signo, ni se haga una manifestación contraria a la subsistencia en el título de enajenación de cualquiera de las fincas, no cabe duda que, si por una parte, y en lo que se refiere a los huecos y ventanas ya existentes en la edificación enajenada, como se razonó en el anterior considerando, consta en el complemento del contrato de compraventa la intención de los contratantes contraria a la susistencia de cualquier clase de servidumbre de luces y vistas, y así resulta claramente de las cláusulas que exigen el cierre de una nueva ventana abierta por el demandado recurrente y la obligación impuesta al mismo de levantar una pared divisoria que, lógicamente, impediría tales servidumbres, y por otra, y en relación con el antiguo terrado, hoy transformado en terraza, es hecho declarado por la resolución recurrida y no combatido en casación, que «no podrá ser considerado como signo aparente de servidumbre de vistas, ya que dicho terrado, no tenía otro destino que el de servir de cubierta de la casa y no era de ningún modo adecuado para la permanencia de las personas que pudieran gozar de vistas», por todo lo cual, y al no cumplirse los requisitos que exige el citado artículo 541 del Código civil para la constitución de esta clase de servidumbres, es lógico concluir la inaplicabilidad del repetido precepto».

La importancia de esta Sentencia del Tribunal Supremo está en que pone de relieve la libertad y la opción que tienen las partes en la enajenación de las fincas vinculadas por signos aparentes de servidumbre para oponerse a ellos y que no den lugar a las servidumbres correspondientes. En el caso de autos, se advierte que fue voluntad e intención de las partes contratantes no dar lugar a servidumbre alguna de luces y vistas entre los predios formados al dividirse la finca originaria y enajenarse una de sus partes; por tanto, se concluye que no puede estimarse constituida la alejada servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia, toda vez que se ha expresado lo contrario a su subsistencia en el título de enajenación de una de sus fincas; concretamente, se acuerda que el comprador «habría de cerrar una ventana que estaba abierta con vistas al solar que se reservaba el comprador, así como también que habría de levantar un muro entre tales fincas».

Del mismo modo que las partes tienen libertad y opción para negar los signos aparentes de servidumbre en el momento de la enajenación, igual-

mente la tienen para no hacerlo; por tanto, es por ello por lo que si efectivamente no lo han querido suprimir es que los han querido transmitir, ya que su apariencia, su configuración, su realidad es como es, sin que quepan posteriormente alterar, en perjuicio de otro, su estado de hecho y de derecho tal como aparece al adquirirla.

El principio de que los bienes se transmiten libres de cargas o de defectos, tiene validez siempre que su estado de hecho o de derecho no quede constatado, o tengan un vicio oculto. Pero, en el caso concreto de transmisión del dominio de bienes inmuebles, si las cargas aparecen constatadas registralmente, aunque el comprador lo haya adquirido sin comprobar el estado de los mismos (por ejemplo, con base a unos planos, por correspondencia, por agencia, etc.), no podrá alegar posteriormente que ha faltado su voluntad respecto a dichas cargas y que, consecuencia, no las admitió, pues, lo que en realidad ha faltado no es su voluntad, sino su diligencia. La falta de diligencia, tanto en las enajenaciones, como en la usucapión, no suponen una ausencia de voluntad o intencionalidad para adquirir o para desprendérse del dominio de los bienes, sino una inapetencia subjetiva y desordenada de un comportamiento culpable y, por tanto, responsable de las consecuencias jurídicas de quienes, pudiéndolas conocer, no puede alegar su desconocimiento. Igualmente ocurre para la transmisión del dominio de bienes inmuebles cuando las servidumbres son aparentes, ya que el efecto de equiparación registral es reconocido por la jurisprudencia (SS. 17 noviembre 1911, 4 julio 1925, 3 abril 1959, 23 enero 1962, 5 enero 1963, 20 diciembre 1965 y 27 octubre 1974), debido a que al adquirir la finca los servicios o servidumbres, «por aparentes o revelarse por signos externos, no pudieron ser desconocidos por el adquirente». Por tanto, no existe la quiebra a mi razonamiento, a que alude Guilarte (63), puesto que no se puede confundir la falta de voluntad con la falta de diligencia de las partes, incluso, con mayor razón cuando aquella voluntad resulte tácitamente, pues, la evidencia del signo aparente hace innecesario imaginar otra voluntad en las partes que no sea la que se desprende de una manera indudable y confirmatoriamente por su presencia y realidad. Cuando el artículo 541 considera el signo aparente como título de constitución de la servidumbre no lo está imponiendo, sino reconociendo, tal como lo hizo —repito— la doctrina civilista desde Bartolo hasta García Goyena. Por eso, la servidumbre por destinación del propietario no nace por la fuerza de la ley, automáticamente, sino por la libre decisión de las partes, aunque lo sea de un modo tácito y presunto (art. 541 C. c.); en cambio, las servidumbres legales impuestas por la ley (art. 551 C. c.), se rigen por su capítulo II (arts. 649 a 593 C. c.).

(63) GUILARTE, *op. cit.*, pp. 502 y 508.

17. LAS CONCLUSIONES SOBRE EL CRITERIO INTERPRETATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO AL ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL EN ESTA ULTIMA DECADA

El Tribunal Supremo, desde el año 1970 hasta la actualidad, ante esta modalidad constitutiva de las servidumbres, reconocida por su doctrina legal como «destinación o destino del padre de familia», o «del propietario», y que es normada por el artículo 541 del Código civil, la califica de «singular manera de constituirse una servidumbre» (SS. 9 abril 1979 y 7 julio 1983). Esta singularidad, según queda analizado, se destaca en cuanto que la constitución de la servidumbre no es mediante un convenio expreso de las partes, sino porque procede de un modo tácito en el negocio de enajenación que llevan a cabo, al mantenerse en silencio ante los signos aparentes, «sin hacer desaparecer aquellos signos» (S. 27 octubre 1974). Este silencio de las partes y su actitud pasiva ante la presencia beligerante de unos servicios cualificados en el acto de enajenación —las cuales pudiendo hablar o declarar en contra de lo que aparece como vinculado, no lo hacen— implican la consideración de que así lo aceptan en ese estado y forma: tales son las consecuencias que en el tráfico jurídico se derivan de los *facta conclusiva* en la doctrina del negocio jurídico sobre las declaraciones tácitas de voluntad (SS. 13 febrero 1978, 5 enero 1981 y 18 octubre 1982).

Otro aspecto de esta singularidad, en la modalidad constitutiva de las servidumbres aparentes, es su largo y complejo proceso de desarrollo, desde el momento inicial de la destinación hasta su momento final del negocio de enajenación, con su doble efecto constitutivo y adquisitivo de la servidumbre. Muy importante es el acto de destinación por el propietario, la conformación que realiza de un servicio similar a una servidumbre, al igual que su mantenimiento hasta el momento de la enajenación de la finca o de una parte de ella; el indagar sobre cuál fue su auténtica voluntad no conduce más que a posibilismos inconcretos; lo real y eficaz es que el servicio aparente desarrollado contenga una envergadura que implique una ligazón potencial entre las fincas como si fuera un gravamen, una vez que dejen de pertenecer al mismo propietario; este aspecto funcional, unido a la persistencia o mantenimiento de dicho signo aparente por el propietario hasta la enajenación, sin oposición por el comprador, tiene la consideración de un «título» (art. 541), o sea, en cuanto voluntad negocial presunta de las partes por la que se constituye y adquiere la servidumbre. De este modo, la jurisprudencia también interpretará los actos de conservación del signo aparente por parte de los dueños comunes de unos predios, como que «revela la voluntad de los propietarios de mantenerla» (S. 26 enero 1971), añadiéndose por la Sentencia de 30 de diciembre de 1975, «porque el verdadero título constitutivo del mencionado gravamen surge de la voluntad de su creador (SS. 11 de junio 1915 y 3 marzo 1942), representada por la persistencia del signo aparente en el momento de la separación de los predios (SS. 17 noviembre 1911, 10 abril 1929, 6 enero 1932 y 27 octubre 1974)». En conclusión, se dirá por la Sentencia de 11 de junio de 1975, «que el título, que se deduce de los hechos o antecedentes que declara probados, tiene su apoyo

en el destino del padre de familia, que reconoce el artículo 541 del Código civil, resultante de la presunta voluntad de las partes».

Por tanto, para el Tribunal Supremo, el artículo 541 del Código civil lo que hace es «reconocer» la servidumbre por «destino del padre de familia» (S. 11 junio 1975), aunque señale que «precisa el cumplimiento de determinados requisitos» (S. 21 junio 1971), o «necesita los requisitos» (S. 3 julio 1982), o se constituye «mediante la concurrencia de los siguientes requisitos» (S. 7 julio 1983), o el cumplimiento de ciertos «requisitos para el nacimiento de las servidumbres por destino del padre de familia» (S. 22 septiembre 1983), lo cual, supone precisar el cualificado comportamiento realizado por las partes con la finalidad de concretar si se trata o no de una constitución de la servidumbre por destinación del propietario.

Lo que no se debe hacer es tergiversar la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo y pretender deducir una constitución legal y automática de la servidumbre, como últimamente hace Guilarte (64) en base a la simple dicción de referirse a que «es evidente que tratándose de fincas entre las cuales existe signo aparente de servidumbre... nace la servidumbre de paso de conformidad con lo que se dispone en el artículo 541 del Código civil» (S. 30 junio 1978). Si el artículo 541 del Código civil contuviese un mandato imperativo de constitución de la servidumbre, el Tribunal Supremo no le hubiera hecho falta referirse a la «evidencia de los signos aparentes y a que la servidumbre nace «de conformidad, sino simplemente, «con lo que se dispone en el artículo 541 del Código civil»; ahora bien, «lo que dispone en el artículo 541, no se refiere a lo dispuesto como mandato imperativo, sino a la norma que la regula. En todas las relaciones jurídicas que son normadas y reguladas por el Código civil, se disponen sus requisitos esenciales o formales concretos, por los que la conducta de las partes deberán de observar para la licitud y validez del negocio que contraigan; pero esto no significa que toda figura jurídica tenga un carácter imperativo legal; habrá que distinguir, sin que se confundan, la mera legalidad de lo normado de lo dispuesto imperativa o facultativamente por la norma a las partes.

Si el legislador hubiera dispuesto imperativa o automáticamente la constitución de la servidumbre por destino del padre de familia en nuestro Código civil no habría recurrido a emplear elípticamente una presunción y dar facultades optativas a las partes ante el signo aparente de servidumbre; le hubiera bastado con disponer de modo directo e imperativo, respecto a la fuerza legal de los signos, sin establecer consideraciones o equivalencias entre dichos signos y un título negocial.

A mi juicio, la labor interpretativa del Tribunal Supremo en esta última década es muy aquilatada y mantiene fundamentalmente su tradicional uniformidad en cuanto a la naturaleza voluntaria tácita de la institución, en base a la regulación presuntiva de la voluntad de las partes, al ratificar la equivalencia o consideración de los signos aparentes como el título idóneo para que surja la servidumbre.

También hay que destacar las nuevas aportaciones que hace en cuanto al análisis de los requisitos propios de la destinación del padre de familia

(64) GUILARTE, *op. cit.*, p. 499.

o del propietario, si se reúnen o no, en el caso de autos sentenciado y, sobre todo, los matices que plantean las cuestiones de hecho y sus consecuencias jurídicas, como ocurrió en la Sentencia de 6 de julio de 1972, donde no bastaba que existiera el signo aparente, sino que era imprescindible que el predio sirviente reuniese las condiciones necesarias para poder soportar la servidumbre íntegramente.

Por último, en cuanto a las posibilidades de alegación del artículo 541 en Cataluña, el Tribunal Supremo prefirió abundar en argumentos indirectos para no aplicarlo, como el hacer notar que faltaba la prueba de cuando fue establecido el signo aparente, o también citar la posición de su Audiencia Territorial en cuanto a su no aplicabilidad en Cataluña (S. 10 diciembre 1976) (65); esto sucedía ya con anterioridad a lo dispuesto excepcionalmente en la Constitución (art. 149, 1, 8.º), aunque todavía insistiría con posterioridad, en su no aplicación, igualmente por falta de prueba de sus presupuestos de hecho (S. 20 octubre 1980).

(65) A pesar del empeño justificativo de la aplicación del artículo 541 del C. c. a Cataluña por GARCÍA GARCÍA, *Comentario a la S. 10 diciembre 1976*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 529 (noviembre-diciembre 1978), pp. 1266 s., y la crítica un tanto arbitraria a mi comentario, en ADC, XXXI-1 (1978), pp. 199 y ss, la *Compilación del Derecho civil de Cataluña* vigente no menciona este modo constitutivo por «destino del padre de familia», ni creo que lo aplicarán sus Tribunales.

I. SENTENCIAS COMENTADAS

VALIDEZ Y EFICACIA DE LA CLAUSULA DE REVISION DE LA RENTA, CADA TRES AÑOS, PARA UNA VIVIENDA

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre 1983)

Por JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. El caso de autos y las sentencias de instancia, de apelación y de casación.—2. Las modalidades de las cláusulas estabilizadoras y su naturaleza económica.—3. Las cuestiones jurídicas que plantean las cláusulas estabilizadoras.

1. EL CASO DE AUTOS Y LAS SENTENCIAS DE INSTANCIA, DE APELACION Y DE CASACION

El día 15 de agosto de 1968, se celebra por las partes el contrato de arrendamiento de una vivienda, cuya renta es de cuatro mil quinientas pesetas mensuales y, entre otras estipulaciones, en la cláusula quince, se acuerda entre el arrendador y el arrendatario que: «Cada tres años se procederá a la revisión de la renta, para lo que se tendrá en cuenta los índices ponderados de carestía que publique el Instituto Nacional de Estadística».

A pesar de haberse cumplido el pacto durante unos años, el arrendatario lo impugna ante el Juez de Primera Instancia, pretendiendo que se declare nulo y sin eficacia alguna. Con fecha de 23 de junio de 1980, el Juez absuelve al arrendador de dicha demanda sin entrar en el fondo del asunto. A pesar de ello, el arrendatario interpone recurso de apelación ante la Audiencia Territorial contra la sentencia de primera instancia, la cual, vuelve a declarar no haber lugar a la demanda formulada por el apelante, absolviendo de la misma en todas sus partes a la parte demandada.

El arrendatario, todavía, el 27 de enero de 1981, interpone recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal contra la sentencia pronunciada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial, insistiendo en que se declare nula de pleno derecho, ya que, al basarse en los «índices ponderados de carestía» que publican el Instituto Nacional de Estadística, significa una «subida de precio de las cosas de uso común», además de que la intención del arrendador era la de establecer una posible constante elevación de la renta contractual, a medida que el coste de la vida se fuese encareciendo, sin permitir, a la vez, su disminución para el supuesto de que se abaratase. Por tanto, deducía que con ello se rompía el equilibrio contractual en favor del arrendador y en perjuicio del arrendatario, al vedársele esta perspectiva de beneficiarse con una reducción de renta, lo cual hace que esa cláusula no sea propiamente de estabilización, sino estrictamente de revalorización, por lo que se cree que a la cláusula

le falta el carácter de bivalente, de tal forma que lo mismo pueda favorecer al arrendador que al arrendatario; que al ser sólo de incremento es un pacto contrario a la Ley, porque se quebranta un fin tan primordial como es el derecho de prórroga forzosa, consagrado en la LAU (arts. 6.1 y 57), cuyo derecho es irrenunciable por naturaleza: es un pacto contrario a equidad, en cuya base descansa la flexibilidad en la alteración de la renta, al haberse previsto solamente aumentos de alquiler; al no tener en cuenta las fluctuaciones a la baja pugna con la equitativa proporcionalidad que deben presidir a las mutuas prestaciones de todo contrato. El arrendatario también aduce que a lo largo de diversos y reiterados fallos, la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo, se ha pronunciado por la nulidad de las llamadas cláusulas de estabilización de renta que no contemplen su posibilidad de reducción para el supuesto de que se abaraten los índices ponderados del coste de vida.

El Tribunal Supremo, en cambio, en esta Sentencia de 31 de octubre de 1983 y ante la petición de una declaración de nulidad de la concreta cláusula estabilizadora o revisora plasmada en el contrato locativo en su estipulación quince, entiende que: «se deduce que contempla tanto los supuestos de aumento como los de disminuciones, al venir referidas las variaciones a las que experimenten los índices del Instituto Nacional de Estadística»; además, la «cláusula que, en el quinto de los considerandos de la Sentencia impugnada, se interpreta en el sentido de proclamar, contrariamente a lo por el demandante recurrente postulado, su validez y eficacia, dado que en su redacción se contemplaban tanto los supuestos de alza como de baja de índices de vida, cobrando especial relevancia el primero de los motivos, en el que el recurrente entiende que, de la interpretación literal de la meritada cláusula ha de concluirse que sólo prevé la posibilidad de elevaciones periódicas y sistemáticas de la renta pactada». Por último, el Tribunal concluirá lo contrario del examen de «la meritada y transcrita cláusula, pues lo cierto es que su redacción y literalidad no puede proclamarse, como el aquí recurrente pretende, que sólo las alzas se prevean a efectos revisorios de la renta, sino que lo que se establece es una revisión trienal, para lo que se han de tener en cuenta los índices ponderados del Instituto Nacional de Estadística, tanto en supuestos de alza como de baja, razonamiento que justifica el perecimiento del segundo motivo».

En definitiva, la cuestión concreta planteada en este caso de autos es la de si se trataba de una cláusula de revisión de la renta, en la que para el arrendatario se considera únicamente de elevación constante —lo cual la hacía ilícita inválida y por tanto, debía proclamarse su nulidad—, mientras que para el Tribunal Supremo, por el contrario, el índice del Instituto Nacional de Estadística pactado tiene efecto bilateral, tanto «de aumentos» como «de disminuciones», «de alza como de baja», por lo que dicha cláusula es válida y eficaz.

2. LAS MODALIDADES DE LAS CLAUSULAS ESTABILIZADORAS Y SU NATURALEZA ECONOMICA

El pacto contraído por las partes es fruto de su voluntaria autonomía, del acuerdo contractual llevado a cabo entre ellas respecto del objeto y causa del arriendo de una vivienda, la cual, es cedida por el propietario para su tenencia y uso por el arrendatario a cambio de dar un precio o renta en dinero.

La renta en dinero es libremente convenida por las partes y cuantificada en una determinada suma, atendiendo tanto a criterios y posibilidades personales, como a las comerciales de valoración en el mercado inmobiliario. Ahora bien, desde que en el ámbito económico se producen las alteraciones monetarias y, concretamente, se acentúa la tendencia inflacionista, los acreedores de sumas de dinero, como ocurre en el caso de los arrendadores verán disminuir el poder adquisitivo de la cuantía de la renta de modo sucesivo y gradualmente en cada uno de los cobros durante la vigencia del contrato. El inicial equilibrio patrimonial querido por las partes se verá quebrado posteriormente por aquella circunstancia anormal e imprevisible. Resulta anormal e imprevisible cualquier alteración monetaria inflacionaria o deflacionaria desde el momento en que por la legitimidad del Estado se ha establecido un principio nominalista del dinero que viene a garantizar a sus súbditos la identidad y firmeza de la unidad monetaria, cuantitativa y cualitativamente («peseta igual a peseta»), de modo que por ella se ha de cumplir la justicia comutativa y distributiva de las transacciones. Si las mismas autoridades del Estado democrático (la de sus poderes ejecutivos), no impiden las alteraciones monetarias —y ya no digamos si son cómplices de ellas y las manipulan—, los demás poderes institucionales (el legislativo como el judicial) y la propia iniciativa jurídica de los ciudadanos podrán desarrollar su actividad normativa correctora de tal fraude público, bien con un alcance general (como las Leyes de revalorización), ya con decisiones judiciales y sentencias concretas, o, bien mediante pactos personales.

Así, ante tan grandes y graves alteraciones monetarias, ha habido Estados y gobiernos que han tenido la voluntad de restaurar con justicia la entereza y equilibrio de su unidad dineraria, su salud y firmeza, para lo cual han empleado su poder legislativo, al remoldear su valor. Cuando los poderes legislativos y ejecutivos descuidan o abdicán de esta tarea, aún está el poder judicial, el cual, *a posteriori*, a través de los tribunales de justicia llevan a cabo, caso por caso, una tarea de ponderación de la equidad patrimonial en las prestaciones obligatorias de las partes mediante su arbitrio y revisión judicial.

Por último, el poder social de las personas privadas, ante la vista del espectáculo distorsionante de las alteraciones monetarias en sus relaciones patrimoniales privadas y con objeto de paliar los efectos dañosos que en ellas hacen la devaluación y de la depreciación del dinero, trata de preverlos y corregirlos mediante unos convenios o pactos especiales, de naturaleza económica y que, jurídicamente se denominan «cláusulas de estabilización» o «de actualización», porque se insertan en el contrato, pudiendo

tener diversas modalidades, bien como «cláusulas oro», «plata» o «moneda extranjera», primero, y «valor oro», «valor plata» o «valor moneda extranjera», después, además de las actuales «cláusulas de escala móvil», con referencia al valor de un producto bruto o manufacturado, o ya de un índice o módulo de valor general, de un valor medio o de consumo (como el I.P.C., del Instituto Nacional de Estadística) (1).

El aspecto económico de las cláusulas de estabilización se basa en un proceso de valoración de las prestaciones de una relación contractual, según el cual, la cuantía inicial de la renta se irá adecuando proporcionalmente y cambiará según el signo de la alteración monetaria acaecida (inflación, deflación, etc.), durante los períodos de tiempo pactados (cada año, cada dos, etcétera.). Lo que patrimonialmente se pretende es que, en las relaciones obligatorias pecuniarias, cuya cuantía permanece fija, no se vea deteriorada en su poder adquisitivo para el acreedor de ella. De este modo, se pasa de una situación patrimonial fija e inmovilizada a otro flexible y cambiante, en una correlación con una proporcionalidad de valores, los que existen entre el precio que se da nominalmente a la unidad monetaria y los que resultan para la obtención de productos, mercancías o servicios, en definitiva, entre el valor monetario nominal y su poder adquisitivo real.

El contenido económico de una prestación en una relación obligatoria, en la que se ha pactado una cláusula estabilizadora, en vez de anclarse y resultar una suma o cantidad fija, se hace cambiante, se transformará y adecuará, en más o en menos, en relación con el módulo o índice económico elegido por las partes. De este modo, la cuantía de la renta inicial, una vez que llega el periodo de tiempo convenido, sufre un proceso de estabilización, por lo que se altera, bien elevándose o ya descendiendo; el proceso de subida o de bajada de la renta es proporcional entre el precio convenido inicialmente por las partes y el que resulta del módulo o índice elegido por ellas para obtener la nueva renta.

Desde el aspecto económico, las cláusulas de estabilización implican el cambio o proceso de transformación del viejo «principio nominalista» de evaluación patrimonial a otro sistema completamente nuevo de evaluación, el llamado «principio valorista». En la civilización occidental, desde el pensamiento griego hasta el imperio romano se desarrolla una cultura específicamente monetaria de las relaciones económicas de las ciudades y demás pueblos donde el sistema nominalista es su base fundamental. Igualmente pasará en el medievo, donde las sucesivas crisis del sistema por las alteraciones monetarias lo reconducirán a su perpetuación, aunque no falten atisbos doctrinales para una nueva solución. Hasta llegar al siglo xx, y que ocurra su primer conflicto bélico mundial, no quedarán superadas las crisis del principio nominalista por las alteraciones monetarias; es, entonces, cuando se consolida definitivamente la solución y superación del principio nominalista del dinero mediante la adopción de un criterio modificativo y corrector basado en un principio valorista. El movimiento valorista aparecerá en principio como un mero corrector de las agudas alteraciones monetarias derivadas, primero de

(1) Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Indicadores de coyuntura*, 182 (enero 1984), ap. 1.

de los dos conflictos bélicos y, después, para hacer frente a las graves manipulaciones del dinero por los gobiernos. El valorismo resulta así una idea restauradora del equilibrio monetario entre el propio valor del dinero y sus funciones de medida, cambio, pago y capacidad de ahorro en las relaciones con los bienes y servicios, al poseer como fundamento un criterio realista y sincero dentro del ámbito crediticio de las relaciones patrimoniales entre las personas. La pretendida fijeza, constancia e igualdad del valor del dinero proclamada por el principio nominalista, se hace ilusoria e irreal ante las constantes alteraciones monetarias; pretender que una determinada cuantía o suma monetaria posea también a lo largo del tiempo un igual y constante valor o poder adquisitivo es algo tan problemático y quimérico como que los administradores del gobierno público son los guardadores más angélicos y celosos de la salud y equilibrio monetario; porque, si lo fueran no habría las tan desmedidas y constantes alteraciones del valor de su moneda, que no es más que el reflejo de su gestión económica y financiera.

Con el valorismo, la corrección del valor monetario puede venir resuelta, según queda visto, desde tres planos fundamentales: desde el más amplio de la corrección legislativa, desde el más concreto de la revisión judicial y desde el más íntimo de las relaciones obligatorias privadas. Será dentro de estas últimas, por la vía jurídica del convenio o pacto contractual donde el valorismo actuará mediante las llamadas cláusulas de estabilización o actualización (2).

3. LAS CUESTIONES JURÍDICAS QUE PLANTEAN LAS CLAUSULAS ESTABILIZADORAS

Desde el aspecto jurídico, las cláusulas estabilizadoras son consecuencia de un pacto entre las partes contratantes, son el producto de un convenio, el cual, normativamente se hace factible por el artículo 1.255 del Código civil y tiene fuerza de ley para dichas partes contratantes u obligados.

En primer lugar, esto quiere decir que, para su eficacia jurídica, han de reunir los requisitos de validez esenciales en cuanto al consentimiento, al objeto y la causa de contrato, puesto que respecto de la forma es suficiente su constancia expresa.

Por tanto, el consentimiento voluntario de ambas partes es necesario en cuanto base fundamental de su validez, sin que existan defectos de coacción, error u otra anomalía a la libertad de asentimiento. En los contratos de arrendamiento urbano con cláusulas de estabilización, suele ser muy frecuente, una vez que se plantean sus efectos por el alza de la renta, que el arrendatario trate de impugnar dicha cláusula como nula, sin pensar que ello va contra sus propios actos, si no se llega a probar con suficiencia que, realmente, lo pactado se dejó al arbitrio de uno de ellos; sin tal prueba, la alegación resulta casi siempre condenada al fracaso.

En cuanto al objeto de la prestación del contrato, como es la renta en el arrendamiento urbano, habrá de ser posible, lícita y determinada. En

(2) Cfr. mi estudio: *Las deudas de dinero*. Editorial Civitas. Madrid, 1981, páginas 423 ss.

cuanto a su posibilidad, podría plantear alguna cuestión si fuese referida a las monedas extranjeras, daba la intervención administrativa del régimen de control de cambios, aunque procesalmente se resolviese por su cambio en moneda de curso legal en España según el día de pago. Por lo que atañe a la licitud de una renta estabilizadora, desde el momento en que el artículo 100 de la LAU admite la posibilidad de que las partes acuerden un «sistema de actualización» es incuestionable, si se trata de una de las modalidades que el ordenamiento especial locaticio concreta en sus artículos 97 y 98; al poder ser la renta de las viviendas la que libremente estipulen las partes o bien que pueda ser objeto de acuerdo su aumento o reducción, la validez y licitud de tales modalidades son la consecuencia y el efecto concreto de permisividad de dichas normas. Por último, el objeto de la prestación arrendaticia, es decir, la cuantía de la renta, ha de ser determinada, lo que no quiere decir que deba ser fija, puesto que, si es determinable, también cumple con este requisito esencial; tal es lo que ocurre con las cláusulas de estabilización donde precisamente, su mecanismo consiste en concretar inicialmente la cuantía pactada, si bien, para someterla posteriormente a su revisión o determinabilidad, por lo que queda concretamente fijada para cada período convenido; de este modo, una cláusula estabilizadora cumple con todos los requisitos legales en cuanto al objeto, ya que, según el artículo 1.273 del C. c., la indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes. Al ser inicial el pacto de la cláusula estabilizadora y suficiente para que resulte determinada las cuantías posteriores de la renta sin necesidad de otro convenio, se cumplen así las prescripciones necesarias del ordenamiento común.

En el caso de autos, se cumplían los requisitos y características de una cláusula de estabilización desde el momento en que las partes contratantes habían elegido un índice económico («el ponderado de carestía que publica el Instituto Nacional de Estadística») que es de estabilización, tal como razona el Tribunal Supremo, debido a unos efectos ambivalentes, ya que concluye que «se deduce que contempla tanto los supuestos de aumentos como los de disminuciones, al venir referidas las variaciones a las que experimenten los índices del Instituto Nacional de Estadística», insistiendo en que la cláusula «se interpreta en el sentido de proclamar, contrariamente a lo que por el demandado recurrente postulado, su validez y eficacia, dado que en su redacción se contemplan tanto los supuestos de alza como de baja de índices de vida».

Es, pues, importante la elección que se hace por las partes del índice económico que ha de estabilizar la renta, ya que dejaría de ser idóneo aquel que eliminase ambas posibilidades de alza o baja de la renta y, sólo considerase una. El exclusivo beneficio de una sola de las partes no implicaría estabilización y sí exclusivamente enriquecimiento injusto para ella, lo que comportaría la invalidez e ineficacia de la cláusula contractual.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACION. JURISDICCION COMPETENTE Y OTROS EXTREMOS

(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1983)

RICARDO DE ANGEL YAGUEZ

Profesor de Derecho civil. Universidad de Deusto

MANUEL MARIA ZORRILLA RUIZ

Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de Deusto

I. EL CASO DE QUE SE TRATABA

Doña Pilar T. G., por sí y en nombre de sus siete hijos menores, entabló ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra la Administración del Estado (Ministerio del Interior), en reclamación de cantidad (diez millones de pesetas) en concepto de indemnización por los perjuicios derivados de la muerte del esposo de la actora el 8 de junio de 1974.

Los hechos descritos en la demanda eran, en síntesis, los siguientes: el esposo de la demandante había fallecido en la fecha indicada como consecuencia de los disparos efectuados por un funcionario de Policía. Alegaba la actora que tal y como resultaba de las actuaciones penales seguidas en su momento, el referido subinspector de Policía había actuado con manifiesta desproporción, al disparar por la espalda al fallecido mientras éste se hallaba de cara a una pared y otro funcionario le colocaba las esposas.

Seguidas las correspondientes actuaciones penales, éstas terminaron en sobreseimiento por virtud de los Decretos de Indulto de 25 de noviembre de 1975 y 14 de marzo de 1977, si bien «con reserva de las acciones legales correspondientes a los perjudicados».

Se añadía en uno de los hechos de la demanda que la producción de la muerte era constitutiva en todo caso de *un ilícito civil* (sic), del cual respondía subsidiariamente (sic) la Administración del Estado, por mandato del artículo 1.903 del Código civil. Llamamos la atención sobre el hecho de que se invocara este precepto y no las reglas de Derecho administrativo sobre responsabilidad civil del Estado, quizás en coherencia con el hecho de que la demanda se entablaba ante la jurisdicción civil.

Se alegaba asimismo haber formulado la reclamación administrativa previa a la vía judicial civil, que no había recibido contestación de la Administración.

La sentencia del Supremo añade que la actora alegó los fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, sin que se especifique cuáles eran esos fundamentos, extremo interesante, según luego diremos. Sin embargo, todo induce a pensar que la demandante basó su reclamación en los artículos

1.902 y 1.903 del Código civil, no —como decíamos antes en las normas administrativas que perfilan la responsabilidad civil del Estado.

El Abogado del Estado contestó la demanda sosteniendo en primer lugar que la actuación del policía se había debido a la conducta del propio interfecto, que en el momento en que estaba siendo esposado amagó una agresión contra los agentes de policía con una navaja que portaba. Se advertía que la demanda se había dirigido sólo contra la Administración del Estado, no contra el agente de Policía. Y terminó suplicando sentencia por la que se declarase la incompetencia de la jurisdicción ordinaria para conocer la pretensión aducida por la actora, por corresponder a la jurisdicción contencioso administrativa, y por la que, subsidiariamente, se desestimase en su integridad la demanda planteada.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción propuesta por la parte demandada declaraba absuelta a la misma, sin entrar a conocer del fondo de la cuestión.

Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó íntegramente.

Se interpuso por la actora recurso de casación, articulado en los siguientes motivos:

«*Primero*.—Por infracción de Ley y de doctrina legal, al amparo del artículo mil seiscientos noventa y dos, ordinal sexto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habida cuenta de que por razón de la materia, muerte de un ciudadano a resultas de disparos culposos de Subinspector del Cuerpo General de Policía, se debió haber conocido en el fondo del asunto por la Jurisdicción Civil, desestimando la excepción de incompetencia alegada por el Abogado del Estado y que constituye la parte dispositiva del fallo recurrido.

Segundo: Por infracción de Ley y de la doctrina legal concordante al amparo del artículo mil seiscientos noventa y dos ordinal primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo mil novecientos tres en relación con el mil novecientos dos, ambos del Código civil infringidos por el concepto de violación por inaplicación, habida cuenta de la falta de condena en la parte dispositiva de la sentencia recurrida del Ministerio del Interior y de la Administración Central del Estado, a resultas de la actuación culposa del funcionario Subinspector de Policía ocasional de la muerte del marido de la demandante.»

El Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, y siendo Ponente D. Rafael Casares Córdoba, declaró haber lugar al recurso. Y emitió al respecto los siguientes *Considerandos de interés*:

«**CONSIDERANDO**: Que son antecedentes de hecho necesarios o convenientes para resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia de Barcelona el cuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y uno, en el procedimiento instado ante el Juzgado de Primera Instancia número cinco de los de la propia Capital por doña Pilar Torres García, en su nombre y en el de sus menores hijos César, Javier, María Pilar, Santiago, Oscar, Silvia y José Luis Herrero Torres, los siguientes: **Primero**: Que en la madrugada del siete al ocho de junio de mil novecientos setenta y cuatro, cuando el esposo de la demandante, luego

de una accidentada persecución por tres Subinspectores del Cuerpo General de Policía, ya herido de bala en el pie izquierdo, se encontraba detenido por éstos, de cara a una tapia en la que, por orden de sus perseguidores, apoyaba los brazos, en el momento en que uno de los Agentes le había colocado el grillete en la muñeca izquierda, otro que le encañonaba, con su arma reglamentaria, por detrás «a un palmo de distancia de la espalda aproximadamente», bien porque oyese un chasquido metálico, que creyó fuese el de apertura de una navaja o bien porque, efectivamente, advirtiese el arma blanca en la mano derecha, única libre del perseguido, extremos que no aparecen exactamente precisados en autos —como no aparece tampoco concretada la forma en que el detenido hizo, según sus custodios, un intento de agresión sobre el agente más próximo, revolviéndose contra él— lo que definitivamente establecido es que el Subinspector de Policía, que se encontraba inmediatamente detrás del detenido, «de manera refleja disparó por la espalda no pudiendo precisar en qué parte exactamente», según su propia declaración, produciendo a aquél la rotura de la víscera cardíaca que le causó la muerte instantánea. Segundo: Que con motivo de los hechos anteriores se instruyeron diligencias penales —sumario número cincuenta y seis/setenta y cuatro— por el Juzgado de Instrucción número dos de los de Barcelona, las cuales fueron sobreseídas libremente por Auto de seis de febrero de mil novecientos setenta y siete, por aplicación de lo dispuesto en los Decretos de Indulto de veinticinco de noviembre de mil novecientos setenta y cinco y catorce de marzo de mil novecientos setenta y siete con reserva de las acciones correspondientes a los perjudicados. Tercero: Que la esposa del fallecido presentó a la Administración, también en nombre propio y en el de sus hijos menores, «reclamación previa a la vía judicial civil» en solicitud de diez millones de pesetas por los perjuicios derivados de la muerte de su esposo «resultante de imprudentes disparos de un funcionario del Cuerpo General de Policía» sin que tal escrito, registrado de entrada en el Gobierno Civil de Barcelona, el dos de febrero de mil novecientos setenta y ocho, aparezca haya sido contestado, y Cuarto: Que la propia solicitante, en idéntica representación, formuló demanda, presentada el veinticinco de agosto de mil novecientos setenta y ocho, de juicio ordinario de mayor cuantía, contra el Ministerio del Interior y la Administración Central del Estado, en reclamación de aquellos diez millones de pesetas, por el mismo concepto figurado en el escrito anterior, demanda tramitada por el Juzgado de Primera Instancia número cinco de Barcelona que la resolvió, después de declarar la pobreza legal de la demandante, sin entrar a conocer del fondo del asunto, por estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción propuesta por la Abogacía del Estado, cuya sentencia fue confirmada por la de la Sala de lo Civil de la Territorial más arriba mencionada, contra la que se interpuso este recurso de casación, articulándose, al efecto, dos motivos, al amparo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ordinales sexto y primero respectivamente, por considerar, en aquél, que la Sala sentenciadora debió desestimar la excepción de incompetencia, por razón de la materia propuesta y, en consecuencia, entrar en el fondo del asunto resolviéndolo conforme a lo demandado y por reputar, en el segundo y último, infringido el artículo mil novecientos tres del Código civil, en concepto de violación por inaplicación de dicho precepto sustantivo.

CONSIDERANDO: Que en presencia del hecho relatado bajo el apartado primero del considerando precedente es manifiesto que se produjo una actuación negligente en el funcionamiento de un servicio público, en cuanto hubo una desmesurada conducta, al menos, de uno de los agentes de policía, el cual, aun en el supuesto de un

amago ofensivo del detenido —reacción por demás inocua dada la situación del mismo: herido, controlado y sujeto ya por una de las muñecas— intervino, desbordando la prudencia y cautela personal y profesional, que le era exigible, mediante la puesta en juego, desde luego el primer momento, del más extremado y violento de los cuantos medios le era dable utilizar: el del uso del arma de fuego, con la que disparó a bocajarro y sobre una zona del cuerpo en la que se alojan órganos vitales, con el efecto de causar la muerte, fulminante, del sujeto, pese a encontrarse éste en tales circunstancias que, como los propios intervenientes, con loable sinceridad, reconocieron en sus declaraciones, cualquier reacción de defensa o ataque de su parte, hubiera sido perfectamente neutralizada por ellos, sin necesidad de causar un daño cuya reparabilidad quedó cortada en la vía penal, por efecto del indulto anticipado de mil novecientos setenta y cinco, para renacer ahora, como presupuesto —relación causal— de la imputación de efectos económicos a la Administración, en cuanto titular del servicio en el que el perjuicio se produjo, postulándose la reparación material y moral del mal causado.

CONSIDERANDO: Que expuesta ya la situación de hecho y las consideraciones generales del caso, se está en situación de abordar el recurso entablado contra la sentencia de la Audiencia que desestimó la demanda atendiendo a la objeción central de la incompetencia de jurisdicción, argumentada por la Abogacía del Estado, que postuló la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa, en lugar de a la civil, de la competencia para conocer y resolver el litigio planteado, atribución de competencia en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración que si, en general, la Ley de Expropiación Forzosa (artículo ciento veintiuno) y su Reglamento (artículo ciento treinta y tres y siguientes), y sobre todo, la reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa en su artículo tres, declaran reservadas, en bloque, a la jurisdicción especializada y la de Régimen jurídico de la Administración del Estado, a su vez, consagra similar atribución, cuando se trata de reparar el daño causado por el funcionamiento normal o anormal de un servicio público (artículo cuarenta) *el lo no excusa que, en este tema, de muy relativa trascendencia después de la judicialización de la jurisdicción contenciosa y, peligrosamente, abocado a lo que una autorizada doctrina, con el pensamiento puesto en la parte perjudicada, ha llamado «un peregrinaje de jurisdicción», se traigan también a examen, como datos de partida, a efectos competenciales, las particularidades, ya en parte, mencionadas, del caso concreto, lo que comporta que, en el ahora enjuiciado, se afirme, con el consiguiente acogimiento del primer motivo del recurso, la competencia del Tribunal civil para decidir acerca de una responsabilidad nacida por remisión de la Autoridad penal a la vía ordinaria, en virtud de haberse declarado extinguida la presunta de aquel orden, por aplicación de un indulto tan inusual, en cuanto anticipado, como el de noviembre de mil novecientos setenta y cinco, ya que otra cosa supondría asistir al hecho de que unas responsabilidades, inevitablemente calificables ex delicto —artículos mil ochenta y nueve y mil novecientos dos del Código civil—, cuya estimación en vía penal, en la que venían siendo perseguidas, se habría producido como pura secuela de la sanción penal y que de haber quedado reservadas, en el proceso penal sancionador, hubieran podido ser enjuiciadas civilmente, sufren, por uno de esos juegos de azar que tanto propicia aquel indulto, un desplazamiento que incrementa el beneficio penal otorgado, con el factor adicional que, notoriamente, resulta del aplazamiento implicado en la estimación de la cuestión de competencia esgrimida por el representante de la Administración, tesis inaceptable que, además, desde la vertiente de la víctima, ofrecería la insoportable*

perspectiva de causar, día a día, un irreparable perjuicio a siete menores de edad, cuyo derecho a ver cubiertas sus necesidades físicas y espirituales de todo orden es incuestionable y merecedor de que la dudosa cuestión competencial bascule del lado de la Jurisdicción civil, matriz de las especializadas y, de suyo, atractiva, ofreciendo así una solución razonable que, por otra parte y muy principalmente, encuentra incombustible apoyatura, que importa subrayar con el debido énfasis, en la calificada por conocidísima doctrina como «vinculación más fuerte», refiriéndose, naturalmente, a la Constitución promulgada el veintisiete de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, a cuyo orden de valores se encuentran, directamente, vinculados, al mismo tiempo que los ciudadanos, las Autoridades y Tribunales de todo orden, los cuales, en su misión de aplicar, incluso las disposiciones de rango legal, han de hacer siempre un juicio de constitucionalidad, negando validez, según el sentir general de la doctrina, a toda norma que contradiga el cuadro de valores básicos, constitucionalmente establecidos y dejando de aplicar —virtualidad también negativa— en las concretas controversias que, ante ellos se susciten, tanto las claramente inconstitucionales, como las que, por las especiales circunstancias del caso, manifiestamente restrinjan el derecho a obtener la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos o produzcan, prácticamente, un estado de indefensión contrario al derecho fundamental consagrado por el artículo veinticuatro del texto constitucional, tal y como sucedería en este caso en el que, si algo está claro, es que la declaración de incompetencia del Tribunal civil, a los nueve años largos de ocurrir el luctuoso suceso que sumió en la miseria a la demandante y sus hijos, quedados en situación calificada por el informe de la Alcaldía de Barcelona, ya en veinte de febrero de mil novecientos setenta y nueve, como de «francamente deplorable», obviamente significaría embarcarlos en una nueva búsqueda de Juez competente, para entablar un nuevo proceso en el que, a lo largo de todas sus instancias y vicisitudes, tratar de obtener la satisfacción de un legítimo interés indemnizatorio, que tuvo su origen en la lesión de otro derecho constitucionalmente declarado fundamental (artículo quince de la C. E.), después de haberlo perseguido estérilmente, primero en vía penal —sumario cincuenta y seis/setenta y cuatro del Juzgado número dos de los de Barcelona, luego en reclamación administrativa —escrito al Ministerio del Interior de dos de febrero de mil novecientos setenta y ocho— y por último ante la jurisdicción ordinaria en este proceso presente.

CONSIDERANDO: que cuantas argumentaciones figuran expuestas conducen a la estimación, como se ha indicado, del primer motivo del recurso, haciendo innecesario el examen de ningún otro para anular la sentencia combatida, sin que por lo demás proceda hacer especial declaración en cuanto a las costas procesales del recurso acogido.

La Sala, en consecuencia, dictó segunda sentencia, cuyo único *Considerando* dice:

«**CONSIDERANDO:** Que por los fundamentos y razonamientos de la sentencia que precede, hecha la declaración de competencia de la jurisdicción civil para conocer de la demanda de responsabilidad de la Administración del Estado demandada, en concepto de indemnización de perjuicios solicitados por la demandante doña Pilar Torres Gracia, por fallecimiento de su esposo a consecuencia del disparo efectuado por un funcionario de Policía, en las condiciones relatadas en aquella sentencia, es vista la procedencia de declarar correcta la acción ejercitada y el derecho de la demandante y sus hijos al abono, en el concepto en que la piden, por la Administración, de la postu-

lada indemnización en cuantía que, lógicamente, ha de tomar en consideración, junto a las circunstancias reconocidas de edad del fallecido —veintinueve años— y obligaciones familiares a su cargo —esposa y siete hijos— el tiempo transcurrido entre el instante del desgraciado hecho —ocho de junio de mil novecientos setenta y cuatro— y el momento en que la decisión indemnizatoria se produce, ya que, al no tratarse de una deuda dineraria, sino de una deuda de valor, deben tenerse en cuenta las depreciaciones sufridas por la moneda, a fin de que la reparación restablezca, en lo posible, la situación económica existente en el momento de producirse los hechos, aunque sin llegar, en el presente caso, a la cantidad solicitada, ya que, aparte la concurrencia de una cierta conducta insumisa, y, por tanto, débilmente culposa de la víctima, es patente que, en este orden de cosas, la cifra solicitada excede a la que, en similares circunstancias, han venido señalando los Tribunales, por lo que habrá que contar con una prudente reducción de la misma cifrándola en siete millones de pesetas, a distribuir por partes iguales entre la viuda de la víctima y sus hijos representados, cantidad a la que se llega tomando en consideración cuantas notas individualizan el caso, al tiempo que mantiene, «mutatis mutandis», un adecuado paralelismo con la concedida en casos semejantes, alguno tan notorio y reciente como el resuelto por la sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal, el diecisésí de mayo de mil novecientos ochenta y tres.»

II. CUESTIONES DE INTERÉS QUE PRESENTA LA SENTENCIA

La sentencia que comentamos reviste innegable interés en varios aspectos. A continuación mencionamos los que creemos más importantes para luego someter a análisis específicos alguno de ellos.

1. En primer término, la sentencia es interesante, en cuanto estimatoria del recurso de casación, por el hecho (que se deduce, más que se afirma) de que la demanda se estableció al amparo del artículo 1.903 del Código civil (en cuanto consagra la responsabilidad civil del Estado), no de los preceptos de leyes administrativas que recientemente han perfilado con mayor detalle y mejor técnica la citada responsabilidad.

Al haber declarado la Sala que hay lugar al recurso, y al mencionar —siquiera sea de pasada y en forma un tanto incidental, al hablar del tipo de responsabilidad concurrente en este caso, que califica de *ex delicto*— los artículos 1.089 y 1.902 del Código civil, la sentencia es interesante porque pone sobre el tapete la cuestión de si una demanda de responsabilidad civil del Estado basada en el Código civil puede ser *correctamente* formulada ante la jurisdicción civil.

2. En relación con lo anterior, al declarar la Sala que hay lugar al recurso, y hacerlo en base a los citados artículos 1.089 y 1.902 del Código civil, parece incuestionable que el Tribunal Supremo está haciendo suya la teoría que estima que la remisión que el párrafo quinto del artículo 1.903 hace al 1.902 significa que cuando el daño es causado por el funcionario a quien correspondiera la gestión practicada, el Estado responde no por hecho ajeno (como en el caso del «agente especial»), sino por hecho propio, en cuanto que el funcionario es el órgano de que sirve el Estado para actuar.

3. El centro de gravedad de la sentencia, sin duda, es el conjunto de razonamientos que desgrana el Tribunal Supremo para concluir que, a pesar de los argumentos existentes en pro de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, era competente la civil para conocer del asunto planteado.

La Sala utiliza, con distinto grado de énfasis, diversas razones para sostener su conclusión.

a) En primer lugar, tras decir que el tema planteado es de *muy relativa trascendencia* (afirmación que no puede dejar de sorprender —aunque fuera gratamente— cuando el Tribunal Supremo se muestra de ordinario tan puntilloso en cuestiones formales), alude a la «judicialización de la jurisdicción contenciosa».

b) Luego, la Sala utiliza la gráfica expresión de «peregrinaje de jurisdicción» para referirse a la situación en que se encontraría la demandante si se admitiese que la competente era la jurisdicción contenciosa.

c) A continuación, el Tribunal apoya su tesis señalando el absurdo que se daría al estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción, pues, siendo la responsabilidad *ex delicto*, si no hubiera habido indulto dicha responsabilidad —debidamente reservada en el proceso penal— podía haber sido depurada en proceso civil.

Este razonamiento a nuestro juicio, adolece de una petición de principio, pues entendemos que calificar de responsabilidad *ex delicto* a la que deriva de un hecho que no ha sido enjuiciado por la jurisdicción penal es dar a la acción un carácter que sólo académica o teóricamente puede merecer.

d) Prosigue la Sala haciéndose eco de los irreparables perjuicios que se podrían seguir a los hijos de la víctima (por causa de retraso que derivaría de la estimación de la cuestión de competencia) añadiendo que esa «dudosa cuestión competencial» debe bascular del lado de la Jurisdicción civil, que se denomina «matriz de las especializadas» y «de suyo atractiva».

e) Se apoya luego la sentencia en un argumento derivado de la Constitución, que se considera y llama «vinculación más fuerte», en expresión de «conocidísima doctrina», según dice la propia resolución.

La apelación a la Constitución es precisamente al artículo 24 y al derecho a la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos, que se vería malparado con la declaración de incompetencia del Tribunal civil.

La Sala hace un verdadero encaje de bolillos en este punto, pues afirma que por virtud del «juicio de constitucionalidad» los tribunales han de negar validez a toda norma que contradiga el cuadro de valores básicos constitucionalmente establecidos (doctrina que desde luego es pacífica) y además han de dejar de aplicar tanto las normas claramente inconstitucionales (tesis también común) como las que, *por las especiales circunstancias del caso*, manifiestamente restrinjan el derecho a obtener la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos.

f) Reitera la Sala más adelante que aceptar la tesis de la incompetencia

de jurisdicción significaría embarcar a los demandantes en «una nueva búsqueda de Juez competente». Se repite la idea del «peregrinaje de jurisdicción».

g) La segunda sentencia es también de interés en cuanto reproduce la doctrina de la Sala Primera de que la deuda indemnizatoria no es una deuda dineraria sino una deuda de valor, por lo que deben tenerse presentes las depreciaciones de la moneda.

h) Por fin, la misma segunda sentencia merece atención porque aplica la competencia de culpas, al justificar la reducción a siete millones de la indemnización de diez pedida por la actora, en base a «una cierta conducta insumisa» del esposo fallecido, conducta que se califica, en expresión original, como «débilmente culposa» (recuérdese que parece que la víctima había realizado algún movimiento sospechoso cuando estaba detenido y a punto de ser esposado).

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

A modo de énfasis de la doctrina dominante a este respecto, nos permitimos reproducir los párrafos de interés dedicados a este extremo por uno de los comentaristas de esta sentencia. Ricardo de Angel, en su libro *Lecciones sobre responsabilidad civil*, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1982, páginas 71-73.

De acuerdo con el párrafo quinto del artículo 1.903, «*el Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior.*»

Debemos advertir de antemano que la fórmula que acabamos de reproducir se ha visto ampliamente superada por obra de modernas leyes administrativas a que luego nos referiremos. Pero no será inútil hacer algún comentario sobre la orientación del Código civil.

La interpretación del párrafo antes transcrita dio lugar a dos teorías.

Una, precisamente la adoptada por la jurisprudencia, afirmaba que el Estado no era responsable de los daños que los particulares pudieran sufrir a consecuencia de los actos de los funcionarios en el desempeño de su actividad propia. Sólo el funcionario autor del daño asumía el deber de indemnizar, si en su conducta había mediado culpa. Esta última conclusión se extraía de las palabras «en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior», en cuanto parecen remitir a hipótesis de responsabilidad por actos propios, y además obra de una persona física. La regla, por tanto, era la irresponsabilidad del Estado.

De aquí se deduce que la norma del párrafo quinto del artículo 1.903 —siempre de acuerdo con esta primera interpretación— constituía la excepción a la regla general: el Estado responde —por culpa *in eligendo* o *in vigilando*— sólo cuando actúa por medio de un «agente especial».

Frente a este criterio, tan favorable para el Estado, una segunda interpretación sosténía que la remisión a «lo dispuesto en el artículo anterior», es decir, al artículo 1.902, significaba que el Estado incurría en responsabilidad *propia* cuando el daño sufrido por el particular fuera causado por el funcionario a quien estuviera confiada —en razón de su cargo— la correspondiente gestión o actuación. El razonamiento era bien simple, y a nuestro juicio acertado: el Estado, como persona jurídica que es, *actúa* a través de sus órganos naturales, que son los funcionarios. El daño causado por éstos es daño *producido por el Estado*, y en consecuencia es el Estado quien responde de él. Por tanto, la regla es la responsabilidad del Estado, con arreglo al mandato general del artículo 1.902.

Sobre esta base, al párrafo quinto del artículo 1.903 se asignaba el sentido de ser una fórmula de responsabilidad indirecta o subsidiaria del Estado por los daños causados por un «agente especial» del mismo.

Pero como decíamos más arriba, estas discrepancias interpretativas no tienen ya más valor que el histórico y el de poner de manifiesto una interesante cuestión doctrinal, que pronto nos conduciría a la problemática medular de las personas jurídicas en general.

En nuestros días, la responsabilidad de la Administración se asienta sobre otras bases legales.

La Ley del Régimen Local de 16 de diciembre de 1950 implantó la responsabilidad directa o la subsidiaria de las Entidades locales por los daños y perjuicios que a los particulares irrogue la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios o agentes (art. 415).

Con posterioridad, la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 estableció en su artículo 121 que dará lugar a indemnización «*toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.*»

Santos Briz pone de relieve que la Ley de Expropiación Forzosa, a diferencia de la de Régimen Local, suprime la alusión a la culpa del agente y reserva el derecho de regreso de la Administración contra los causantes de los daños.

El proceso ha culminado con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, cuyo artículo 40 establece que «*los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.*»

Esta regla consolida el principio de responsabilidad de la Administración de una forma en verdad satisfactoria para el particular, concorde con las exigencias del tiempo presente y razonablemente despegada del requisito de la culpa.

El cuadro se completa con la previsión del artículo 41 de la propia Ley de Régimen Jurídico, al decir que «cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado, responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración».

Sobre el fundamento de la responsabilidad de la Administración en los sistemas jurídicos modernos, vid. Leguina Villa, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Madrid, 1983, en concreto páginas 294-315.

Acudiendo ahora a la sentencia que comentamos, parece evidente que, aunque la Sala no lo diga, está acogiendo la interpretación que llamaríamos «avanzada» del párrafo quinto de la remisión a éste que aquél hace.

En efecto, se observa que el Tribunal no formula reparo alguno a la circunstancia de que para fundamentar la reclamación de indemnización la actora citase dichos preceptos sustantivos. Esta circunstancia, unida a la condición de funcionario del policía causante de muerte, denota sin lugar a dudas que la Sala decreta la responsabilidad del Estado por entender que *fue éste quien actuó a través del agente*, que el agente en cuestión no fue sino un *órgano del Estado* y que por tanto responde éste *por acto propio, no por hecho ajeno*.

IV. JURISDICCION COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS RECLAMACIONES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACION

El artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado establece que la responsabilidad, cuando el Estado actúa en relaciones de Derecho privado, «habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios». Se trata de una regla de competencia judicial que, *a sensu contrario*, conduce a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se reclame indemnización de daños causados por la Administración pública como tal.

Por su parte la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 establece en su artículo 3.^o, apartado b), que dicha jurisdicción conocerá de *las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública*.

García de Enterría y Fernández (*Curso de Derecho administrativo*, II, Madrid, 1982, páginas 375-376) sintetizan la opinión común de los administrativistas señalando que se debe limitar la excepción de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa al *caso único* de la gestión industrial y mercantil de la Administración y al de la gestión del patrimonio privado. «En todos los demás casos —dicen estos autores— hay que entender que la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa».

Sin embargo, en la citada obra *Lecciones sobre responsabilidad civil* (páginas 73-74) señalaba uno de los autores de este comentario que la regla jurisdiccional mencionada no está operando en la práctica con la claridad y precisión que serían de desear. Y refería una serie de sentencias reveladoras de cierta confusión al respecto. Eran las siguientes:

La Sentencia de 15 de octubre de 1976 resuelve un problema que puede plantearse con frecuencia en la práctica: cuál es la jurisdicción competente cuando se reclama indemnización a uno o más particulares y a la vez a la Administración por actos de sus órganos en el cumplimiento de funciones de Derecho público. En aquel caso se demandó a una empresa de suministro de energía eléctrica y al IRYDA, por los daños resultantes de un incendio debido al contacto de dos cables de alta tensión, propiedad de las dos entidades. Se demandó también al Estado, por presunta negligencia de la Delegación de Industria correspondiente, que no había verificado de manera adecuada la instalación de las líneas. El Tribunal Supremo condenó solidariamente a los tres demandados, y ante la alegación de incompetencia de la jurisdicción civil para condenar en este caso al Estado dijo que «... determina la competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria civil, por ser atractiva, pues en otro caso cabría la posibilidad de fallos separados y contradictorios, lo que constituiría un absurdo lógico y jurídico».

También creemos digna de mención la solución adoptada por las sentencias de 20 de marzo de 1975 y 5 de marzo de 1977, que han declarado la competencia de la jurisdicción ordinaria civil en reclamaciones que, por sendos accidentes de circulación, se han dirigido contra conductores de vehículos del Estado (uno de ICONA y otro del Ministerio del Ejército) y contra los respectivos Ministerios (Agricultura y Ejército), estos últimos como responsables subsidiarios. El Tribunal Supremo justifica su decisión aduciendo que «el daño o lesión no ha sido consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público, sino que se ha producido por una incidencia, marginal al servicio, provocada por la negligencia de uno de los agentes que intervienen en él, contra quien se dirige la acción civil nacida del artículo 1.902 del Código civil...».

Más significativa aún, porque en este caso sólo resultó condenada la Administración, es la sentencia de 18 de abril de 1977.

Doña María del Carmen G. C. formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Arrecife demanda contra don R. T. de P., por sí y como Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de dicho Municipio, sobre indemnización de daños y perjuicios.

El hecho que fundamentaba la demanda era la muerte del esposo de la demandante, producida al caer en un pozo que era propiedad del Ayuntamiento y que carecía de protección o aviso de peligro. La demandante invocaba la negligencia de la parte demandada, en base al artículo 1.902 del Código civil.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que, estimando la excepción de incompetencia y sin entrar en el fondo del proceso, desestimó la demanda.

La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado, y declarando la incompetencia para conocer de lo pedido a don R. T. de P., como Alcalde del Ayuntamiento de Arrecife, le absolvió por no estar pasivamente legitimado, y condenó a dicho Ayuntamiento a pagar a la actora la cantidad de 500.000 pesetas e intereses legales de esta suma desde la firmeza de la sentencia.

El demandado interpuso recurso de casación, basándose, entre otros

motivos, en el exceso de jurisdicción, por entender que la Audiencia había conocido de un asunto que no es competencia civil sino administrativa. Se acusaba la violación por no aplicación de los artículos 128 y 121, 1.^o, de la Ley de Expropiación Forzosa, así como del 3.^o, apartado b), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y por aplicación indebida de los artículos 407 y 414 de la Ley de Régimen Local.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, y en relación con la pretendida incompetencia dijo: «... debe oponerse (a la argumentación del recurrente) que como consecuencia de los términos en que se plantea la demanda, el fundamento de la misma y la invocación del artículo 1.902 del Código civil, el pleito discurre dentro del ámbito adecuado, al conocer la jurisdicción civil de una materia que claramente corresponde a la misma, en la que la parte actora ha de probar, tanto el hecho dañoso, muerte del esposo de la demandante, como la de ser el hecho debido a la negligencia de la parte condenada, da lugar a deber estimarse como aplicables los preceptos que el motivo acusa como infringidos, por ser de modo directo los demandados condenados aquellos a quienes incumbía preverlo, adoptando las medidas para impedir la causación del daño, esto es, medidas de aviso y seguridad para evitar accidentes, éste y otros de igual naturaleza y gravedad, y dan lugar en primer término a aplicar las consecuencias establecidas en el artículo 1.902 del Código civil, no se trata, en suma, del funcionamiento normal o anormal de servicios públicos, sino de la omisión de las medidas de seguridad cuya falta pone de manifiesto la negligencia de los que por sus funciones están obligados a adoptarlas...».

Por su parte, Santos Briz (*La responsabilidad civil*, 3.^a ed., Madrid, 1981, páginas 678-683) hace un análisis de la jurisprudencia más significativa al respecto, en la que —a nuestro juicio— no se aprecia una línea de adecuada continuidad ni absoluta fidelidad a los textos legales. Parece como si la Sala Primera, en concreto, se hubiera mostrado especialmente propicia a la tesis de la «fuerza atractiva» de la jurisdicción civil y como si lo que pretendiera, en el fondo, fuese evitar a los perjudicados demandantes las ingratas consecuencias de un error a la hora de decidir entre una u otra jurisdicción. En definitiva, el deseo de evitar el «peregrinaje de jurisdicciones» a que por primera vez se refiere explícitamente, con tan gráficas palabras, la sentencia que ahora comentamos.

Un dato a tener presente en la cuestión que examinamos es el Decreto de competencia número 1.804, de 7 de septiembre de 1960, que remite a la jurisdicción ordinaria en los casos de actos cometidos por funcionarios, cuando estos actos, por no ser de Administración y si de *conducta extraadministrativa de aquéllos*, no pueden considerarse derivados del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

A este respecto dice con acierto, a nuestro juicio, Santos Briz (*op. cit.*, página 683) que «para ser aceptable el criterio mostrado en el Decreto de referencia habría de explicarse hasta dónde llegan los llamados 'actos de propia gestión' del Estado, ya que en principio nada obsta que estos actos puedan referirse a la actuación estatal a título particular. Además —añade—, habría de estar claro qué haya de entenderse como 'conducta extraad-

ministrativa' de los funcionarios. Podría considerarse tal toda aquella conducta impropia o inadecuada para la normal gestión de un servicio público o de un acto administrativo. El problema, en definitiva, radicaría entonces en concretar si una tal conducta implicaría un servicio público 'anormal', o si ya estaría fuera del funcionamiento de este servicio, tanto si es normal como si es anormal. En este último caso —termina Santos Briz— la competencia para entender de la reclamación de daños recaería en la jurisdicción ordinaria».

La alusión a la «conducta extraadministrativa» de los funcionarios podría entroncar con el razonamiento de la Sentencia de 18 de abril de 1977, que antes hemos citado. Obsérvese que en ella se dice que la falta de señalización del pozo en que cayó el esposo de la actora, muriendo por la caída, no se trata del funcionamiento normal o anormal del servicio público, sino de la omisión de medidas de seguridad que ponen de manifiesto la negligencia de quienes estaban obligados a adoptarlas.

Es como si en la sentencia que ahora comentamos se dijera que disparar a un detenido no constituye acto de ejercicio de un servicio público, sino una imprudencia ajena al desenvolvimiento de lo que tal concepto (servicio público) significa, en el que cabe un funcionamiento normal o anormal. En una palabra, sostener que el hecho de autos no fue un acto de servicio público, ni siquiera en su modalidad de ejercicio anormal.

Lo que en definitiva queda claro es que la elección de una u otra jurisdicción se convierte en la práctica, con todos estos antecedentes tan movedizos, un casi una cuestión de «azar», en la que un desacuerdo en la opción acarrea consecuencias lamentables. Por ello, encuentra explicación la solución que el Supremo adopta en la sentencia comentada, precisamente —se dice de forma expresa— para evitar ese «peregrinaje de jurisdicción» que habría determinado la estimación de la excepción propuesta por el Abogado del Estado.

Pero aún queda una cuestión modular que resolver o por lo menos que plantear. Nos referimos a la posibilidad de que la solución de la Sala sea correcta sin necesidad de invocar los argumentos periféricos que en la sentencia se aluden. En concreto, la cuestión, en el sentido de pregunta, podría formularse de la siguiente manera: ¿Existe libertad de elección por el demandante, de suerte que si reclama indemnización por daños a la Administración en base a los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil puede entablar la demanda ante la jurisdicción civil, y si en cambio lo hace al amparo del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado ha de seguir la vía jurisdiccional contencioso-administrativa?

El punto de partida de esta sugerencia vendría dado por el tipo de Derecho material invocado para fundamentar la reclamación. No parece caber duda de que el citado artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico no derogó los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil en lo que hace a la responsabilidad del Estado ni afectó a la doctrina que interpreta el primero de ellos diciendo que en él se consagra la responsabilidad de la Administración *por acto propio* cuando el autor del daño es el funcionario que tuviera encomendada la actividad lesiva.

Si esto es así, se nos ocurre que la pretensión de indemnización contra el Estado podría encauzarse por dos caminos materiales y jurisdiccionales, a elección del perjudicado.

De un lado, estaría facultado para reclamar la indemnización en base a los citados preceptos civiles (supuesta la moderna interpretación del artículo 1.902 en cuanto a daños causados por funcionarios en el desempeño de sus funciones), ante la jurisdicción civil. Sería, por ejemplo, el caso de la sentencia que nos ocupa, en que se reclama directamente al Estado sobre las reglas del Código civil. Fórmula de responsabilidad directa, no subsidiaria, que entendemos correcta, aunque se dé la curiosa circunstancia de que en su demanda la actora hable de «responsabilidad subsidiaria» de la Administración, no obstante no demandar al funcionario causante del daño.

Si, por el contrario, se establece la demanda al amparo del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, habría de ser la jurisdicción contencioso-administrativa la competente, aplicando al efecto, en cuanto al fondo, el Derecho material constituido por dicho precepto y la doctrina que lo interpreta.

Insistimos en que esto es una mera sugerencia, pero en realidad el examen de la jurisprudencia parece abonarla.

La sentencia comentada comienza por entender que es manifiesto que se produjo una actuación... en el *funcionamiento de un servicio público*. Cierto que, a través de razonamientos ulteriores, nunca proclama explícitamente que, como en primera instancia y apelación sostuvieron el Juzgado y la Audiencia hasta el punto de fundar en ello su pronunciamiento desestimatorio, esa circunstancia es el dato de conexión que el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado tiene en cuenta para responsabilizar a la Administración por el daño causado y el 3.^º b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para deferir a la misma el enjuiciamiento de las pretensiones de responsabilidad de la Administración del Estado. Pero todo el razonamiento que completa el *considerando 1.^º* no resulta de aplicar el precepto administrativo— pues ello supondría aplicar normas materiales para cuya aplicación el orden civil sería incompetente—y sí criterios de responsabilidad subjetiva que, como del resto de la resolución se desprende, basculan sobre la aplicación del artículo 1.903 del Código civil, cuya acción directa contra el Estado viene en definitiva a acogerse, ya que no se ha demandado al causante del daño por *culpa in agendo* y sí a su principal por *culpa in vigilando*. Sin embargo, se reconoce expresamente que en casación civil se está enjuiciando la cuestión de la reparabilidad de un daño imputable a la Administración. La imputación se define híbridamente, pues, de una parte, se invoca la condición de titular (debió decirse gestora o prestadora) del servicio —expresión inexacta, pues se es titular del órgano de la Administración que cumple la función constitutiva del servicio público— y se reitera implícitamente el supuesto del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, aunque seguidamente se alude a la reparación *material* y *moral* del daño, siendo así que la responsabilidad administrativa de dicho precepto sólo comprende el *daño material*. La acción civil *secundum eventum litis* sí que

abarca la compensación de los daños materiales y morales (art. 104 del Código penal), contenido también propio de la que, subsistiendo en caso de absolución penal, se basa en los artículos 1.902 y siguientes del Código civil.

Puede, en suma, decirse que la sentencia comienza contemplando las contradicciones que va a verse en la necesidad de superar, por cierto con formulaciones muy sintéticas y acaso merecedoras de un análisis más detenido, dados la novedad que suponen y el compromiso doctrinal que introducen. No en vano el segundo fundamento de Derecho llama *consideraciones generales del caso* a la presentación del punto de arranque y a las contradicciones que acaban de exponerse.

Es preciso todo un despiece didáctico para sistematizar e interpretar las proposiciones que muy densamente integran la compleja trama doctrinal del *considerando 2.º* toda vez que son obligadas varias reflexiones.

Si antes hace saber el Tribunal Supremo que la responsabilidad aquí discutida se invoca en virtud del funcionamiento de un servicio público, ahora asegura —de modo terminante y explícito— que el artículo 4.º de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y el 3.º de la de Jurisdicción Contencioso-administrativa consagran la atribución de competencia al orden contencioso-administrativo en los casos de reparación del daño causado por el funcionamiento normal o anormal de un servicio público. No parece dudarse de que la cuestión de responsabilidad deba conocer esa jurisdicción especializada.

La diversión dialéctica se inicia acto seguido cuando señala el Tribunal Supremo que el tema de la atribución de competencia es de *muy relativa trascendencia después de la judicialización de la jurisdicción contenciosa*. Con ello parece insinuarse que la seguridad de que un daño se repara siempre a través de una sentencia judicial es la básica garantía y que, al perder destaque o ser secundario el que la reparación se acuerde por órganos de una u otra jurisdicción, no merecen censura las proposiciones que van a defenderse para trasladar al orden civil la competencia que, de una parte, se refiere a una relación jurídico-pública —pues ataña a la pretensión de responsabilidad que se origina en el funcionamiento de un servicio disciplinado por el Derecho administrativo y no por el Derecho civil— y, sin embargo, se ejerce en la aplicación de normas materiales de Derecho civil, como va a hacer aquí la casación. Con otras palabras, la naturaleza de la duda pendiente no permite tratar un supuesto de Derecho público con reglas materiales de Derecho privado, pero como esta objeción llevaría a declinar la jurisdicción en los mismos términos que el Juzgado y la Audiencia Territorial lo han hecho, el Tribunal Supremo intentará justificar la sujeción de la hipótesis al orden jurídico privado para asumir así la competencia que autorice la solución del problema sustantivo por la Sala 1.ª de la Civil.

Advierte la sentencia comentada que el tema se ve peligrosamente abocado a lo que, con el pensamiento puesto en la parte perjudicada, una prestigiosa doctrina ha llamado un *peregrinaje de jurisdicción*. Ello no puede menos de evocar la interrelación de los artículos 9.2 y 24.1 de la Constitución. El constituyente no enfatiza una *protección efectiva* para todos los

derechos en particular; si lo hace cuando alude a la tutela judicial es porque, consciente de la depresión o insuficiencias que puede sufrir, proyecta sobre el artículo 24.1 el compromiso general de la acción transformadora del artículo 9.2. Evitar el peregrinaje de jurisdicción equivale a suprimir el peligro que el Tribunal Supremo considera obstáculo a la igualdad del litigante *peregrino* respecto de quienes pueden acceder a la jurisdicción adecuada sin más dilaciones que las indispensables.

Según un juego de valores, el Tribunal Supremo es consciente de que no puede conciliar dos de los beneficios que ha reconocido el artículo 24.2 de la Constitución; si se respeta el derecho al juez ordinario predeterminado en la ley —admitiéndose la incompetencia de la jurisdicción civil y atribuyéndose la *cognitio del litigio* al orden contencioso-administrativo— se reanicia aquel peregrinaje y el proceso pasa a adolecer de una indebida dilación. Si la *justicia* es un valor superior del ordenamiento jurídico —cuya estructura rompe por cierto, la morfología de la pirámide kelseniana e introduce una especie de iusnaturalismo secular o moralidad legalizada—, la lectura del artículo 24.2 evidencia que, a la luz de esa impregnación axiológica es preferible no aplazar la reparación del daño, aunque la decisión de resarcirlo emane de un orden dudosamente competente, que encomendarla al que lo es y producir una demora injusta a todas luces.

Lo esencial del discurso del juzgador de casación puede condensarse en esta apreciación valorista: *Es suficiente garantía del perjudicado la que consiste en no aplazar por más tiempo la fijación por un órgano jurisdiccional de la indemnización a que puede hacerle acreedor el daño causado por un servidor de la Administración pública.* Un Tribunal anglosajón hubiera usado de sus prerrogativas de equidad en estos o parecidos términos. De «sentencia de equidad» habla el profesor Rodrigo Bercovitz en su magnífico comentario a esta resolución en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, número 3, páginas 814 ss.

Avanzando algo más en la intuición de los móviles del razonamiento judicial, se advierte cómo la cuidadosa positivización que el artículo 24.2 de la Constitución hizo del derecho al juez ordinario predeterminado en la ley —en sustitución del *derecho al juez natural*, que figuraba en el Anteproyecto— es obviada por los juzgadores de casación, que superan la doctrina del *index naturalis* y entienden satisfecho el contenido esencial del derecho con la sola intervención de un órgano jurisdiccional, sin otras adjetivaciones.

No obstante las anteriores conclusiones a que conduce la lectura de los pasajes iniciales de la sentencia comentada, ésta mantiene luego el criterio de competencia del orden jurisdiccional civil por razones distintas de las que podían inspirarse en la tesis político-jurídica expuesta. El Tribunal Supremo se ve ciertamente tentado de anclar su autoatribución de competencia en una posición tan novedosa como la presentada, pero acto seguido prefiere acumular a ella las procedentes de una actitud más tradicional.

La competencia del Tribunal Supremo se afirma para decidir acerca de una responsabilidad nacida por remisión de la Autoridad penal a la vía ordinaria, en virtud de haberse declarado extinguida la presunta de aquel orden por un indulto tan inusual como anticipado.

Es ésta una afirmación en que sin anteponer los argumentos sobre los que se ha discurrido, pudo el Tribunal Supremo fundar exclusivamente su competencia. Lo ha hecho preceder de una reflexión de política del Derecho en la que, sin embargo, no ha llegado a fundar su asunción de competencia de modo exclusivo. Un cierto *wishful thinking* se atisba en orden a resolver tan sólo con esta base, pero ahí queda, como una oblación al signo de los tiempos, puesto que acto seguido usa de categorías convencionalmente técnico-jurídicas para resolver el problema. Aunque después insista en argumentos valoristas, que mezcla con la directriz del mero discurso lógico-jurídico, y llegue incluso a hablar de *dudosa cuestión competencial*.

El Tribunal Supremo se sitúa en un plano de causalidad hipotética y entiende— aunque explícitamente no lo diga— que el indulto es un *factum principis* que, además de extinguir las responsabilidades penales declaradas por sentencia firme, ha cortado el proceso penal pendiente en este caso, impidiendo que se declare la responsabilidad penal del servidor de la Administración —que, según el artículo 19 del Código penal hubiese acarreado la civil conforme a los artículos 101 y siguientes del mismo cuerpo legal— o que, de habersele absuelto, se reservara al perjudicado el ejercicio de la acción reparatoria. Viene el Tribunal Supremo a sostener que —con tales antecedentes— la *aeditio actionis* aparentemente fundada en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado ante la jurisdicción civil debe llevar sin incongruencia a sustituir la invocación de este precepto por la de los artículos 1.902 y siguientes del Código civil dada la etiología que de la acción ejercitada es propia. No duda el Tribunal Supremo en afirmar que se está ante responsabilidades *ex delicto* susceptibles de declararse como *pura secuela de la sanción penal* o que, si se reservó la acción en la sentencia penal absolutoria, hubieran podido ser *enjuiciadas civilmente*.

Es lo mismo que si los juzgadores de casación hubieran afirmado: *El indulto que pone fin a un proceso penal pendiente e impide su terminación normal por sentencia firme constituye una fuerza mayor que no puede perjudicar el interés del titular de las acciones civiles de responsabilidad ligadas al hecho presuntamente delictivo*; es una obligación de los Tribunales remover el obstáculo existente a la igualdad de dicho titular con quienes, en virtud de una sentencia penal, han logrado la reparación o conservado su derecho a accionar ante la jurisdicción civil. La calificación del indulto como *vis maior* está explícita en la referencia que la sentencia comentada hace a los juegos de azar que el mismo indulto ha propiciado.

El Tribunal Supremo atribuye a estos juegos de azar el resultado de un desplazamiento de esa responsabilidad civil que, de no ser llevada nuevamente a un área de competencia judicial, quedaría imprejuzgable en una especie de tierra de nadie donde la situarían: 1) La anomía creada por el indulto, pues el auto de sobreseimiento dictado en aplicación del mismo sólo hizo una reserva genérica de acciones, sin especificar si ésta concernía —lo que, de otra parte, no hubiese resuelto demasiado, dado el valor que a la reserva se adjudica como declarativa y no constitutiva— a la nacida del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (responsabilidad

cuasiobjetiva) o a la emanada del artículo 1.903, párrafo quinto del Código civil (responsabilidad subjetiva por *culpa in eligendo*). 2) El aplazamiento o dilación implícita en la estimación de la cuestión de competencia que la Administración pública demandada propuso.

La tesis tendente a mantener la competencia del orden jurisdiccional civil descansa precisamente en la necesidad de eliminar estos reparos y no tomarlos en consideración.

En la recta final del razonamiento —apoyado ahora en explícitos preceptos constitucionales que no sistematiza del todo— la competencia judicial civil se justifica:

1) Por la razón histórica concomitante de que la jurisdicción civil es, ante la duda suscitada, atractiva y matriz de las especializadas.

2) Por la lesión del valor justicia que entrañaría la irreparable lesión o perjuicio consistente en no atender de inmediato a las necesidades físicas y espirituales de siete menores de edad.

3) Por la sujeción de los poderes públicos al orden constitucional de valores cuyo cuadro general traza el artículo 1.1 de la Constitución.

4) Por la necesidad de proteger un interés legítimo que se ha originado en la lesión del derecho a la vida (art. 15 de la Constitución).

Para fortificar su criterio concluye el Tribunal Supremo con una observación metodológica sobre la aplicación de la Constitución por los jueces ordinarios que provoca estas reflexiones:

1) Círculo que los Tribunales, al aplicar las disposiciones incluso de rango legal han de efectuar un juicio —primario o condicionante— de constitucionalidad.

2) A toda tentación de estimar inconstitucional una norma con rango de ley —anterior o posterior a la Constitución— debe acompañar una reacción disuasoria por la que en vez de implicarse en el juego de la inconstitucionalidad originaria o sobrevenida, el Juez o Tribunal se esfuerce en preservar la subsistencia de aquélla, procurando una interpretación de la misma conforme al criterio contextual que, según el artículo 3.1 del Código civil, es también la Constitución.

3) La inconstitucionalidad originaria se refiere a leyes posteriores a la Constitución y es planteada por los órganos judiciales a través de la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163 de la norma fundamental, si se da *contradicción* con ésta.

4) La inconstitucionalidad sobrevenida concierne a normas preconstitucionales con rango de ley, si bien se admite el tratamiento de las cuestiones prejudiciales de inconstitucionalidad, debe operar mediante el efecto de la disposición derogatoria 3 de la Constitución, que los jueces ordinarios utilizarán para inaplicar el precepto o preceptos *opuestos* a la Constitución.

La sentencia comentada contiene afirmaciones que sólo en parte coinciden con las acabadas de exponer, ya que:

1) Introduce una distinción entre los cometidos de *invalidación* e *inaplicación* que pueden ejercer los Tribunales ordinarios al apreciar la inconstitucionalidad de una norma con rango legal.

2) La negación de validez —que ha de suponerse *inter partes* y nunca *erga omnes*, a causa del efecto del artículo 1.257 párrafo 1º, del Código civil— resultaría de la contradicción de la norma eventualmente inconstitucional con el cuadro de *valores básicos* —¿los mismos *valores superiores* del artículo 1.1 de la Constitución?— constitucionalmente establecidos y, ante la falta de distinción que hace el Tribunal Supremo, afectaría incluso a las leyes postconstitucionales, sin necesidad de acudir al trámite del artículo 163 de la Constitución.

3) Ello permitiría el desarrollo de una jurisprudencia o, si se prefiere, un judicialismo valorista, con tan amplias facultades de inhabilitación de las leyes que, entre otros efectos, vaciaría de contenido el artículo 3.2 del Código civil, haciendo posibles soluciones basadas íntegramente en la equidad.

4) No aclara la sentencia comentada que la inaplicación de normas que —como las aquí conducentes a fijar la competencia contencioso-administrativa— restrinjan la efectividad de la tutela judicial o perpetúen una indefensión contraria al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la Constitución, sólo es dable respecto a las de origen preconstitucional, matiz que, a efectos de doctrina, habría sido conveniente.

V. LA INDEMNIZACION ESTABLECIDA POR LA SEGUNDA SENTENCIA. SU CUANTIA Y OTROS EXTREMOS

Para no incurrir en este punto en innecesarias repeticiones nos remitimos al comentario que de esta sentencia ha hecho el profesor Rodrigo Bercovitz arriba citado sobre todo en las páginas 821-823. Son muy jugosas sus apreciaciones sobre la cuantía de la indemnización que concedió la Sala Primera en comparación con las usuales en caso de muerte y en concreto con la de la Sentencia de la Sala Segunda de 16 de mayo de 1983 (recaída en el conocido «caso Almería») que la sentencia comentada cita expresamente como antecedente significativo.

Con todo consideramos oportunas algunas reflexiones sobre este extremo de la indemnización y su cuantía.

Desde luego el principio doctrinal y práctico de la reparabilidad de los daños corporales no ha adquirido un grado de desarrollo igual al de otras naciones que —como las de culpa y riesgo— nacieron contemporáneamente y merecieron mucha más atención. El daño se concibe como lesión de un derecho o lesión de un interés a la luz del artículo 24.2 de la Constitución y su evaluación ha sido objeto de más disposiciones sobre la generosidad de los Tribunales al establecerla que de esfuerzo sistemático para racionarizarla.

El caso examinado muestra cómo el criterio de fijación del resarcimiento por muerte debida a una acción negligente del servidor público y culpa *in eligendo* o *in vigilando* de la Administración pública (arts. 1.902 y 1.903 párrafo quinto del Código civil) no es detallado en demasía. Es aconsejable recordar cómo afluyen a la reparación del daño *lato sensu* los varios elementos que la componen.

Ante todo los herederos de la víctima le suceden en aquellas acciones que derivan de daños ocasionados por el hecho determinante de su muerte y ocurridos entre el mismo y el fallecimiento (arts. 651 y 659 del Código civil). Se comprenden aquí los gastos de asistencia médica-farmacéutica y las pérdidas o detrimientos experimentados por su forzosa inactividad durante ese espacio de tiempo. Se incluiría también la acción con que aun en vida el finado hubiese reclamado un *preium doloris* compensatorio de su sufrimiento y angustia ante la muerte.

Por lo demás los perjudicados en virtud del fallecimiento, que ven lesionados sus intereses o derechos, pasan a ser titulares de acciones que surgen en sus patrimonios a título originario y no se les transmiten *mortis causa*. La distinción entre daños y perjuicios (art. 1.106 del Código civil) subsiste en los artículos 101 y siguientes del Código penal por un efecto de arrastre histórico, sin haberse cuidado de fundir unos conceptos que difícilmente pueden independizarse y dar lugar a responsabilidades diferentes.

La reparación del daño moral sufrido por la muerte se admite en la jurisprudencia y expresamente está reconocida en el artículo 104 del Código penal. Problema difícil es individualizar el grupo de personas que experimentan dicho daño si bien la afectación que lo engendra debe presumirse respecto a todos los componentes de una familia aparentemente vinculados a ella y no sensiblemente disgregados de la unidad que pueda mantener.

El daño material existirá siempre que a consecuencia del fallecimiento, dejen los allegados del finado de obtener los medios de subsistencia u otras atenciones esenciales procurados por éste. La distinción entre si tales recursos se obtenían en virtud de un deber jurídico o en calidad de mero hecho es relevante para establecer si existe derecho subjetivo o interés necesitado o no de protección.

En ambos casos —daños materiales y daños morales— la individualización del grupo de perjudicados de la colectividad de sujetos beneficiarios de la reparación resulta de fijar un mecanismo de sucesión triangular, donde se adquiere por estos sucesores *sui generis* un valor que, con causa de la muerte de la víctima, va a extraerse del patrimonio del declarado responsable. Una nueva entidad familiar se configurará así.

Vigente la Constitución, el principio de reparación íntegra del daño parece estar fuera de duda. Si el artículo 15 de la Constitución reconoce el derecho a la vida, atentaría contra el contenido esencial del mismo —que el artículo 53.1 manda respetar— cualquier solución por la que circunstancias extrañas a la necesidad de compensar la totalidad de detimento sufrido por los perjudicados provocasen una minoración del mismo. Ello llevaría a tachar de constitucional —en régimen de inconstitucionalidad sobrevenida— el artículo 1.103 del Código civil, pues cualquiera que sea el compo-

nente equitativo que la expresión «... según los casos» represente, siempre aparece en pugna con el contenido esencial del que la integridad reparatoria es inseparable. Ese precepto aparece, pues, negativamente afectado por el efecto de la disposición derogatoria 3 de la Constitución, sin necesidad de indagar su origen histórico, curioso por lo demás y expresivo de la propensión que la respetabilidad social del responsable por negligencia creaba a la inhibición en fijar indemnizaciones justas. Si los artículos 1.101 y 1.103 del Código civil por separado sólo implican una diferencia de criterio que, en el segundo caso, lleva a confundir la indemnización con una sanción a la dosis de culpabilidad del sujeto, el precedente de aquéllos es mucho más explícito. Se trata del artículo 47 del primitivo proyecto francés del año VIII (lib. 3, cap. 2, sec. 3), donde se preceptuaba que *si no hay dolo por parte del deudor, debe el juez tasar con cierta moderación los daños y perjuicios.* La fórmula es una oblación al derecho de propiedad —al que se sacrifican así los derechos dañados— de una época en que sólo el deudor doloso es civilmente peligroso, por emplear una expresión que presta el Derecho penal pues no se piensa en responsabilidades nacidas del riesgo o el contacto social, que a la sazón tampoco pueden preverse.

Todo este razonamiento se ha de poner en conexión con los límites de la cadena causal que establece el artículo 1107 del Código civil y que no significan una moderación por razón de la culpabilidad o actitud sicológica, sino una regla de seguridad para establecer, admitiendo la prueba en contrario, el límite en que ese efecto físico se contiene y detiene. Las consecuencias necesarias del artículo 1.107 del Código civil suponen un juicio de valor sobre el alcance y detención del proceso causal para fijar una responsabilidad por culpa, donde causalidad y culpabilidad son independientes, al determinar respectivamente el *sí* y el *cuánto* de la propia responsabilidad. La responsabilidad del deudor de mala fe por los daños y perjuicios de su incumplimiento que conocidamente se derivan (art. 1.107) implica una presunción atacable con la prueba eficaz de que una parte de los mismos se deben a procesos causales ajenos a la conducta de aquél y que no permiten poner a su cargo el daño derivado de ellos.

Cuando el artículo 103 del Código penal dice que la reparación de los daños se hará a regulación del Tribunal, concede un poder equitativo de evaluación que, a primera vista, impide en casación reexaminar los criterios con que el daño se valora y el resultado de los cálculos efectuados al respecto.

El problema actual consiste en admitir o rechazar que el artículo 3.2 del Código civil constituya una norma susceptible de denunciarse como infringida en un recurso de casación, invocando la ruptura de la equidad que pueda suponer la omisión de un elemento notable para la integridad de la indemnización o la imperfección de las operaciones derivadas de una apreciación no equitativa de sus componentes. No hay duda que esta posibilidad de revisión permitiría criticar unas valoraciones en que, aun insensiblemente, los Tribunales pueden dar cabida a elementos tales que la intensidad de la culpa del agente, la culpa del perjudicado, la dosis de necesidad de este último e incluso la presencia de un asegurador, a la disminución de cuyo patrimonio se es menos sensible.

II. SENTENCIAS

A cargo de Ricardo DE ANGEL YAGÜEZ, Diego ARENAS GOMEZ, Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Pedro DE ELIZALDE Y AYMERICH, Alberto MANZANARES SECADES, Asunción MARIN VELARDE, Pilar MOLINA HERREZUELO, Evelia MUÑOZ SANCHEZ-REYES, Luis Felipe RAGEL SANCHEZ.

I. DERECHO CIVIL

1. Introducción

1. *Derecho catalán. Aplicación supletoria del Código civil.*—La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña sustituyó a las normas de este Derecho vigentes con anterioridad a su promulgación, por lo que, al no contener regulación especial sobre la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento, debe acudirse al Código civil, siendo improcedente pretender la aplicación del Código justiniano.

Gastos de puro lujo. Revisión de la calificación.—Para que deba revisarse la calificación, realizada por el Juzgador de instancia, de que las obras realizadas son de puro lujo o mero recreo, es menester destruir las apreciaciones que realizó por el cauce del error de hecho, previsto en el núm. 7 del artículo 1.692 de la Ley Procesal. (Sentencia de 22 de junio de 1983; no ha lugar.) (P. E. A.)

2. *Doctrina de los propios actos.*—Es patente la voluntad del adquirente, que el juzgador pone de manifiesto por vía de presunción, de mantener el arriendo existente, como demuestra su conducta sostenida varios años después de la adquisición del bien arrendado. (Sentencia de 24 de septiembre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—El adquirente de una industria de bar ya arrendada declaró resuelto el contrato de arrendamiento en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.571 del Código civil (venta quita renta). A ello se opuso el arrendatario alegando la inaplicación de este precepto cuando el nuevo propietario revela con actos explícitos su intención de que el contrato continúe en vigor. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda de resolución del arrendamiento de industria. La Audiencia Territorial revocó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por el adquirente.

NOTA.—Es evidente que en el supuesto de la sentencia que anotamos existe contradicción entre la anterior conducta vinculante (voluntad de mantener el arrendamiento existente) y la posterior pretensión litigiosa (resolución del arrendamiento). Entendiendo la «contradicción» no tanto en sentido puramente lógico como en un punto en que lo decisivo es la valoración ética de la conducta, de acuerdo con lo afirmado por DÍEZ-PICAZO (*La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, p. 229), no cabe duda que el resultado pretendido por el adquirente no se aviene a la buena fe, que justifica la inadmisibilidad del «venire contra factum proprium» (DÍEZ PICAZO, *Op. cit.*, pp. 133-134).

Además de la sentencia que reseñamos, tienen un notable interés para comprender el significado de la doctrina de los propios actos las recientes sentencias de 9 de octubre de 1981, que reseñamos en este ANUARIO (1982, I, pp. 248-249), 31 de octubre de 1981, reseñada en este ANUARIO (1983, III, pp. 1013-1014), 18 de octubre de 1982, reseñada en este ANUARIO por ELIZALDE ,1983, III, p. 1013),

21 de mayo de 1982, reseñada en este ANUARIO (1983, I, pp. 312-313), 10 de noviembre de 1979, reseñada en este ANUARIO (1980, IV, pp. 986-988), 21 de abril de 1979, reseñada en este ANUARIO (1980, II, pp. 500-501), 7 de noviembre de 1979, reseñada en este ANUARIO (1980, III, pp. 790-792) y 28 de febrero de 1980, reseñada también en este ANUARIO (1980, IV, pp. 989-990). (A. C. S.).

2. Derecho de la persona

3. *Error en el consentimiento.*—No implica o constituye nulidad de pleno derecho sino anulabilidad, dotada de la pertinente acción concedida a la parte que ha sufrido el error, pero no al que lo haya producido.

Nulidad parcial.—Es posible la concurrencia en un mismo acto o negocio jurídico de pactos válidos y de pactos nulos, sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio, nulidad que, en punto a la causada por error en el consentimiento, ha de ser apreciada teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la naturaleza del negocio y la buena fe y, en todo caso, como cuestión atinente a la soberanía de la Sala e integrada por situaciones de hecho de su libre, razonada y razonable apreciación.

Confesión.—Siempre se ha exigido que la confesión, que hoy no es medio prevalente ni privilegiado, haya de ser plena, inequívoca y clara.

Error de derecho.—Se invalida la estimación del motivo en cuanto mezcla dos preceptos que tienen tratamiento distinto en casación y que, además, no pueden ser utilizados para demostrar error de derecho por no contener ninguno de los dos norma valorativa de prueba que haya podido ser desconocida por el Juzgador.

Máximas de experiencia.—Son juicios hipotéticos de hechos o circunstancias concluyentes, determinantes de conclusiones razonables en el orden normal de la convivencia, que el Juez, sin exceder o sobrepasar el principio de aportación de hechos por las partes, puede utilizar, con la consecuencia de serle aplicada en casación la doctrina de su inatacabilidad si la aplicación o inferencia es razonable. (Sentencia de 24 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—La Audiencia Territorial, de acuerdo con la sentencia del Juez de Primera Instancia, condenó a los compradores a pagar una determinada suma a los vendedores, resto del precio debido según el volumen realmente construido autorizado por el Ayuntamiento, conforme a lo pactado por las partes, en virtud de la invalidez por error del convenio modificativo del precio. No prospera el recurso de casación interpuesto por los compradores. (A. C. S.).

4. *Infracción de ley. Concepto de violación de la ley.*—No es posible jurídicamente estimar violado negativamente un precepto cuya aplicación en ningún momento se interesó y que viene referido a una institución tampoco alegada a lo largo de la litis.

Renuncia de derechos. Requisitos.—La renuncia supone una declaración de voluntad dirigida al abandono o dejación de cosas o derechos y debe manifestarse en forma clara precisa e inequívoca. La llamada renuncia tácita sólo puede entenderse producida cuando aparezcan actos concluyentes que demuestren de forma clara e indubitable la voluntad renunciativa. (Sentencia de 26 de septiembre de 1983; no ha lugar.) (P. E. A.).

5. *Ratificación implícita. Efectos.*—Aunque deba reconocerse que los conduceños recurrentes no participaron en el acto de conciliación, en que se pactó por su padre y en nombre de los hijos la división de la comunidad, debe señalarse que luego lo ratificaron, aceptaron la división y partición e incluso acudieron a la posesión material del lote físico que les correspondió. Todo ello, en aplicación del artículo 1.259, en relación con el 1.727, del Código civil, sana, purga y convalida la actuación del padre como representante, implicando una prestación «a posteriori» del consentimiento necesario para la división. (Sentencia de 27 de junio de 1983; no ha lugar.) (P. E. A.).

6. *Instalación de una estación de transformación. Reparcelación. Documentos auténticos*—No pueden considerarse documentos auténticos para la casación en vía del número 7 del artículo 1.962 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aquéllos que no patentizan de modo claro, palpable y evidente lo contrario de lo que afirma la decisión judicial (SS. de 17 de enero de 1962 y de 24 de febrero de 1972); y en el mismo sentido, la doctrina jurisprudencial establece que no pueden ser documentos auténticos a efectos de la casación, los básicos que se presentan con la demanda (SS. de 10 de febrero de 1972), como así ocurre en relación a los documentos en que se fundamenta el recurso interpuesto.

Incongruencia.—Conforme a la doctrina jurisprudencial, no son ni pueden ser incongruentes con las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito las sentencias absolutorias, salvo que concurran circunstancias excepcionales.

Doctrina de los propios actos. Pago de lo indebido (no se acredita el error) Error inexcusable.—Al actuar libre y espontáneamente, sin vicio que forzara el consentimiento, y al cabo de un año, reclamar lo que pagó, es evidente que va contra sus propios actos. Por su parte, para considerar el error como causa del pago indebido establecido en el artículo 1.895 del Código civil, es necesario acreditarlo por quien lo alega, cosa que no tiene lugar (SS. de 14 de junio de 1943 y 30 de septiembre de 1963); y éste ha de ser de hecho y sustancial derivándose de actos desconocidos, siendo además el error que se alega inexcusable, incapaz de nutrir el concepto que tiene en cuenta la ley, como se contempla en la litis. (Sentencia de 15 de marzo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Con ocasión de la reparcelación llevada a cabo por la Comisión del Área Metropolitana de Madrid, le fue adjudicada a la actora una parcela que, con anterioridad a aquélla, era atravesada por una serie de conducciones, una de ellas de electricidad, que hacían totalmente inhábil para el fin que había sido adjudicada la misma, que no era otro que la construcción. Para realización de las obras previstas en la mencionada parcela, la parte actora abonó a la Compañía de Electricidad la cantidad de dinero que ésta exigía para la retirada de la conducción, como así sucedió (D. A. G.).

3. Obligaciones y contratos

7. *Interpretación del contrato.*—Es facultad soberana de la Sala sentenciadora que debe ser respetada en casación, salvo el caso en que su resultado huiese de ser tachado de ilógico, inverosímil o absurdo.

Incumplimiento de la condición. Gastos de desmontaje de la maquinaria.—Nada en el convenio se opone a que, comprobada esta falta de garantía e imputa-

da a la parte vendedora, se haga recaer sobre la misma los gastos que ocasiona el desmontaje de la maquinaria.

Suspensión de pagos.—El artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos no debe reputarse aplicable a los supuestos de reclamación judicial entablada contra una parte que se halle sometida al procedimiento de suspensión de pagos, en los que bastará con la citación de la Intervención Judicial de la Suspensión de Pagos.

Trámites contemplados por los artículos 12 y 14 de la Ley de Suspensión de Pagos.—El crédito no es anterior a la sentencia, sino derivado de la misma por lo que no son aplicables tales trámites a la acción ejercitada en la demanda. (Sentencia de 21 de octubre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Estimando en parte la demanda y en parte la reconvenCIÓN, el Juez de Primera Instancia declaró falta de eficacia la compraventa de la maquinaria por incumplimiento de la condición garantizada. La Audiencia Territorial confirmó íntegramente este fallo. No prosperan los recursos de casación interpusos.

8. *Mal funcionamiento del tractor adquirido. Resolución de la compraventa.*—La Sala «a quo» ha realizado una interpretación adecuada del artículo 1.124 del Código civil en cuanto resulta acreditado de la prueba practicada el mal funcionamiento del tractor, el cual además de los defectos constructivos sufrió una caída durante el traslado del mismo y antes de su entrega al comprador, lo que impidió desde un principio pudiese servir a los fines para los que fue adquirido.

Documento privado. Valoración.—Una cosa es la estimación del documento privado reconocido que releva a la parte que pudiera ser favorecida de probar su contenido, y otra, la valoración que de dicho contenido haga el juzgador en relación con el resto de la prueba. (Sentencia de 10 de marzo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia de las numerosas y graves averías que presentaba el tractor comprado, el adquirente demandó la resolución del contrato de compraventa y la indemnización de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia acogió íntegramente la demanda. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia apelada. No prospera el recurso de casación interpuesto por el vendedor.

NOTA.—Nuestro Tribunal Supremo considera aplicable el artículo 1.124 del Código civil en un supuesto subsumible en los artículos 1.484 y siguientes del Código civil sobre saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida. El caso planteado es solucionado por el Tribunal Supremo de forma análoga a la adoptada en la sentencia de 10 de junio de 1976, que comentamos en este ANUARIO (1977, II, pp. 455-459), y a otras precedentes como las de 16 de enero de 1930 y 14 de diciembre de 1951. Véase también una amplia referencia jurisprudencial sobre la responsabilidad por vicios en la compraventa de maquinaria y vehículos en MORALES MORENO, *El alcance protector de las acciones edilicias*, en este ANUARIO (1980, II, pp. 684-685). Sobre la responsabilidad del fabricante-vendedor, véase igualmente su trabajo *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por defectos de la cosa*, en este ANUARIO (1982, III, pp. 591 ss.) donde muestra el tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad del fabricante-vendedor (pp. 672 ss.) y establece los diversos remedios que pueden acogerse en tal caso para proteger al comprador, entre los que se encuentra la responsabilidad que las reglas generales del Derecho de obligaciones prevén en los casos de incumplimiento (p. 672). (A. C. S.).

9. *Prueba de presunciones judiciales.*—La Sala de Instancia no está obligada a acudir a la prueba de presunciones judiciales, porque la misma tiene un carácter supletorio y sólo debe utilizarse cuando el hecho dudoso no tenga demostración por los demás medios del artículo 1.215 del Código civil.

Reserva mental.—Carece de efectos para el otro contratante, que la desconocía al contratar, y que al esgrimir posteriormente aquella motivación subjetiva persigue que el contrato quede completamente a su arbitrio en su validez y cumplimiento, lo que prohíbe el artículo 1.256 del Código civil.

Causa de la opción de compra.—Se revela como verdadera y lícita, ya que existió pactada para cada contratante una prestación o promesa por la otra parte, lo que integra su causa a tenor del artículo 1.274 del Código civil, interpretada en sentido objetivo, determinado por el elemento teleológico o final de la atribución patrimonial que el contrato realizaba, prescindiendo de los motivos que ambos contratantes tuvieran para celebrar la opción de compra, motivos que quedan reducidos a la esfera interna subjetiva de los contratantes.

Causa ilícita.—No basta alegar la concurrencia de causa ilícita sin haber probado la existencia de otra verdadera y lícita.

Cuestiones de simulación y causa falsa.—Incumbe apreciarlas a la Sala de instancia, pudiendo únicamente impugnarse su apreciación a través del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 17 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Se estableció una opción de compra sobre un piso, fijándose un plazo de tres años para que el beneficiario de la opción pudiese hacer efectivo el precio establecido. Transcurrido este plazo sin ejercitarse el derecho de opción, el concedente demandó la resolución del negocio celebrado, a lo que se opuso el demandado que alegó la existencia de un contrato de arrendamiento sujeto a la Ley de Arrendamientos Urbanos. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó íntegramente este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por el beneficiario de la opción.

NOTA.—En todo caso conviene destacar que aun sin existir simulación, es decir, existiendo realmente un arrendamiento de vivienda con derecho de opción de compra en beneficio del arrendamiento, y no un mero medio para excluir fraudulentamente la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, es discutible excluir la aplicación de esta disposición legal. GULLÓN (*Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, p. 127) plantea adecuadamente el problema cuando formula las siguientes cuestiones: ¿El contrato de arrendamiento queda convertido en complejo por la inserción en el mismo de la opción de compra que se concede al arrendatario? ¿Hay una mera unión de contratos o el nacimiento de un único contrato no sometido a los preceptos de la ley especial? A nuestro juicio tienen razón RODRÍGUEZ AGUILERA y PÉRE RALUY (*Derecho de Arrendamientos Urbanos*, I, Barcelona, 1965, pp. 163 ss.) cuando dicen que no debe estimarse excluido del ámbito de la legislación especial el arrendamiento cuya única complejidad se limita a la adición a sus condiciones normales de determinada facultad concreta concedida al arrendatario, como por ejemplo el derecho de opción. Lo normal será pensar en una yuxtaposición de figuras, una de ellas (la opción) subordinada a la principal (el arrendamiento). La opción de compra no desnaturaliza, por tanto, el arrendamiento, de manera que motiva la inaplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Si la opción de compra no es ejercitada por el arrendatario en el plazo fijado, nada impide que se mantenga el arrendamiento, de acuerdo con el principio de la prórroga forzosa.

En la importante sentencia de 28 de febrero de 1980, reseñada en este ANUARIO (1980, IV, pp. 989-990), contemplándose un problema análogo al de la sentencia que anotamos, nuestro Tribunal Supremo consideró que existía una simulación relativa para ocultar un arrendamiento urbano sujeto a la Ley de Arrendamientos Urbanos. (A. C. S.).

10. *Obligación alternativa. Elección de los acreedores.*—El documento examinado por la Sala «a quo» describe una obligación alternativa no genérica, sino con facultad de especificación, de modo que la facultad de elección que se otorga a los vendedores no se agota con la opción dinero o bienes y una vez preferidos estos últimos no se convierte en genérica, sino que sigue en pie la facultad de especificar los bienes determinados a entregar.

Antecedentes.—La sentencia versa sobre la ejecución de un contrato de compraventa de la totalidad de las acciones de una sociedad. En él se establecía que el precio se pagaría por el comprador en la siguiente forma: «a) En metálico, o b) Mediante entrega de terrenos, existencias, maquinaria o cualquier elemento que integra el activo de la sociedad...», agregándose que si el incumplimiento fuese imputable al comprador, por no entregar los elementos del activo que hayan elegido los vendedores, vendrá obligado a abonar a cada uno cierta cantidad como compensación. (Sentencia de 14 de noviembre de 1983; no ha lugar.) (P. E. A.).

11. *Imposición a plazo solidaria. Efectos.*—El vínculo de solidaridad determina la posibilidad de que el «imponente», una vez cesada la prohibición de disponer, por haber fallecido la otra «imponente», puede exigir la entrega del importe total de la entidad bancaria y ésta asume la obligación de pago al acreedor por virtud de la solidaridad activa, que produce un mandato recíproco de exacción del crédito íntegro entre los acreedores.

Normas de carácter fiscal. Eficacia.—El Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales es una norma de carácter fiscal, que no es apta para apoyar un recurso de casación por infracción de ley sustantiva, al no ser bastante para enervar el derecho regulado por las civiles. Estas normas no autorizan a otra cosa que la adopción de medidas correctoras y disciplinarias.

Régimen fiscal. Interpretación.—El Texto Refundido citado establece normas especiales para los bienes que se ingresen pura y simplemente a nombre de dos o más personas, individual e indistintamente, sin más, no a las situaciones de solidaridad, en cuyo caso la coparticipación interna no se funda en una presunción de igualdad de partes, sino que puede derivar de un acto de donación o de otra clase entre los imponentes, el cual podrá ser apreciado por la Administración mediante la comunicación de devolución efectuada por la entidad bancaria depositaria. (Sentencia de 27 de febrero de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos personas, madre e hijo, impusieron a plazo fijo una cantidad en un Banco, conviniendo que no podría disponerse de la cantidad resultante hasta el fallecimiento de la primera. Producido éste, el hijo trata de retirar el total, a lo que se opuso el Banco, por estimar que sólo había de entregar, en el acto, la mitad.

NOTA.—La presente sentencia plantea tres cuestiones principales que merecen examen separado:

1.º.—Incidentalmente, aunque podía haber tenido influjo directo en la resolución, se configura la solidaridad activa como un mandato recíproco de los acreedores entre sí para poder reclamar la integridad de la prestación convenida. Tal configuración conduciría, en el caso planteado, a una solución contraria a la alcanzada por el Tribunal Supremo, pues el mandato se extingue por la muerte del mandante (art. 1.732 núm. 3 del Código civil).

2.º.—Considerar las normas fiscales como normas jurídicas de «segunda categoría» supone reiterar una doctrina jurisprudencial muy conocida, pero inadmisible en el ordenamiento jurídico español vigente. Las normas fiscales tienen el rango que corresponde a su naturaleza y su confrontación con las normas civiles debe resolverse aplicando las reglas generales. Así, el Texto Refundido de 6 de abril de 1967, que regula el Impuesto General sobre las Sucesiones tiene el mismo rango legal que el Código civil y puede incidir sobre el funcionamiento de las relaciones jurídicas existentes entre particulares.

3.º.—Los artículos 143 y 26, p. 2 del citado Texto Refundido establecen con claridad que los Bancos no pueden devolver las cantidades recibidas como imposición (el contrato es un depósito) a persona distinta de su titular sin la previa autorización de la Administración, presumiéndose que pertenecía a la causante en el presente caso la mitad de la cantidad impuesta en forma indistinta por ella y su hijo. Obviamente estas normas pretenden asegurar al Fisco la exacción del impuesto correspondiente y tal vez este efecto se alcanzaría con medidas menos radicales, como la comunicación del Banco a la Administración Tributaria de la devolución realizada. Sin embargo, el sistema legal vigente es el descrito y no cabe a los órganos judiciales decidir sobre su aplicación o sustitución por otro. Debe observarse, frente a las afirmaciones del Alto Tribunal, que los preceptos citados son estrictamente aplicables para los casos de solidaridad de impositores pues en ello consiste el concepto bancario de imposición indistinta, y que las normas fiscales no pretenden modificar el régimen privado del contrato de préstamo realmente existente, ni absolver al Banco de su obligación de restituir lo percibido, sino que imponen a las partes una carga, la de acudir a la Administración manifestando la situación producida (P. E. A.).

12. *Intereses de demora.*—Falta de liquidez y la exigibilidad en el momento de iniciarse la interpelación judicial a efectos del artículo 1.101 y consiguientemente del 1.108 del Código civil.

Mora en las obligaciones reciprocas.—No existe mora porque ninguno de los obligados ha cumplido sus respectivas obligaciones.

Documento auténtico.—Carecen del indispensable requisito de autenticidad los recibos y el dictamen pericial. (Sentencia de 25 de noviembre de 1983; ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra para la construcción de una nave, introduciéndose algunas modificaciones en el proyecto. El comitente dejó de pagar al contratista una determinada cantidad de dinero, por lo que éste demandó el pago de la cantidad adeudada y los intereses legales. La Audiencia Territorial, en relación con la sentencia del Juez de Primera Instancia, sólo modificó en parte la cuantía que debía abonar el comitente al contratista. En relación con la cuestión de los intereses de demora da lugar a la casación parcial.

13. *Incumplimiento de la cláusula que prohíbe el destino del local vendido a farmacia. Resarcimiento.*—La Sala no ha aplicado incorrectamente el artículo 1.281 del Código civil al interpretar esta cláusula en armonía con el artículo 1.255, en el sentido de la obligatoriedad del pacto para las partes, pero no de su vinculación para tercero, con la lógica consecuencia, ante la imposibilidad de exigir el cumplimiento a éste, de su transformación en el resarcimiento económico acordado en la sentencia. (Sentencia de 5 de octubre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—En documento privado de venta de local se estableció la prohibición para el comprador de no poderse destinar nunca a farmacia, pacto que tuvo su reflejo en la condena a dicho comprador de resarcir los perjuicios irrogados a la vendedora por haber enajenado el primero a un tercero el local en cuestión sin hacer constar la cláusula prohibitiva, tercero que, según la sentencia del Tribunal de instancia, no podía estar obligado a tal estipulación. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comprador. (A. C. S.).

14. *Acción subrogatoria. Carácter subsidiario.*—La pretensión que ejercita en este caso el acreedor corresponde a la acción subrogatoria, no a la revocatoria o pauliana en cuya virtud podría impugnar, por fraude, la compraventa realizada en su perjuicio. Por esta vía trata de ejercitar, en lugar del vendedor, la acción rescisoria «ultra dimidium», para reintegrar a su patrimonio la finca enajenada, con el ulterior designio de lograr que responda de sus obligaciones.

Sin embargo, como señaló la Sala sentenciadora, la acción subrogatoria tiene carácter subsidiario, lo cual no fue respetado por el actor, pues no precedió la persecución de los bienes que pudieran hallarse en posesión del deudor. (Sentencia de 12 de marzo de 1984; no ha lugar.) (P. E. A.).

15. *Ejercicio de la acción resolutoria. Abuso de derecho.*—La acción resolutoria de la compraventa es ejercitada en disconformidad con las exigencias de la buena fe, y mayormente con indudable abuso de derecho, que objetivamente requiere la adopción de una solución que impida la persistencia del abuso.

Buena fe en el ejercicio de los derechos.—La facultad de ejercitar los derechos no es ilimitada, puesto que el principio de buena fe, por modo general, ha de presidir la actuación de las relaciones jurídicas.

Teoría del abuso de derecho.—Debe merecer la extensión y amplitud que demanda las exigencias morales impuestas por las circunstancias del caso y características del vivir social actual, que evidencian una actuación no adecuada al verdadero espíritu y finalidad de la norma en que el derecho ejercitado se ampare. (Sentencia de 2 de febrero de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de compraventa de un piso estableciéndose que la falta de pago de alguna mensualidad funcionaba como condición resolutoria explícita del contrato y se establecía además una cláusula penal por incumplimiento. Ante la situación de impago de una letra, la entidad vendedora, después de requerimiento notarial de pago, demandó la resolución del contrato. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, decretando la resolución de la compraventa, pero condicionada a que el demandado no abonase el resto del precio debido en el plazo de un mes. La Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada y declaró resuelto el contrato. Prospera el recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Además de los hechos expuestos, para comprender adecuadamente esta sentencia hay que tener en cuenta que nuestro Tribunal Supremo tiene presente las siguientes circunstancias para considerar abusivo el ejercicio de la acción resolutoria por la entidad vendedora, a pesar de que el comprador incumplió su obligación de pagar el precio: la cantidad pendiente de pago lo ha sido en una limitada cuantía en relación con la total fijada como precio en dicho contrato de compraventa, impagada por la creencia del comprador de que era un normal remedio para que la entidad vendedora cumpliese las obligaciones que el comprador entendía que a ésta le imponía el contrato; lo pretendido por la vendedora era resolver el contrato concertado, posiblemente por apreciarlo más conveniente a sus intereses económicos ante la depreciación monetaria producida desde la fecha del expresado contrato. (A. C. S.).

16. *Contratos administrativos. Doctrina de los actos separables.*—La doctrina de los actos separables, recogida en el artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado en su redacción de 1973, se refiere a contratos calificables como de Derecho privado y consiste en exigir, para los actos previos o preliminares de los mismos, el cumplimiento de las formalidades administrativas, pues dichos actos pueden ser separados para un tratamiento sustancial y competencial por la Administración y por la Jurisdicción contencioso-administrativa. Pero esta doctrina no se extiende a las consecuencias de un contrato administrativo típico, pues su eficacia y cumplimiento no puede ver alterada su naturaleza por la sustitución personal del acreedor, persistiendo la naturaleza administrativa de la deuda. (Sentencia de 16 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

NOTA.—El contratista de unas obras públicas cedió dos certificaciones de obra (el crédito frente a la Administración en ellos documentado) a un tercero, quien reclama a la Administración su importe y ante la Jurisdicción ordinaria.

En cuanto a la doctrina de los «actos separables», de origen jurisprudencial y ahora incorporada a la legislación, es obviamente inaplicable a casos como el presente. Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 4.^a edición, Civitas, 1983, pág. 644. (P. E. A.).

17. *Causa de los contratos. Alcance de la presunción de existencia.*—El Código civil establece una presunción legal a favor de la existencia y licitud de la causa de los negocios jurídicos y exonera a los favorecidos por ella de la carga de la prueba, pero admite la posibilidad de que se acredite lo contrario, lo cual puede hacerse por cualquiera de los medios que se enuncian en el artículo 1.215 e, incluso, a través de las manifestaciones de los interesados en sus respectivos escritos. (Sentencia de 2 de febrero de 1984; no ha lugar.) (P. E. A.).

18. *Arrendamiento de temporada.*—Como tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de diciembre de 1979, el requisito esencial y único que la Ley de Arrendamientos Urbanos establece en su artículo 2.^º es que la ocupación se limite a temporadas, entendiendo por tales aquellos períodos de tiempo que se consideran formando un conjunto o durante los cuales se efectúe alguna cosa, cualquiera que sea la mayor o menor duración que tengan, sin que a ello obste la circunstancia de que con autorización y tolerancia del arrendador del local se abra al público fuera de la temporada turística, pues la circunstancia de tener el arrendatario la llave del local en su poder en el intervalo que media entre una temporada y otra y la de abrirlo al público durante el mismo en determinados días no alteran la calificación contractual, como declararon las Sentencias de 8 de febrero de 1962 y 5 de junio de 1963.

Incongruencia.—La finalidad del mandato del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es otra que la de asegurar que todos los asuntos sometidos a la decisión judicial alcanzan adecuada resolución, poniéndose así fin al litigio, tanto desde el punto de vista del derecho sustantivo como en el plano procesal, y evitando que queden sin resolver puntos de hecho o cuestiones de derecho que pudieran ser objeto de nueva pretensión, sin que sea necesario que en el fallo de las Sentencias se recoja de manera explícita la estimación o desestimación de todas las excepciones y argumentos esgrimidos por las partes, cuando implícitamente y del tenor literal del mismo, deban entenderse aceptadas o rechazadas.

Interpretación de la audiencia.—El criterio de la Sala sentenciadora tanto en la apreciación de la prueba como en la interpretación de los contratos, ha de interpretarse en casación como soberano, a no ser que existan razones ciertas para reputarlo absurdo o ilógico, en cuyo caso debería combatirse al amparo del ordinal 7.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 29 de junio de 1983). (A. M. S.).

19. *Recurso de revisión.*—Este recurso, por su carácter extraordinario, no es medio que autorice a los litigantes a proponer el nuevo examen de las cuestiones o extremos que ya tuvieron su lugar adecuado en el pleito a que afecte, pues en cuanto se trate de una acción autónoma encaminada a destruir la presunción de verdad que a la cosa juzgada atribuye el artículo 1.257 del Código civil, obliga a una aplicación restrictiva de los supuestos que la regulan.

No es documento decisivo, a efectos de revisión aquél que ya ha sido tenido en cuenta por la sentencia de instancia, sin que su contenido tuviese alcance obstativo respecto al fallo.

Cierre del local de negocio.—Una cosa es alterar el destino arrendaticio de un local y otro tenerlo cerrado en sentido legal, que significa no el cese de toda actividad en el uso del local, o que éste permanezca inerte o inactiva, sino que la actividad en él desarrollada, en relación con la industria o el comercio, tenga carácter accidental, secundario o accesorio, o por la realización de actividades esporádicas en relación con el público, siempre que el acceso a éste no constituya su actividad normal.

Tacha de testigos.—La impugnación de la eficacia de la prueba testifical, por razón de parentesco de los testigos, tiene su cauce adecuado, no en el recurso de revisión, sino por el remedio de la tacha que autorizan los artículos 660 a 666 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 6 de mayo de 1983). (A. M. S.).

20.—*Acción declarativa sobre revisión de renta.*—El actor, arrendatario, formuló demanda en juicio declarativo de mayor cuantía solicitando la declaración de que la revisión de renta efectuada por la propietaria era ilegal y que tenía derecho a la devolución de cantidades indebidamente pagadas. El Tribunal Supremo desestima el recurso por inadecuación del procedimiento escogido para plantear la demanda, ya que discutiéndose la improcedencia del aumento de renta por estimarlo excesivo, se sitúa el tema objeto del debate dentro del ámbito de los derechos reconocidos en la Ley de Arrendamientos Urbanos, y más concretamente, en el de aumento o reducción —revisión— de las rentas por acuerdo de las partes, previsto en los artículos 97 y 98 de la citada Ley (Sentencias de 22 noviembre y 2 diciembre 1960; 10 marzo y 8 noviembre 1971). (Sentencia de 11 de julio de 1983). (A. M. S.).

21. *Arrendamiento de local de negocio y no de industria.*—El arrendamiento ha de calificarse de local de negocio y no de industria. En tal sentido, no puede admitirse el error de hecho en la apreciación de las pruebas, tales como los recibos del impuesto industrial que son documentos de carácter fiscal administrativo pero no declarativos de derechos sustantivos, de modo que son *per se* insuficientes para asegurar que el recurrente hubiera ejercido la industria a la que

se refiere. A mayor abundamiento, no se aporta ninguna documentación acreditativa de los elementos del negocio entregados al arrendatario junto con el local; además, cuando el recurrente arrendó el local llevaba muchos años cerrado, y los elementos entregados eran insuficientes para una finalidad industrial y por supuesto sin la más mínima organización.

Error de derecho.—Tampoco puede admitirse que existiera error de derecho al interpretar la Sala de apelación las cláusulas del contrato, por lo que no se infringe ningún artículo sustantivo (1.281 y siguientes del Código civil), dado que estos preceptos aluden a la interpretación de los contratos pero no a la apreciación de la prueba. (Sentencia de 1 de marzo de 1984; no ha lugar.)

(R. de A.).

22. *Arrendamientos urbanos. Recurso de revisión.*—El Plan Especial de Protección y Conservación de Edificios de interés histórico-artístico de la Villa de Madrid, carece de los requisitos exigidos por la Ley para fundar un recurso extraordinario de revisión, porque no se trata de un documento, sino de un acto administrativo, no era desconocido y, además, carece de valor decisivo, pues determina expresamente que las declaraciones de ruina (como la que fundó el deshaucio) quedan sometidas a su régimen propio. A mayor abundamiento, el plazo de interposición del recurso deberá contarse a partir de la publicación oficial del citado Plan, por lo que había ya transcurrido con exceso cuando se presentó. (Sentencia de 13 de julio de 1983; no ha lugar.) (P. E. A.).

23. *Arrendamiento urbano. Justa causa de cierre de local de negocio.*—Debe ser apreciada en función de la naturaleza y actividad del negocio que en dicho local se desenvuelve. La calificación de una determinada circunstancia como justa causa de cierre se produce más fácilmente a medida que la circunstancia en cuestión se aproxima al concepto de fuerza mayor.

Declaraciones de quiebra o suspensión de pagos y mala marcha del negocio.—No integran justa causa del cierre, máxime cuando el auto de aprobación del convenio permite que el suspenso continúe desarrollando libremente sus actividades industriales y mercantiles. La mala marcha del negocio tampoco es justa causa, ya que esta situación tiene un origen, más o menos remoto, en la trayectoria de la empresa impulsada por la actividad voluntaria del arrendatario, y no promovida por acontecimientos ajenos a aquél.

Denegación de la prórroga forzosa.—Cuando el local de negocio arrendado se aproveche sólo como almacén y oficina, el hecho de cesar de servir de sede a una actividad creadora, a la que deja de estar adscrito, prueba que se incurre en la causa tercera del artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. (Sentencia de 17 de octubre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Debido al estado de suspensión de pagos del arrendatario se produjo el cese de toda actividad negocial, tanto del almacén como de las oficinas desde hace más de un año. El Juez de Primera Instancia consideró que el cierre fue debido a justa causa, mientras que la Audiencia Territorial acordó la resolución del contrato. No prospera el recurso de casación interpuesto por el arrendatario.

NOTA.—Una amplia exposición sobre la problemática del no uso del local de negocio como causa de denegación de la prórroga forzosa y una amplia referen-

cia de las justas causas de no ocupación puede verse en FUENTES LOJO, *Suma de arrendamientos urbanos*, I, Barcelona, 1983, pp. 786 ss. En relación con la quiebra y la suspensión de pagos, *Op. cit.*, p. 829. Véase también la amplia referencia jurisprudencial que aparece en Aranzadi, *Arrendamientos urbanos*, 1983, pp. 94 ss

(A. C. S.)

24. Derogación tácita del artículo 103 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.—Este artículo se encuentra derogado, como señaló constante jurisprudencia de este Tribunal, pues se encontraba fundado en la obligación, impuesta por las normas fiscales al arrendador, de declarar la renta percibida efectivamente, por lo que, al suprimirse esta obligación en el nuevo régimen de la Contribución Territorial Urbana, determinándose la base imponible por criterios objetivos, se produjo la derogación paralela de aquel precepto.

Falta de toda especialidad al respecto en territorios de régimen fiscal especial.—No puede defendarse que el precepto antes citado goce de «ultractividad» en las provincias de Alava y Navarra, sujetas a regímenes tributarios especiales, máxime con el afianzamiento del sistema objetivo en dicha Contribución, con arreglo al Real Decreto Ley 11/1979, y teniendo en cuenta que la especialidad en dichos territorios se limita al ámbito fiscal, sin extenderse al arrendatario, pues el Estado ostenta competencia legislativa exclusiva en tema de arrendamientos urbanos (Constitución, art. 149, p. 1, núm. 8). (Sentencia de 13 de junio de 1983; no ha lugar.)

NOTA.—La sentencia reseñada vuelve a plantear el tema de la «derogación» del artículo 103 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que faculta al arrendatario para reducir el importe de su renta hasta el declarado por el propietario a efectos fiscales.

El Tribunal Supremo, en varias sentencias, señaló que este precepto se encontraba derogado, por ser imposible su aplicación en el nuevo régimen de la Contribución Territorial Urbana, regulado en el Texto Refundido de 12 de mayo de 1966 (v. sentencia de 19 de octubre y 5 de noviembre de 1973 y 14 de junio de 1974). Parece, sin embargo, que, más que la derogación el instituto más adecuado para expresar la situación del citado precepto sería la de vigencia suspendida, por faltar los presupuestos básicos para su aplicación. Y es que, en efecto, en el sistema tributario resultante de la Ley de Reforma de 11 de junio de 1964, no existía una obligación de declarar la renta arrendaticia percibida por los propietarios de inmuebles urbanos, ni en la Contribución Territorial Urbana, ni en el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas (ya que la renta de cada fuente se estimaba en el importe que hubiese prevalecido como base en los distintos impuestos a cuenta; art. 16, p. 1, Texto Refundido de 23 de diciembre de 1967).

La situación cambia radicalmente con la reforma tributaria iniciada en 1978. Así, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, regulado por la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, se comprende expresamente, como rendimiento del capital, «el importe que por todos los conceptos se reciba del arrendatario... incluido, en su caso, el correspondiente a todos aquellos bienes cedidos con el inmueble» (art. 16). Este rendimiento, junto a los demás que perciba el sujeto pasivo, habrá de ser objeto de la correspondiente declaración (art. 34; igual régimen se aplica a las rentas arrendaticias percibidas por sociedades, según la Ley 61/1978, de 27 de diciembre).

En relación, pues, con la cuestión planteada en la sentencia reseñada cabe entender que el artículo 103 de la Ley de Arrendamientos Urbanos goza actualmente de plenas posibilidades de aplicación y que ha recobrado la vigencia que se encontraba suspendida por el cambio del sistema tributario. Dicho precepto, en consecuencia, nunca fue derogado, sino que, durante cierto tiempo, resultó imposible la producción de su supuesto de hecho.

Cuestión distinta es la posible aplicación del artículo 103 en territorios sujetos a regímenes fiscales especiales, incluso antes de 1978. A este respecto la resolución

del Alto Tribunal se pronuncia con unos términos absolutos, sin tener en cuenta las reales posibilidades de aplicación del precepto, el cual, debe recordarse, no fue derogado expresamente y es muy discutible que lo fuera tácitamente (obviamente no se cumplen los requisitos que establece el artículo 2, p. 2 del Código civil), sino que se encontraba sin posibilidades de aplicación en los territorios de derecho fiscal común (P. E. A.).

25. *Arrendamientos urbanos. Inexistencia de traspaso inconsentido.*—El traspaso de local de negocio puede operarse si media el consentimiento del arrendador, en cuyo supuesto no es preciso el cumplimiento de los requisitos exigidos por los artículos 32 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Defecto procesal en el modo de plantear el recurso.—Reiterada doctrina de este Tribunal establece que los dos párrafos del artículo 1.281 del Código civil contemplan supuestos distintos que exigen planteamiento separado, más aún cuando al referido precepto se adiciona el artículo 1.282, que es supletorio del segundo párrafo del anterior.

Interpretación de los contratos.—La interpretación de los contratos es cometido propio de los Tribunales de instancia, que únicamente tiene acceso a la casación cuando devenga ilógica, contradictoria o vulneradora de algún precepto legal. (Sentencia de 1 de diciembre de 1983; no ha lugar.)

En este caso se trataba de la absorción del Banco Ibérico por el Banco Central. Al ocupar el Banco Central absorbente algunos locales que el Banco Ibérico tenía arrendados, los arrendadores entendieron que se había producido un traspaso ilegal. La audiencia entendió que dos de las cláusulas del contrato de arrendamiento implicaban autorización para el traspaso, criterio que el Tribunal Supremo confirma.

(R. de A.)

26. *Arrendamiento de industria.*—No se altera la calificación, como enseña la sentencia de esta Sala de 8 de noviembre de 1982, de arrendamiento de industria por el simple hecho de que el arrendatario amplíe, por su conveniencia, la explotación, añadiéndole giros nuevos e introduciendo en la industria apreciables mejoras. (Sentencias de 23 de junio de 1983.) (A. M. S.).

27. *Arrendamiento de industria (cine). Sustitución de elementos.*—Señala el Tribunal Supremo en su sentencia que, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.^º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el arrendamiento es de industria cuando en el contrato, además de un local, se comprende y entrega una universalidad de elementos materiales aptos para el ejercicio en el mismo de una determinada actividad industrial, aunque se halle inactiva y pendiente de que el arrendatario la ponga en funcionamiento, con los elementos recibidos del arrendador, sin que la sustitución de elementos, por razón de comodidad, conveniencia o deseo de mejoramiento del arrendatario, modifique la conceptuación jurídica del contrato. (Sentencia 17 marzo 1970). (Sentencia de 4 de mayo de 1983.)

En el supuesto de hecho, la recurrente era arrendataria de una industria cine matográfica, que había sufrido un incendio, reponiendo la arrendataria todos los elementos necesarios para su reapertura. El Juzgado de 1.^a Instancia, la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo declararon que se trataba de un arrendamiento de industria, perteneciendo al arrendatario los bienes que se encontraban en el interior del negocio. (A. M. S.).

28. Arrendamiento de industria. Deshaucio. Requerimiento notarial. Denegación de prórroga.—La doctrina de esta Sala considera que el hecho de que el requerimiento notarial denegatorio de la prórroga de un contrato de arrendamiento de industria, fuese llevado a cabo por el fedatario público en el domicilio del arrendatario, y no en el local donde la industria objeto del contrato se halla ubicada, no da lugar a que dicho contrato se prorrogue, dado que el requerimiento fue hecho en el lugar mencionado en el contrato a tal efecto. Ante ello, obviamente, entiende la Sala sentenciadora que no existe infracción alguna de los arts. 1.091 y 1.282 del C. c. del artículo 202 del Reglamento Notarial de 2 de julio de 1944, ni del artículo 1 del Decreto de 22 de julio de 1967. (Sentencia de 23 de febrero de 1984; no ha lugar.) (A. M. V.).

29. Principio de congruencia.—Impone la armonía entre los pronunciamientos de la sentencia y las pretensiones de las partes.

Cláusula comisoria expresa.—No es operante el artículo 1.124 del Código civil cuando ha sido estipulada una cláusula comisoria expresa para la resolución del contrato, con toda la eficacia obligacional que el artículo 1.091 del Código civil le concede.

Ejercicio de las facultades resolutorias.—Tanto la expresa como la implícita pueden utilizarse no sólo acudiendo a la vía judicial sino mediante declaración no sujeta a forma dirigida a la otra parte, obviamente a reserva de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando sea impugnada.

Desistimiento unilateral del comitente.—Responde a una situación distinta a la de resolución del contrato conforme a lo pactado o por aplicación del artículo 1.124, diversidad de hipótesis que no consiente asimilar ni confundir ambos preceptos tanto en los presupuestos como en las consecuencias en orden a las respectivas indemnizaciones. (Sentencia de 8 de julio de 1983; ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra para la construcción de un hotel. El contratista demandó la resolución del contrato y el pago de una determinada cantidad, atendida la obra ejecutada y no satisfecha y en concepto de revisión de precios. A estas pretensiones se opuso el comitente, alegando la extinción negocial ya operada por declaración receptiva y el incumplimiento del contratista. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda del contratista. La Audiencia Territorial revocó este fallo y consideró aplicable el artículo 1.594 del Código civil. Prospera el recurso de casación por incongruencia.

NOTA.—Esta sentencia distingue con claridad y acierto la figura del desistimiento unilateral del comitente, regulado por el artículo 1.594 del Código civil, y la resolución del contrato, que con carácter general disciplina el artículo 1.124 de este Cuerpo legal. Con anterioridad nuestro Tribunal Supremo había establecido la distinción en la sentencia de 7 de octubre de 1982, que anotamos en este ANUARIO (1983, II, pp. 648-649), de forma similar a la sentencia que ahora reseñamos.

(A. C. S.)

30. Responsabilidad de arquitectos y constructores. Concepto de ruina.—La ruina de que habla la ley tiene que ponerse en relación con el término «se arruina» que emplea el artículo 1.591 y realmente se arruina con la existencia de vicios graves que afectan a elementos esenciales de la construcción, aunque el inmueble no quede materialmente convertido en ruinas.

Plazo de prescripción de la acción.—Tiene que ser el decenal del artículo 1.591 del Código civil y no el del año, propio de la responsabilidad extracontractual.

Daños causados a terceros.—Los propietarios se responsabilizaron de los daños producidos a terceros, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.907, y al ser aquellos un derivado del «defecto de construcción», es obvio que es a ellos a quienes corresponde la acción del artículo 1.909, en la forma y en el plazo que señala el 1.591.

Condena al pago de las obras de reparación.—Es de aplicar lo dispuesto en el artículo 1.098 del Código civil, a cuyo tenor si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará hacer a su costa. (Sentencia de 30 de septiembre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Se promovió la construcción de un edificio, que fue vendido por pisos a los actuales propietarios que se organizaron en dos comunidades. Concluida la obra, se advirtieron importantes defectos en la fachada del edificio, que dieron lugar a desprendimientos que ocasionaron daños a dos automóviles aparcados delante del inmueble. Los presidentes de las comunidades solicitaron que se condenase conjunta y solidariamente a los constructores y arquitectos que intervinieron en la obra a pagar el importe de las obras necesarias para la reparación de los defectos del edificio, lo abonado a los terceros perjudicados, los intereses legales y las costas. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prosperan los recursos de casación interpuestos.

NOTA.—En esta sentencia se sigue el criterio constante de la jurisprudencia sobre el significado amplio de la «ruina» en cuanto presupuesto esencial para la aplicación del artículo 1.591 del Código civil. Véase sobre la cuestión nuestras anotaciones a las sentencias de 11 de noviembre de 1982 (en este ANUARIO, 1983, II, pp. 653-655) y 11 de enero de 1982 (en este ANUARIO, 1982, III, pp. 947-948).

El punto más interesante de la sentencia se encuentra en la afirmación de que los propietarios han de responder de los daños producidos a terceros por la defectuosa construcción del inmueble por la vía del artículo 1.907 y en la aplicación del artículo 1.909, en la forma y en el plazo que señala el artículo 1.591.

Conviene destacar, ante todo, que el artículo 1.907 exige como presupuesto de aplicación que el propietario no haya hecho las reparaciones necesarias en el inmueble que se arruina en todo o en parte. Todo indica que, en el caso de la sentencia que reseñamos, las deficiencias que presentaba el edificio eran evidentes y que afectaban a la propia seguridad pública, por lo que parece acertada la aplicación de dicho precepto. En cambio, hemos de decir que la repetición de los propietarios frente a los arquitectos y constructores responsables ha de estructurarse, a nuestro juicio, a través del cauce de la responsabilidad contractual, porque median relaciones de naturaleza contractual (compraventa, contrato de obra, contrato de servicios...). Lo pagado a los terceros por los daños que han sufrido a consecuencia de la defectuosa construcción del inmueble se engloba dentro de la indemnización de daños y perjuicios sufridos por los propietarios por incorrecta ejecución de las prestaciones a cargo de arquitectos y constructores. Nótese que el artículo 1.909 se refiere a un tercero perjudicado y se fundamenta en el principio formulado en el artículo 1.902, y en el caso de la sentencia que anotamos justificaría la acción directa de los terceros perjudicados frente a los arquitectos y constructores, sin perjuicio de que pudiesen demandar a los propietarios en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.907 y, en su caso, en el 1.902, si se cumplen los presupuestos de tales preceptos. (A. C. S.).

31.—Contrato de obra. Cesión de derechos, obligaciones y responsabilidades dominantes del mismo. Prescripción de acciones.—La acción ejercitada en cuanto a las vicisitudes del pacto de cesión deriva de tal contrato, no siéndole aplicable el plazo de prescripción del artículo 1.967, 3.º, del Código civil, relativo al contrato cedido, sino el general de quince años de las acciones personales.

Casación. Inclusión en un mismo motivo de varias infracciones distintas.—Incide en la causa 4.^a de la inadmisión del artículo 1.692 de la LEC, por atentar a la claridad y precisión exigidas por el artículo 1.720 de la Ley Procesal, el incluir dentro del mismo motivo tres infracciones distintas, correspondientes a tres preceptos sustantivos citados en el desarrollo del motivo, que sólo separadamente podrían articularse. (Sentencia de 17 de enero de 1964; no ha lugar.) (R. de A.).

32. Suministro de materiales de construcción. No existe falta de litisconsorcio pasivo necesario.—La relación jurídico-procesal quedó bien constituida, ya que ninguno de los que se afirma que debieron ser también llamados tenían por qué serlo, pues ni fueron parte en el contrato ni la resolución que recayese en el pleito podía afectar a su legítimo interés, del que carecían respecto de las pretensiones que allí se dedujeron.

Responsabilidad y legitimación pasiva del nuevo dueño de la obra por cantidades adeudadas por el anterior dueño.—La responsabilidad hay que declararla, concretándola de manera directa frente a quien suministró los materiales impagados, responsabilidad que no se reduce al primitivo dueño que contrata y se compromete, sino asimismo al nuevo que se subroga en el puesto de aquél y es quien se beneficia del suministro, y ello aunque tratándose de una sociedad anónima ésta no estuviera constituida en el momento del contrato, ya que lo está en el momento de la reclamación, ya que la expresión legal «cuando se hace la valoración» del artículo 1.597 del Código civil no sólo hace referencia a la cantidad adeudada sino también a la persona a quien se reclama. (Sentencia de 28 de marzo de 1984; no ha lugar) (R. de A.).

33. Contrato de comisión en exclusiva. Incumplimiento por el actor.—Valoradas las pruebas e interpretadas adecuadamente en su totalidad, resulta que el incumplimiento del contrato se debe al actor, por lo que no se puede imputar al juzgador *a quo* violación por inaplicación del artículo 1.281 del Código civil.

Incongruencia.—No existe incongruencia en la resolución impugnada pues en el fallo se responde a todas las pretensiones alegadas por las partes, de tal manera que desestimarse la demanda no hay por qué pronunciarse sobre el tema del resarcimiento solicitado por el actor; no obstante, al admitirse la reconvenCIÓN era necesario resolver la cuestión indemnizatoria instada por el reconviniente, como lo hizo la sentencia impugnada. (Sentencia de 12 de marzo de 1984; no ha lugar.) (R. de A.).

34. Responsabilidad administrativa. Competencia jurisdiccional.—El artículo 128 de la Ley de Expropiación Forzosa, ratificado por el artículo 3 b) de la ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa y el 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, atribuyen la competencia a dicha jurisdicción siempre que la Administración esté obligada a indemnizar daños y perjuicios, salvo que la Administración actúe en relaciones de Derecho privado, supuesto restringido a la gestión del patrimonio privado y al ejercicio de actividades industriales o mercantiles por la Administración.

Tal atribución de responsabilidad a la Administración por el funcionamiento de un servicio público *mediando culpa por acción u omisión reprochable*, y la com-

petencia de la jurisdicción contencioso-administrativa surgirá cuando la actividad dañosa se relacione en el orden externo con el funcionamiento del servicio público, independientemente de que se demande también a particulares. Sólo será permitido acudir a la jurisdicción común cuando la causa del daño haya sido la acción culposa del agente en conducta extra administrativa, desconectada del servicio (Sentencia de 10 de noviembre de 1983; ha lugar.)

NOTA.—De forma puramente incidental, sin constituir por tanto «ratio decidendi», la sentencia reseñada liga la responsabilidad patrimonial de la Administración que impone el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado a la existencia de «culpa por acción u omisión reprochable». Tal afirmación no se ajusta, sin embargo, al régimen español vigente que configura la responsabilidad de la Administración como objetiva. En efecto, el precepto citado en la sentencia de la ley expropiatoria y el artículo 106 de la Constitución se refiere al «funcionamiento de los servicios públicos», comprendiendo tanto el anormal como el normal y en éste no cabe hablar de una actuación ilícita ni culpable.

En el caso objetivo de la sentencia los daños habían sido producidos por un contratista de la Administración y, para la exigencia de las responsabilidades que procedan, configura nuestro Derecho un procedimiento especial, con una peculiar intervención arbitral del órgano de contratación (v. art. 134 del Reglamento de Contratos del Estado, de 25 de noviembre de 1975). En su regulación queda claramente fijada la competencia de jurisdicción contencioso-administrativa para resolver las reclamaciones de indemnización (P. E. A.).

35. *Prescripción. Eficacia interruptiva de la demanda de pobreza.*—Interrumpe la prescripción la postulación reiterada, en atención a circunstancias sobrevenidas, del beneficio de justicia gratuita anteriormente solicitado y denegado, si la acción no estuviera ya extinguida por haber transcurrido el lapso prescriptivo desde la firmeza de la resolución del incidente anterior, sin que quepa recurrir a la analogía con la doctrina jurisdiccional acerca de la irrelevancia de la reiteración del acto conciliatorio con finalidad interruptiva de la prescripción, pues si bien la demanda de pobreza precisa ir seguida del juicio declarativo no hay norma como la del artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Prescripción. Interpretación restrictiva.—La prescripción, como limitación del ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, no ha de merecer una aplicación técnicamente desmedida, antes bien como instituto no fundado en la justicia intrínseca ha de ser objeto de un tratamiento restrictivo.

Prescripción. Solidaridad. Deudor solidario hipotético derivado de contrato de seguro.—La reclamación dirigida sólo contra el asegurador, por medio de demanda de pobreza, interrumpe la prescripción extintiva también con referencia al asegurado, aunque el primero haya sido absuelto de la demanda indemnizatoria (por tratarse de siniestro no comprendido en la póliza), pues es contrario a las exigencias de la buena fe acudir a un dato posterior a la prosecución del incidente de pobreza (la sentencia del pleito principal) cuando en la pretensión deducida se hace, además, mención específica del vehículo aunque no se nombre a sus propietarios. (Sentencia de 2 de febrero de 1984; ; no ha lugar.)

HECHOS.—En el caso, el demandante, después de sobreseída la causa penal, solicitó en tiempo oportuno el beneficio de justicia gratuita en demanda dirigida sólo contra el asegurador del vehículo con que se causaron los daños que se reclaman, identificándose el vehículo. La demanda de pobreza fue desestimada y an-

tes de transcurrir un año de la firmeza de la resolución, pero más de dos desde el sobreseimiento sumarial, se reiteró la postulación de la asistencia judicial gratuita en demanda dirigida contra el asegurador y asegurado, que fue estimada; en el pleito principal se absolvio al asegurador por no cubrir la póliza el evento causante de los daños reclamados. (R. de A.).

36. Ruina del edificio colindante por excavación.—La responsabilidad tiene una índole claramente extracontractual.

Separación entre la responsabilidad contractual y la aquiliana.—No impide que se apliquen indistintamente preceptos que por ello deben reputarse comunes, así los de los artículos 1.101 a 1.107 del Código civil.

Responsabilidad del arquitecto. Diligencia profesional.—Entre sus principales deberes profesionales se enclava el revelar —a tiempo de evitar sus efectos— la causa, de entre las varias posibles, que operó efectivamente en el caso, incumbiéndole, dada su intervención directora en la excavación, eludir la causa que aparece y conjurar sus efectos ruinógenos, y es en esa omisión y en la calificación de negligencia profesional donde se asienta la culpa que se le reprocha. (Sentencia de 18 de octubre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia de la excavación de tierras de un solar se produjo la ruina de un edificio colindante. Los propietarios demandaron el abono de los daños y perjuicios sufridos. El Juez de Primera Instancia acogió íntegramente la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo.. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—En esta sentencia se aborda el problema de la responsabilidad aquiliana de los contratistas y arquitectos por ruina del edificio colindante a consecuencia de una deficiente excavación del solar, que ha sido contemplado en diversas sentencias, que adoptan una solución semejante a la de la sentencia que anotamos, de indudable acierto. Véase la reseña de la sentencia de 19 de abril de 1982 (en este ANUARIO, 1983, II, p. 668) que, además de la responsabilidad del arquitecto, declara la del contratista, ya que no había observado el grado de diligencia exigible al «status» profesional del contratista. En la sentencia que anotamos se alude a la negligencia profesional del arquitecto, que lógicamente es diversa a la del arquitecto, pudiendo concurrir ambas, y sin que una excluya a la otra, como afirma la sentencia de 19 de abril de 1982.

Sobre la responsabilidad del arquitecto y la diligencia profesional que le es exigible, véase también la sentencia de 22 de noviembre de 1982, que anotamos en este ANUARIO (1983, II, pp. 651-653), y la sentencia de 11 de noviembre de 1982, que también anotamos en este ANUARIO (1983, II, pp. 653-655) (A. C. S.).

4. Derechos reales

37. Derecho de propiedad sobre un autobús. Jurisdicción (Civil-Contencioso-administrativa). Ley y Reglamento de Ordenación de Transportes Mecánicos por Carretera. Vehículos adscritos a las concesiones de servicios regulares. Distinción entre concesiones y los contratos que ocasionen los servicios en los que ya no sea parte la Administración.—Procede desestimar la excepción de Incompetencia de jurisdicción, pues lo que pretende el demandado es sustraer al conocimiento de la Jurisdicción civil que se declare la propiedad indivisa del autobús (por iguales partes), de ambas partes contendientes; ello por dos razones, primera, porque lo que se cuestiona *inter partes* es el derecho de propiedad por título de compra-venta en documento privado, no existiendo ni en la Ley de 27 de diciembre de

1947 ni en el Reglamento de 9 de diciembre de 1949, sobre Ordenación de Transportes Mecánicos por Carretera, precepto alguno que atribuya a la Administración cuestiones sobre la propiedad de vehículos afectos a concesión de servicios regulares o amparados por autorizaciones para servicios discrecionales.

En segundo lugar, porque si bien es cierto que las concesiones y las autorizaciones están incuestionablemente reguladas por el Derecho administrativo, por versar sobre un servicio público que tiende a la satisfacción del interés general y, además, en las concesiones el propietario del vehículo debe ser el titular de la concesión, otra cosa muy distinta son aquellos contratos que ocasionen el servicio en los cuales ya no sea parte la Administración. De forma que se extenderá el matiz público hasta donde exista un interés de naturaleza pareja, pero éste nunca podrá abarcar contratos adyacentes, como el de sociedad o el propio contrato de transporte en lo no previsto en la concesión o autorización, debiendo entonces ajustarla a Derecho privado (argumento, art. 87 Reglamento de Ordenación de Transportes Mecánicos por Carretera) tampoco tendrán matiz público aquellos contratos que se precisen para su ulterior actividad pública, como los de compra-venta de vehículos; todo ello será ajeno a la esfera de lo administrativo (SS. 11 de marzo de 1982, 5 y 30 de octubre de 1983).

Titularidad de la Tarjeta de Transporte (sin incidencia alguna en la propiedad del vehículo).—La titularidad de la Tarjeta de Transportes a que se refiere el Reglamento de Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera, sirve como documentación para efectuar la adscripción de los vehículos a las concesiones o autorizaciones, pero no tiene incidencia alguna en la propiedad del vehículo, pues este derecho está desvinculado de lo dispuesto, en general, en el Código de la Circulación (S. 14 de diciembre de 1983) y, en particular, de normas allí contenidas como matriculación, Registro de la Jefatura Central de Tráfico y transferencias (SS. 14 de mayo de 1965 y 17 de enero de 1967).

Sucesión conjunta del socio finado.—Es cierto que la Sociedad se disuelve por efecto de la muerte de uno de los socios, debiendo en este momento liquidarse, pero otra cosa es que el socio sobreviviente haya continuado explotando para sí, sin intervención de la sucesión conjunta del socio finado, el autobús, cuando éste era propiedad por partes iguales de ambos socios y, por tanto, habrá de procederse a una rendición de cuentas en la que podrán figurar, debidamente acreditadas, cuantas deudas existan entre los anteriormente socios. (Sentencia de 6 de marzo de 1984; no ha lugar.) (E. M. S.-R.).

38. *Embargo de un inmueble. Tercería de dominio. Falta la condición de tercero.*—La condición de tercero, como parte de la legitimación *ad causam* del demandante de tercería, es el primero de los requisitos a tener en cuenta como esenciales de esta acción. El recurrente carece de aquella condición de tercero, por cuanto es el mismo deudor, titular y representante legal de la empresa, única persona que trabaja y ha trabajado en ella sin intervención de otras personas ni de trabajadores a su servicio.

La falta de condición de tercero impide entrar en el examen de la propiedad de los bienes.—Antes de determinar si el tercerista es propietario de los bienes embargados ha de quedar bien fijado que en el mismo concurre la cualidad de tercero, esencial y primer requisito para el éxito de la acción entablada, y como dicha cualidad no concurre en el recurrente y, por tanto, no se halla legitimado

para el ejercicio de esta acción de tercería de dominio, ello impide entrar en el examen de la propiedad de los bienes. (Sentencia de 2 de febrero de 1984; no ha lugar).

Los recurrentes, marido y mujer, habían adquirido por subasta un solar sobre el que habían construido un edificio «con fines de industria»; industria que ocupó el inmueble embargado y que con posterioridad fue apremiada para pago de cuotas de seguridad social adeudadas al Instituto Nacional de Previsión. El recurrente demandaba en tercería de dominio al acreedor ejecutante y a una sociedad, a la que reputaba, sin demostrarlo, titular de la empresa deudora.

(L. F. R. S.)

39. *Propiedad horizontal. Obras que afectan a la configuración del edificio.*—Las obras de cerramiento, mediante paredes, del bajo de un inmueble que fue proyectado como diáfano, suponen una alteración de la configuración del edificio poseído en comunidad y se encuentran, por tanto, afectadas por la prohibición del artículo 7 de la Ley de 21 de julio de 1960. (Sentencia de 3 de octubre de 1983; no ha lugar.) (P. E. A.).

40. *Propiedad horizontal. Acuerdos de la Junta de Propietarios. Acta.*—Probado que no se halla firmada el acta de la Junta por los copropietarios asistentes a ella, lo que figura como acordado no obliga a tales asistentes, pues el acuerdo o aprobación, denominado «acto colectivo», es una categoría de actos jurídicos no equiparable al acuerdo contractual, pero es asimilable en cuanto requiere, para su eficacia jurídica, una constatación o confirmación de que los reunidos prestaron su consentimiento a los acuerdos tomados, lo que tiene lugar a través de la firma de los obligados, y no por manifestación no legitimada de otras personas carentes de poder para consentir por otros.

Responsabilidad extracontractual. Conducta culposa.—A efectos de resarcir los perjuicios causados, es acertado calificar de culposa la conducta de quien, sin autorización del propietario de unos locales coloca en ellos una tubería, que disminuyeron la superficie de éstos, con evidente daño de desvalorización, para acometer las obras de instalación de calefacción central en el edificio. (Sentencia de 23 de junio de 1983; no ha lugar.) (P. E. A.).

41. *Obras que exceden el concepto de gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble.*—Se precisa para llevarlas a efecto previo acuerdo válido de la Junta de Propietarios.

Extralimitación en el desempeño de las atribuciones conferidas por la ley. Responsabilidad del Presidente.—No se inscriben entre las atribuciones directamente conferidas por la ley al cargo de Presidente las de contratar y ejecutar obras de la clase de las litigiosas, por lo que serían de aplicación propia o análogica los artículos 1.714 y 1.726 del Código civil, preceptos más propiamente aplicables, junto con la Ley de Propiedad Horizontal, que el artículo 1.902, siendo la naturaleza de la eventual responsabilidad del Presidente trascendente para su régimen, así en temas de prescripción y en otros aspectos. (Sentencia de 1 de marzo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Sin que mediase previo acuerdo válido de la Comunidad de Propietarios, el Presidente contrató la ejecución de obras que excedían el concepto de gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble. La Audiencia

Territorial, revocando en parte el fallo del Juez de Primera Instancia, condenó al Presidente a indemnizar a la Comunidad, sin que recayese sobre ésta la obligación de pagar proporcionalmente la obra ejecutada por el constructor. No prospera el recurso de casación interpuesto por el Presidente.

42. *Obra que determina una alteración de la estructura general del inmueble, su configuración o estado exterior.*—Afecta al título constitutivo, conforme al artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, por lo cual debió ir precedida la obra de acuerdo adoptado en Junta de Propietarios con sujeción a la norma de la unanimidad prevenida en el artículo 16.

Documento auténtico.—No coincide con el acta de la prueba de reconocimiento judicial.

Patio de luces. Elemento común.—Es uno más de los elementos necesarios y por ello comunes para el adecuado uso y disfrute de los diferentes pisos y locales y abarcado por la copropiedad atribuida a los titulares de éstos. (Sentencia de 20 de marzo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Sin contar con la previa autorización de la Comunidad de Propietarios se realizaron determinadas obras en el patio de luces del inmueble, por lo que ésta demandó la demolición de lo ejecutado indebidamente, a lo que se opuso la parte demandada al corresponderle al titular del local el uso de los patios. El Juez de Primera Instancia acogió la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—En esta sentencia se sigue claramente la precedente doctrina del Tribunal Supremo sobre el carácter común del patio de luces y la cuestión de la posible aplicación del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal. En este sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias de 3 de marzo de 1981, reseñada en este ANUARIO (1981, III, p. 917), y 10 de abril de 1981, también reseñada en este ANUARIO (1981, IV, pp. 1111-1112), que establecen interesantes afirmaciones sobre esta cuestión. (A. C. S.).

43. *Acción reivindicatoria. Identificación de la finca.*—El éxito de la acción reivindicatoria requiere, según constante jurisprudencia, la perfecta identificación de la cosa objeto de la misma, de tal modo que no se susciten dudas racionales sobre cuál sea; y para este fin no puede reconocerse eficacia a un acta notarial de manifestación, pues lo único que da fe el Notario autorizante es de lo ante él expresado por el compareciente, mas no de la veracidad de sus alegaciones que han de ser ponderadas valorativamente por el juzgador.

«Traditio». Adquisición de formas especiales.—Resulta posible operar la tradición real o simbólica de un objeto corporal que se encuentra ya en poder y posesión del adquirente por otro título, ya que el «modo» se haya insrito en el acto instrumental de la venta, por virtud del fenómeno de la «intervención» de la posesión.

Prueda de presunciones. Impugnación.—La determinación del enlace entre el supuesto de hecho demostrado y el que se trata de deducir, supone un juicio de valor reservado al juzgador, que sólo puede atacarse en casación si se acredita que fue arbitrario. (Sentencia de 31 de octubre de 1983; no ha lugar.) (P. E. A.).

44. *Doble inmatriculación de un terreno a favor de dos personas jurídicas distintas. Criterio de solución.*—La doble inmatriculación ha de resolverse, como ya ha declarado con reiteración la Sala de lo Civil, acudiendo a las reglas del De-

recho común, ya que ambas inscripciones se neutralizan, debiendo declararse prevalente aquel título de dominio más antiguo con inscripción registral anterior; lo que en el caso contemplado se reconduce a la aplicación de las normas civiles respecto a la acción reivindicatoria y a la prescripción adquisitiva. Por otra parte, la inscripción de dominio favorable a la recurrida es anterior en el tiempo a la de la recurrente, y, por lo tanto, tiene también a su favor el principio de prioridad.

Requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria.—La parte recurrente no ha justificado su título dominical —ya que es evidentemente insuficiente el acta extendida por el Secretario del Ayuntamiento por la que se pone en posesión de la entidad recurrente once lotes de los doce en que fue dividido el predio que se discute—, ni ha delimitado debidamente la finca —ya que si bien se halla identificada en cuanto a su situación, no se han acreditado en la *litis* sus linderos. (Sentencia de 27 de octubre de 1983; no ha lugar.)

NOTA.—La doble inmatriculación quebranta el principio básico de nuestro sistema registral: el folio real. De ahí que, producida esa situación, el Registro no pueda desplegar sus efectos legítimadores; se produce —como advierte Ernst Horber— una *anulación recíproca de las presunciones registrales*. Los titulares deben acudir a las normas civiles para demostrar su *adquisición* dominical.

Por ello nuestro Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que el problema de la doble inmatriculación debe resolverse por las reglas civiles. No ha sostenido, como se ha dicho, dos criterios distintos de solución —aplicación de las normas civiles y prevalencia del folio anterior— sino uno sólo, que tiene en muchos casos apoyo y complemento en una inmatriculación más antigua. Así sucede, entre otras, en las Sentencias de 31 de octubre de 1961, 5 y 17 de enero de 1963 y 22 de febrero de 1967. La misma doctrina inspira la sentencia que anotamos: si el Alto Tribunal afirma que *ambas inscripciones se neutralizan*, incurría en un contrasentido al acudir luego como criterio resolutorio a la antigüedad de las inmatriculaciones, que implicaría dar primacía a un asiento frente al otro; si invoca la *prioridad* de una inscripción es precisamente porque refuerza la solución que emana de las normas civiles. No parece, por último, que sea oportuna la alusión al *principio de prioridad*, que, en su sentido técnico, tiene precisamente por base el respeto al sistema de folio real —que aquí se vulnera—, y, en su aplicación práctica, implica un rigor cronológico incompatible con la complejidad de los intereses que se enfrentan en el supuesto de doble inmatriculación. (A. P. P.).

45. La presunción del artículo 38, 1 de la Ley Hipotecaria actúa también a favor del demandado o reconviente.—Al fundarse la oposición del demandado recurrente a la pretensión de división de la finca, en pertenecerle no sólo las dos terceras partes indivisas que tiene registradas, sino también la que aparece a favor de la parte demandante en el Registro de la Propiedad, esta posición procesal envuelve una contradicción del dominio inscrito que no es procesalmente viable sin antecederle o acompañarse por demanda de nulidad o contradicción de las inscripciones correspondientes obstativas.

Eficacia procesal de la presunción contenida en el artículo 38, 1 de la Ley Hipotecaria.—La parte demandante puede litigar limitando su actividad procesal probatoria a la simple invocación de la presunción legal, lo que no ha hecho, pasando a demostrar cumplidamente el título hereditario de su adquisición.

Pretensión de nulidad de la venta y pretensión de división de la finca.—No existe incompatibilidad entre la pretensión de nulidad de la venta de la porción segregada de la finca litigiosa, de una parte, y la de división de la totalidad de la finca, de la otra, pues por la primera pretensión lo que se persigue es restablecer

la integridad de las cosas que han de quedar sujetas, en su segundo momento, a la partición solicitada por la otra pretensión divisoria. (Sentencia de 6 de octubre de 1983; no ha lugar.) (A. P. P.).

46. *Responsabilidad hipotecaria por costas y gastos; comprende el impuesto devengado por la cancelación de la hipoteca y los honorarios del Registrador por tal concepto.*—Ejercitada la acción hipotecaria por el procedimiento judicial sumario y adjudicada la finca al mejor postor en la subasta, el impuesto devengado por la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor, así como las operaciones registrales practicadas al efecto, debe satisfacerlos el deudor y no el rematante: a) porque la cancelación es un trámite del procedimiento de ejecución, y todos los gastos de dicha ejecución deben satisfacerse con el importe del precio del remate hasta el límite de la cantidad que la hipoteca garantizaba por el concepto de costas; b) porque el rematante asume como únicas obligaciones, aparte de la de pagar el precio del remate, las de aceptar como bastante la titulación y aceptar, igualmente, la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores y las preferencias, si las hubiere, al crédito del actor, quedando subrogado en la responsabilidad de los mismos; y c) porque el artículo 67 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del tributo, a título de contribuyente, aquél a cuyo favor se realicen los actos gravados, siendo indudable que el único favorecido es el deudor que queda liberado de la obligación asegurada. (Sentencia de 1 de octubre de 1983; ha lugar.) (A. P. P.).

5. Derecho de familia

47. *Acción de resolución del contrato de compraventa de bien ganancial.*—La acción ejercitada es la personal de resolución del contrato de venta, lo cual es ajeno al supuesto de venta de un inmueble ganancial únicamente por el marido sin el consentimiento «uxoris».

Naturaleza personal de la acción de resolución.—Es por ello inútil toda la argumentación del recurso acerca del indebido uso de las facultades dispositivas que se atribuye al marido.

Voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.—No existe aplicación indebida del artículo 1.124 del Código civil.

Error de derecho.—Invocando las normas valorativas de las pruebas y señalando en qué concepto han sido infringidos es como únicamente podrá esta Sala determinar si en el caso debatido hubo o no error de derecho. (Sentencia de 10 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—En virtud de contrato de compraventa firmado por el vendedor y su esposa y el comprador, se enajenó un bien inmueble ganancial. El comprador dejó de pagar una parte del precio, por lo que el marido demandó la resolución del contrato de compraventa. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comprador. (A. C. S.).

48. *Validez de la venta de un bien inmueble ganancial efectuada por el marido. Tácita actuación positiva convalidante de la esposa deducida de la acredi-*

tada existencia de hechos anteriores, coetáneos y posteriores al convenio.—El contrato sólo puede ser atacado, postulando su anulabilidad con el argumento de la falta de consentimiento de la esposa, mediante el inexcusable sistema de enfrentar la presunción afirmativa establecida por la Sala de Instancia, destruyendo ya sea el elemento fáctico de que la misma parte, a saber, el hecho o hechos que reputa demostrados, utilizando al efecto la vía del núm. 7º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1.249 del Código civil, ya sea poniendo en cuestión el hecho consecuencia por incorrección del razonamiento que sirvió de puente entre uno y otro al no ajustarse a las reglas del criterio humano canalizando ahora el razonamiento por la vía del núm. 1º del propio artículo de la Ley Procesal Civil (SS. 25 y 28 de febrero, 28 de marzo y 3 de mayo de 1983, entre otras), pero sin que en modo alguno queda dejar intocada y subsistente la presunción de consentimiento *uxoris*, aun en el caso de que la misma esté basada sólo en el silencio como tácita exposición de voluntad (SS. 10 de octubre de 1982 y 28 de enero de 1983) y pedir la anulación del contrato de venta por falta del mismo, esgrimiendo la indebida aplicación al caso, por el juzgador, de una norma —la del artículo 1.311 del Código civil— sin más apoyatura que el propio interesado criterio en sustitución del objetivo y desapasionado del tribunal sentenciador. (Sentencia de 5 de diciembre de 1983; no ha lugar.) (L. F. R. S.).

49. *Consentimiento «uxoris» tácito.*—El consentimiento *uxoris* puede revestir las dos formas de expreso y tácito, siempre que, naturalmente, pudiera inferirse de actos inequívocos, suficientes para acreditar ese plus de voluntad marital complementario del acto dispositivo.

El artículo 1.902 en las relaciones contractuales.—No existe violación del artículo 1.902 del Código civil porque la acción de resarcimiento (devolución de frutos; reposición de parcelas al estado anterior) no nace o deriva de acción u omisión extracontractual sino *ex contractu*, cuyos efectos vienen previstos en otras normas, no en la citada.

Incongruencia por examen de peticiones subsidiarias. No hay incongruencia cuando la sentencia examina las peticiones subsidiarias, es decir, dependientes de la desestimación de las principales, porque si, en términos generales ello no supondría otra cosa que un añadido *ad abundantiam* por parte del juez, en el caso del recurso las dos primeras peticiones principales se refieren a la determinación del objeto (una o dos parcelas) en tanto que las peticiones llamadas subsidiarias aludían a la nulidad de aquella venta o a su resolución (la sentencia declara la validez del contrato pero referido sólo a una parcela).

Carácter subsidiario de la prueba de presunciones.—El utilizar únicamente la prueba testifical no supone violación del artículo 1.215 del Código civil, pues este precepto se limita a reseñar, sin más vinculación para el intérprete, los medios de prueba utilizado, sin imposición de uno determinado. No existe infracción por el no uso de la prueba de presunciones ya que esta prueba tiene carácter supletorio.

Es excepcionalmente admisible que pueda impugnarse su omisión. El artículo 1.249 C. c., relativo a las presunciones, si es utilizado en casación para impugnar su uso o no uso judicial ha de serlo para atacar la apreciación del hecho base mediante un dato indubitable (documento o acto auténtico) o para establecerlo

por el recurrente por el mismo medio y a partir de él para exigir o postular el hecho consecuencia no establecido por el juez, mas esto siempre que el uso de la presunción se imponga de modo inequívoco y necesario o que haya sido propuesto este medio por las partes en el pleito, o que no existan otras pruebas directas o no se haga uso de la apreciación conjunta.

Desvirtuación de la tradición instrumental.—No constituye hecho contrario invalidante de la tradición instrumental la posesión material de los fallidos compradores justamente por ser sólo eso, es decir, posesión sin título bastante para contradecir la del titular dominical y entonces poseedor jurídico, reivindicante con éxito. (Sentencia de 6 de diciembre de 1983; no ha lugar.) (R. de A.).

II. DERECHO MERCANTIL

50. *Sociedad anónima. Examen e informe del balance, cuenta de pérdidas y ganancias, propuesta sobre distribución de beneficios y memoria por los censores.* Plazo.—El plazo de un mes, establecido por el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas, es simplemente significativo de que los censores nombrados no pueden rebasarlo ni prorrogarlo, pero no de que haya de ser agotado en su integridad, toda vez que la concesión por el legislador de un determinado plazo máximo para cumplimentar un trámite en manera alguna es impeditorio de que su destinatario —en este caso los censores— lo cumplimenten en otro inferior, sino tan sólo que no pueden excederlo en la realización de su cometido.

Derecho de información de los accionistas.—No se ha producido la privación de este derecho desde el momento que los accionistas han tenido a su disposición el informe de los censores con los quince días de antelación que previene el artículo 110 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Valididad del acuerdo adoptado en Junta General de accionistas.—La circunstancia de que los administradores formularan fuera de plazo legal el balance con la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta de beneficios y la memoria explicativa, no acarrea por sí sólo la nulidad del acuerdo de la Junta General aprobatorio de dichos documentos, ya que se trata de un plazo establecido exclusivamente para ponerlo en armonía con los previstos en los artículos 50 y 110 de la Ley de Sociedades Anónimas. (Sentencia de 19 de mayo de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Demandó de nulidad de acuerdos adoptados en Junta General de accionistas sobre aprobación de memoria, balance, cuenta de resultados y designación de censores. La Audiencia Territorial desestimó íntegramente la demanda. No prospera el recurso de casación. (A. C. S.).

51. *Derecho del accionista. Examen de documentos financieros.*—El artículo 110 de la Ley de Sociedades Anónimas considera el derecho del accionista a examinar los documentos financieros de la entidad y el informe aludidos en el artículo 108 como un derecho consustancial con la titularidad de las acciones, constituyendo una norma de carácter imperativo que no puede ser modificada, ni derogada, por los particulares. Esta configuración resulta compatible con la entrega de la información al accionista en un momento posterior al que pretenda, cuando no pueda dárselle en éste por causas involuntarias, pero siempre dentro

del plazo legal y acreditando la clara intención de los órganos sociales de cumplir con lo preceptuado.

Junta General. Requisitos de la convocatoria.—Es imprescindible que se haga constar en ella el lugar y modo de hacer el depósito de las acciones al portador, cuando los Estatutos nada dispongan al respecto, y, al no haberse hecho así, la Junta debe reputarse mal convocada. (Sentencia de 17 de febrero de 1984; no ha lugar.) (P. E. A.).

52. *Marca. Caducidad.*—Debe declararse la caducidad cuando se acredite el no uso de la marca durante un plazo de cinco años previsto en el Estatuto de la Propiedad Industrial, aunque posteriormente se haya reemprendido el uso de la misma, pues no puede hacerse revivir un derecho ya extinguido por caducidad, que opera «ex lege» y produce efectos fatales. (Sentencia de 22 de septiembre de 1983; no ha lugar.) (P. E. A.).

53. *Seguro de crédito. Alcance de la cobertura.*—Es un principio básico del seguro de crédito que la cobertura no ampare la totalidad del riesgo, sino que parte de éste debe ser asumido por el asegurado, como expresan los artículos 1, pár. 3 y 22, pár. 1 del Decreto de 22 de diciembre de 1971. Con arreglo a lo dispuesto en este último precepto, las liquidaciones de siniestros se practicarán aplicando a las pérdidas indemnizables los porcentajes de cobertura establecidos en la póliza, y a tal criterio se ajustó la póliza suscrita por las partes.

Abono de intereses moratorios por la aseguradora. Criterio general. Las liquidaciones provisionales y periódicas previstas en la póliza son superfluas cuando realizados pagos parciales y convenidas prórrogas entre los interesados, queda liquidada de forma definitiva la cantidad que deba el prestatario. A ello debe añadirse la orientación restrictiva que en orden a los componentes de la pérdida final indemnizable conviene a los seguros de crédito, conforme a la Ley de 8 de octubre de 1980 (art. 71), que no permite extender el ámbito del seguro, en el presente caso. (Sentencia de 20 de febrero de 1984; no ha lugar.) (P. E. A.).

54. *Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos sociales. Efectos.*—Aunque al tiempo de celebrarse la Junta General Ordinaria estén entablados procedimientos de impugnación contra otros acuerdos de la sociedad adoptados en años anteriores, sólo podría discutirse la nulidad de aquellos últimos cuando se hubiere acordado la suspensión prevista en la norma 4º del art. 70 de la Ley de Sociedades Anónimas. Y ello a pesar de que el resultado de la impugnación pendiente pueda influir en los nuevos acuerdos, porque de otra forma se provocaría la injustificada detención de la vida normal de la sociedad.

Balance. Requisitos.—Alegada la falta de claridad de un balance, hay que demostrar en qué consisten los defectos imputados, sin bastar la mera referencia a una anterior delegación irregular de facultades que fue subsanada luego por la Junta General, ni a resoluciones judiciales referentes a ejercicios anteriores, pues la declaración de nulidad de un balance no supone que los practicados en años sucesivos adolezcan de dicha nulidad.

Imposición de sanción al litigante de mala fe. Condiciones.—La condena a la sanción pecuniaria prevista por el artículo 70 L. S. A. viene determinada por la existencia de dolo procesal, cuya apreciación está sometida al prudente arbitrio

del Tribunal de Instancia, el cual, en el presente caso, actuó con toda coherencia. (Sentencia de 29 de noviembre de 1983; no ha lugar.) (P. E. A.).

55. *Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos adoptados por las Juntas Generales. Acumulación.*—Con arreglo al artículo 70 L. S. A., todas las impugnaciones, cualquiera que sea su índole, formales o materiales, se han de sustanciar en un solo proceso cuando se refieran a los mismos acuerdos. A este efecto los acuerdos sociales se identifican por su objeto y contenido, con abstracción de las circunstancias de las Juntas y sus convocatorias, por lo que deben «unírse» los acuerdos adoptados en 1979, ya impugnados primeramente, con los recaídos en la Junta extraordinaria celebrada en 1981, cuyo único fin fue la ratificación de aquellos. Este criterio debe entenderse comprendido en el citado artículo 70 L. S. A., pues, en otro caso, la repetición de los mismos acuerdos conduciría a una dinámica de impugnaciones incabable. (Sentencia de 13 de octubre de 1983; no ha lugar.)

NOTA.—La presente sentencia lleva a cabo una ampliación de los supuestos en que procede la acumulación de impugnaciones contra acuerdos sociales. El artículo 70 L. S. A. impone la concentración cuando se ejerçiten varias acciones sobre unos mismos acuerdos. En el caso resuelto, sin embargo, los acuerdos impugnados eran formalmente distintos y separados por un plazo dilatado (27 de julio de 1979 a 12 de abril de 1980), pero la identidad de su objeto impone una completa conexión en su tratamiento procesal. La base del problema procesal es sin embargo, puramente de hecho: El retraso en la resolución de la primera impugnación, formulada el 1 de septiembre de 1979 y que no consta se haya dictado todavía. (P. E. A.).

56. *Sociedad Anónima. Acuerdos adoptados en Junta General Extraordinaria. Nulidad de la Convocatoria y de los posteriores acuerdos adoptados en la Junta. Recurso extraordinario de casación (no es una tercera instancia). Art. 49 de la Ley de Sociedades Anónimas. Carácter imperativo.*—Dado que el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia, en donde se puedan examinar «in extenso» cuestiones de hecho y de derecho, se ha de limitar al estudio de los motivos aducidos, que en el caso de la «litis» ninguno de ellos impugna cuestiones de hecho, quedando éstas, por tanto, fuera del ámbito casacional.

El artículo 49 Ley de Sociedades Anónimas es norma de carácter imperativo que no deja lugar a que los Estatutos o los componentes de la Sociedad alteren el sentido del precepto. El hecho de haber sido convocada la Junta sin previa reunión del Consejo de Administración, habiéndose efectuado tal convocatoria por el Presidente del Consejo sin reunir éste la condición de tal sino como persona individual, vicia de nulidad la convocatoria, pues aunque fue publicada formalmente en el «B. O. E.», no se cumplió el artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas y, como consecuencia, acarrea la nulidad de la Junta y de los posteriores acuerdos adoptados en la misma (SS. 13 de mayo de 1976 y 31 de mayo de 1983). (Sentencia de 8 de marzo de 1984; ha lugar.) (E. M. S.-R.).

57. *Sociedades Anónimas. Defectos en la constitución de la Junta General Ordinaria. Falta de trascendencia en segunda convocatoria.*—El artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas ordena que antes de entrar en el orden del día se forme la lista de los asistentes, con expresión del carácter o representación de cada uno y del número de acciones propias y ajenaas con que concurren, determi-

nando al final de la lista el número de asistentes presentes o representados, así como el importe del capital desembolsado sobre aquellas acciones, exigencia que debe valorarse de forma distinta en segunda convocatoria, en la que se cumple el mandato legal con la sola expresión de los asistentes aunque no se especifiquen las acciones con que concurren a la junta, ya que ésta se tiene por bien constituida cualquiera que sea el número de socios concurrentes y cualquiera que sea el capital que representen, integrando la falta de referencia al capital asistente una simple irregularidad sin trascendencia sobre la validez de la reunión, pues apreciar la nulidad de acuerdos sociales, no por defectos de formación de la voluntad colectiva expresada en las correspondientes votaciones, sino por el incumplimiento de un requisito formal inocuo, pugnaría con el espíritu y finalidad de la ley y la jurisprudencia que considera que el artículo 6.º, 3, del Código civil debe ser interpretado de forma flexible, ya que no toda disconformidad con una ley o toda omisión de formalidades legales ha de llevar a la nulidad del acto, debiendo ser analizada la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles y circunstancias y efectos de los actos, debiendo considerarse válidos los actos pese a la imposición legal, si la levedad del caso lo aconseja y permite.

El que no se hiciese constar la clase de acciones que poseía cada uno de los asistentes no puede calificarse más que como una simple omisión o irregularidad formal intrascendente, por tratarse de junta celebrada en segunda convocatoria (Sentencia de 7 de febrero de 1984; no ha lugar.) (R. de A.).

58. *Sociedades Anónimas. Derecho de información de accionistas.*—Es conatural al *status* del socio el derecho de información sobre el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la distribución de beneficios y la memoria, de manera que tiene este derecho marcado carácter imperativo, de derecho necesario, y por tanto de inexcusable y obligada observancia para el órgano ejecutivo, de manera que su incumplimiento por el Consejo de Administración permite impugnar los acuerdos adoptados. (Sentencia de 8 de marzo de 1984; no ha lugar.) (R. de A.).

59. *Sociedades Anónimas. Nulidad de acuerdo de aprobación de balance, memoria y cuenta de resultados por privación del derecho de información de los accionistas.*—El derecho de información de los accionistas se sustenta fundamentalmente en el informe que de modo preceptivo deben presentar a los mismos los accionistas censores de cuentas, los cuales previamente podrán examinar la contabilidad y los antecedentes de la sociedad. El mencionado informe deberá estar disponible con 15 días de antelación a la celebración de la Junta general. La falta del mismo implica la privación del derecho de información y por tanto la nulidad de los acuerdos. (Sentencia de 31 de marzo de 1984; no ha lugar.)

(R. de A.)

60. *Impugnación de acuerdos de sociedades anónimas.*—No puede mantenerse que la convocatoria judicial de una Junta y las cuestiones en torno a la procedencia de la misma y a su corrección legal sean separables, de tal suerte que hayan de impugnarse independientemente una de otra, la convocatoria y los acuerdos de la Junta y según regímenes distintos, pues en efecto, si los acuerdos se adoptan en Juntas convocadas en contradicción con la Ley o los Estatutos, ello trasciende a los acuerdos impugnados en la Junta, y es en sede del Procedimiento la

impugnación de tales acuerdos que debe juzgarse la corrección de la convocatoria. (Sentencia de 12 de julio de 1983.)

El recurrente alegaba que el accionista impugnante de los acuerdos había solicitado dos cuestiones distintas: una, que se declarase la nulidad de la convocatoria de la Junta General Extraordinaria de Accionistas de la compañía y otra, que se declarase la nulidad de los acuerdos adoptados en la misma y argumentaba que la Audiencia Territorial carecía de competencia para resolver la primera de las cuestiones, pues dicho órgano jurisdiccional sólo podía entender de los motivos de impugnación de acuerdos señalados en el artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas, motivo que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

(A. M. S.)

61. *Letra de cambio. Incongruencia.*—Fundamentada la demanda no sólo en la emisión de las cambiales y sus efectos cambiarios, sino también en considerar la existencia de una deuda a cargo de «HB, S. A.», en la que se subrogó «IB, S. A.», y que la sentencia reconoce como existente y procedente el abono a cargo de «IB, S. A.», el Tribunal *a quo*, decidiendo las consecuencias de la acción declarativa ordinaria planteada y resolviendo las pretensiones postuladas en el suplico de la demanda inicial, en modo alguno padece vicio de incongruencia, sino al contrario, cumple el artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento civil que impone que la sentencias decidan sobre todas las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate.

Acción declarativa ordinaria.—El hecho de que el juicio de que se trata sea continuación de las diligencias preparatorias de ejecución no impide el planteamiento de acción declarativa ordinaria sobre la cuestión debatida, dado que el artículo 1.433 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no establecer limitación alguna, no está considerando exclusivamente el ejercicio de la acción declarativa cambiaria, ni por tanto excluyendo la acción declarativa ordinaria.

Falta de acto de conciliación.—El no haberse celebrado acto de conciliación previo a la demanda lo fue al amparo del número 2.º del artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con respecto al cual las expresiones «incidente o consecuencia de otro juicio o de un acto de jurisdicción voluntaria» han de entenderse como actividad judicial encaminada a la efectividad del derecho reclamado, que no lograda significa la innecesariedad de dicho acto.

Acumulación de acciones.—Cabe acumular en un mismo juicio la acción declarativa cambiaria y la acción declarativa ordinaria para el reconocimiento de la efectividad de una deuda, ya que el artículo 154, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo impide esa posibilidad acumulativa para el caso de que las acciones acumuladas se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí, lo que no ocurre con la acción cambiaria y ordinaria del pleito, dado que una y otra tienden a una misma finalidad compatible y no contradictoria.

Valoración de la prueba.—Es correcta la valoración de la prueba efectuada en conjunto y singularizada tras una racional y metódica apreciación realizada por el juzgador al no patentizarse vulneración de preceptos sobre el juicio de valor legalmente establecido respecto a cada medio probatorio ni se alcen instrumentos

o actos auténticos que contradigan las conclusiones establecidas definitivamente por el juzgador.

Falta de formalidades legales en la letra de cambio.—Las deficiencias formales del artículo 444 del Código de comercio en las cambiales pueden afectar a la acción ejecutiva y en lo procedente a la acción declarativa cambiaria, pero no a la declarativa ordinaria, con relación a la cual resultan intrascendentes las formalidades de las expresadas letras de cambio, al ser en la acción declarativa ordinaria un simple medio de prueba apreciable en conjunción con los demás medios probatorios. (Sentencia de 28 de noviembre de 1983; no ha lugar.) (R. de A.).

62. *Propiedad industrial. Error de hecho. Carencia de doctrina legal. Convenio de unión de París.*—El error de hecho no acreditado, como en el presente caso, por documentos o actos auténticos y concretos, lleva a la Sala sentenciadora a la desestimación de este motivo del recurso. Ante ello, por imperativo del requisito contenido en el apartado 7.^º del artículo 1.692, dicha Sala consideró, como lo hicieran los Juzgadores en las anteriores instancias, que el vocablo «MILD» no es una denominación genérica, y en consecuencia la inscripción de marca en el Registro de la Propiedad Industrial, no infringe lo establecido en el artículo 124,5 del Estatuto de la Propiedad Industrial, ni tampoco lo preceptuado en el artículo 6.^º quinqueis del Convenio de la Unión de París. (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1984; no ha lugar.) (A. M. V.).

63. *Juicio especial de la Ley de Propiedad Industrial. Nulidad de patente de invención española. Falta de novedad.*—En el caso recurrido existe una evidente falta de novedad, de suerte que el objeto de la patente no difería de una patente extranjera.

Error de hecho.—No puede hablarse de error de hecho al apreciar las pruebas, cuando de ningún documento auténtico (aquel que por sí mismo hace prueba de su contenido) se evidencia tal error.

Error de derecho.—Tampoco puede decirse que exista error de derecho, citándose en tal sentido y de forma indiscriminada una serie de preceptos sin relación con reglas de valoración de prueba.

La casación no es tercera instancia.—Esto supuesto, parece que el recurrente pretende que en casación se proceda a una nueva valoración de la prueba, olvidando que este recurso no es una nueva instancia.

Interpretación errónea.—Finalmente, no puede decirse que existe interpretación errónea en la aplicación de los preceptos del Estatuto de la Propiedad Industrial, puesto que no se trata de averiguar cuál es el verdadero sentido y alcance de una norma, sino que en base a esa libertad en la apreciación de la prueba lo que se hace es llegar a la conclusión de la falta de novedad de la presunta invención. (Sentencia de 30 de marzo de 1984; no ha lugar.) (R. de A.).

64. *Cuenta corriente bancaria a la vista. Distinción con el préstamo.*—El descubierto en cuenta corriente no implica un préstamo, pues son contratos distintos por su diferente contenido, pudiendo la cuenta corriente bancaria a la vista ir unida a operaciones activas de crédito o pasivas de depósito. Si, como ocurre en

el caso, la cuenta corriente nació de un depósito, la posibilidad contractual del cuentacorrentista de disponer de sus saldos significa que era él mismo quien concedía y, no al contrario, crédito al banco, al no constar, de otro lado, la apertura de una cuenta de crédito del banco al cuentacorrentista.

Cuenta corriente bancaria a la vista. Extinción. intereses.—Se produce unilateralmente sin sujeción a plazo ni forma, operándose *ipso iure* la extinción con la interrupción de las remesas y con el efecto de la inmediata exigibilidad del saldo líquido con los intereses, por causa de mora, producidos desde el emplezamiento.

Significado jurídico del descubierto.—Es una concesión del banco a la que puede poner fin libérrimamente, sin que el mero descubierto signifique de suyo la existencia de crédito que sólo se dará cuando se conceda, transformándose la cuenta corriente de depósito en cuenta corriente. (Sentencia de 14 de diciembre de 1973; no ha lugar.) (R. de A.).

65. *Contrato de seguro de vida. Reclamación de cantidad. Nulidad del contrato por ocultación de hechos en la declaración sobre el estado de salud del asegurado. Valor de la cláusula de indisputabilidad inserta en las condiciones generales de la póliza.*—Dado lo que disponía el artículo 381, párrafo 3.^º del C. de c. la omisión u ocultación por el asegurado, de hechos o circunstancias que hubieran podido influir en la celebración del contrato, produce la nulidad del mismo, ya que es esta declaración la que determina los riesgos a que alcanza el seguro; y puesto que es el propio riesgo el objeto del contrato de seguro, como ha reiterado la doctrina legal (SS. de 24 de abril de 1949), éste debe ser exactamente aquilatado (SS. de 4 de noviembre de 1947).

Indisputabilidad. Aunque el derogado artículo 385 del C. de c. establecía que el contrato de seguro se regiría por los pactos lícitos consignados en cada póliza, y en este caso había una cláusula de indisputabilidad, que surtía efecto a partir del año, no es posible aplicar dicho artículo 385 del C. de c., porque desde el momento en que el asegurado no cumplió su deber como parte del contrato, de declarar su estado real de salud, el contrato era nulo, y por tanto no es aplicable para que surtiera efecto la indisputabilidad. (Sentencia de 29 de febrero de 1984; ha lugar.) (P. M. H.).

III. DERECHO PROCESAL

66. *Litis consorcio necesario. Doctrina general.*—Desde la sentencia de esta Sala de 27 de junio de 1944 se alude de esta forma a la «excepción» impuesta por el principio procesal de audiencia bilateral, que impide la extensión de los efectos de cosa juzgada a quienes no han sido partes en el juicio, y trata de evitar la emisión de sentencias contradictorias o de imposible ejecución, porque la consecución de los efectos pretendidos en el juicio exija la concurrencia de todas las personas que, por la titularidad de un interés que pueda ser afectado, han de integrarse en la relación procesal. La apreciación de esta circunstancia, apreciable

incluso de oficio si no se propone como excepción, no debe confundirse con la falta de personalidad. (Sentencia de 8 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

(P. E. A.)

67. *Legitimación para recurrir. Interés legítimo.*—La posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución, corresponde únicamente a quien ocupe la posición de parte agravuada o, siendo tercero, le alcancen los efectos de la cosa juzgada; de modo que, sin gravamen no existe legitimación para recurrir y tampoco viene permitido a un litigante invocar el perjuicio causado a otro por la decisión de que se trate, porque las acciones y recursos se otorgan sólo para defender derechos e intereses propios. En este sentido, los términos del artículo 24 de la Constitución coadyuvan a señalar que sólo la parte a la que resulta desfavorable la resolución jurisdiccional puede acudir a los medios de impugnación que el ordenamiento concede, y, entre ellos, el recurso de casación. (Sentencia de 5 de noviembre de 1983; no ha lugar.) (P. E. A.).

68. *Incidente de acumulación de autos. Acumulación de juicio ejecutivo al juicio de concurso necesario de acreedores. Inexistencia de perjuicio para el acreedor.*—Es pertinente proceder a dicha acumulación en vista de los artículos 161,3 y 1.173,3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicha acumulación lleva consigo una inexistencia de perjuicio para el acreedor, puesto que la parte de crédito que no se haga efectiva en el concurso podrá ser objeto de ulterior reclamación. (Sentencia de 26 de marzo de 1984; ha lugar a la acumulación.) (R. de A.).

69. *Competencia para ejercicio acción ejecutiva derivada de letra de cambio Recepción del oficio inhibitorio después de haberse dictado sentencia firme.*—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo manifestada, entre otras, en Sentencias de 20 de noviembre de 1911, 8 de julio de 1931, 15 junio 1934, 25 septiembre 1940, 8 enero 1942, 5 diciembre 1944, 13 de junio 1946 y 3 de octubre de 1981, que promovida la inhibitoria en tiempo hábil, debe tramitarse aún en el supuesto de que el juez requerido reciba el Oficio inhibitorio después de haberse dictado sentencia firme. (Sentencia de 8 de julio de 1983.) (A. M. S.).

70. *Competencia por inhibitoria.*—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que promovida la inhibitoria en tiempo hábil, debe ésta tramitarse aún en el supuesto de que el juez requerido reciba el oficio inhibitorio después de haber dictado Sentencia firme (Sentencias de 5 de diciembre de 1944, 13 de junio de 1946, 3 de octubre de 1981, 8 de julio de 1983), porque lo que el artículo 76 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíbe es «promover o proponer» la cuestión después de la sentencia, lo que a «sensu contrario» viene a admitir la eficacia de la «propuesta» en cuanto a la actuación del juzgado requerida, pese a que el acto formal y solemne del requerimiento inhibitorio se reciba por aquél después del fallo firme del juicio, evitándose así que la validez procesal de la cuestión quede al arbitrio de la parte o de las incidencias y retrasos del correo, naturalmente siempre que conste, como aquí ocurre, la proposición de la parte y la providencia y acuerdo del Juzgado requirente teniendo la cuestión por interpuesta. (Sentencia de 23 de noviembre de 1983.) (A. M. S.).

71. *Competencia territorial. Reclamación por falta de pago parcial. Letra de cambio y sumisión.*—La aceptación, que incluye la cláusula de sumisión, de una letra de cambio a través de la cual debía hacerse efectiva parte de la contraprestación del contrato causa, implica sumisión para conocer el juicio declarativo del cumplimiento de dicho contrato, por cuanto aquel efecto mercantil no debe entenderse como mera facilidad de pago, sino como complemento del contrato y fijación del lugar de ejercicio de las acciones pertinentes en caso de incumplimiento de la obligación contraída. (Sentencia de 17 de enero de 1984; no ha lugar.) (R. de A.).

72. *Cuestión de competencia por inhibitoria.*—Como en el caso de autos no consta sumisión expresa a otro Juzgado, es juez competente el del domicilio del deudor (artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) para el pago de la obligación. No es obstáculo a dicha declaración de competencia que lo solicitado sean diligencias preliminares de ejecución (artículos 1.430 y 1.431 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ya que esta expresión denota una fase previa y subordinada al juicio ejecutivo posterior y parece razonable que se siga para aquellas diligencias el mismo criterio que la doctrina legal señala para el juicio ejecutivo. (Sentencia de 18 de noviembre de 1983; declara la competencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cartagena.) (R. de A.).

73. *Dictamen o informe técnico.*—Carece del carácter de documento auténtico.

Prueba pericial.—La valoración de la prueba pericial, entregada a la prudente apreciación del Tribunal de Instancia con arreglo a las pautas de la sana crítica, según determina el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, queda sustentada a la censura de la casación. (Sentencia de 14 de febrero de 1984; no ha lugar). (A. C. S.).

74. *Congruencia.*—La sentencia impugnada se atuvo estrictamente a los hechos del pliego y a las pretensiones de las partes, lo cual es lo sustancial de la congruencia del fallo.

Error de derecho.—Gira sobre la base de la prueba legal, de modo que sólo se puede acusar cuando el juzgador de instancia infringe una concreta norma valorativa de prueba. Es inexcusable señalar en el motivo el precepto que establece la regla de prueba y, además, el concepto en que tal infracción resulta cometida por el Tribunal de Instancia.

Prueba pericial.—No puede citarse en casación como ley infringida, pues no es más que una clase de prueba cuya apreciación corresponde exclusivamente al Tribunal sentenciador. (Sentencia de 20 de octubre de 1983; no ha lugar.)

(A. C. S.)

75. *Incongruencia. Artículo 360 L. E. C.*—El Tribunal Supremo cassa la Sentencia de la Audiencia Territorial estimando el motivo del recurso que alegaba incongruencia, pues según el Tribunal Supremo hay una patente desviación entre solicitar condenar a pago de cantidad líquida y condenar a verificar una liquidación de cuentas en ejecución de sentencia (Sentencia de 24 de abril de 1929). El artículo 360 de la L. E. C. es solamente aplicable cuando hubiere condena de

gastos, intereses, daños o perjuicios, según expresa su párrafo 1.º y no a supuestos totalmente distintos, como es el debatido, versante sobre pago de suma líquida resultante de una relación contractual de comisión mercantil. (Sentencia de 3 de junio de 1983.) (A. M. S.).

76. Cosa juzgada. Falta de identidad de la causa. Diferente causa de nulidad de la donación.—Para que la alteración de la *causa petendi* se produzca no es necesario siempre un hecho distinto como base de la demanda sino que es suficiente que el motivo legal en que se funde la segunda acción sea distinto.

No basta la identidad de los elementos que la ley exige en el artículo 1.252, párrafo 1.º del Código civil para que se dé eficazmente la excepción de cosa juzgada, sino que es imprescindible que la primera sentencia contenga pronunciamiento decisivo sobre el asunto que constituye el fondo del pleito ulterior, consistiendo la causa o razón de pedir no sólo en la identidad de elementos personales y reales, sino en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento a la nueva acción; en definitiva, que exista la más perfecta identidad no sólo ante las cosas y las personas, sino además ante las «causas». (Sentencia de 10 de febrero de 1984; no ha lugar.) (R. de A.).

77. Casación. Contrato de fletamiento. Documentos auténticos.—Los documentos consistentes en el contrato de fletamiento y los conocimientos de embarque no merecen en el caso la condición de auténticos, dado que no pueden demostrar por sí el error evidente del juzgador en punto al número de toneladas o metros cúbicos que estima embarcados.

Casación. Cuestión nueva.—No pueden plantearse en la casación, por ser cuestión nueva, las diversas modalidades de determinación de la carga de las que no se hizo cuestión en los escritos de alegación, entendiéndose errónea la estimación del Juzgador resultante de la apreciación de todas las pruebas propuestas y practicadas.

Casación. Calificación del contrato por el Juez de Primera Instancia.—No puede combatirse en la casación la calificación del contrato realizada por el Juzgador de Primera Instancia, cuando dicha calificación no fue recurrida en apelación, y a ella se atuvo la Sala que conoció en la Segunda Instancia.

Casación. Supuesto de la cuestión. Congruencia.—Al hacer el motivo articulado supuesto de la cuestión que el Tribunal *a quo* entendió como debatida, de acuerdo a lo pedido por el actor, obligado por el principio de congruencia, introduce cuestión nueva nunca interesada y que consiguientemente no pudo ser conocida por el juzgador. (Sentencia de 10 de noviembre de 1983; no ha lugar.) (R. de A.).

78. Recurso extraordinario de revisión en arrendamientos urbanos. Sociedad en suspensión de pagos y nombramiento de comisión de acreedores. Revisión de sentencia ganada en virtud de maquinación fraudulenta.—Aunque es el domicilio social el lugar en que han de efectuarse las citaciones judiciales, no puede olvidarse que cuando se conoce la existencia de alguna situación no ordinaria, especialmente en lo que a efectos de comunicación entre órganos judiciales y litigantes se refiere, que puedan determinar cambios o alteraciones de carácter procesal, dichas anomalías o circunstancias deben ser puestas de relieve al juzgador en el

escrito de demanda, especialmente cuando su ocultación pueda producir indefensión en el demandado. (Sentencia de 30 de enero de 1984; ha lugar.)

En este caso se trataba de una demanda de desahucio por falta de pago de las rentas. La sociedad arrendadora sabía que la arrendataria se hallaba en situación de suspensión de pagos y que se había constituido una comisión de acreedores que se había hecho cargo de la administración y representación de la suspensa. La demanda se dirigió contra la arrendataria, en el que había sido domicilio social. La Sala 1.^a del Supremo entiende que éste es un caso de sentencia ganada «en virtud de maquinación fraudulenta» (artículo 1.796 L. E. C. —por no haber dado cuenta al Juzgado de la existencia de la comisión de acreedores— y dando lugar a la revisión instada por la arrendataria rescinde la sentencia de desahucio del Juzgado de Primera Instancia número once de los de Barcelona.

(R. de A.)

79. *Procesal. Quebrantamiento de forma.*—Las únicas formas esenciales del juicio cuyo quebrantamiento da lugar al recurso de casación por esa causa son las que, en elenco rigurosamente cerrado, enumera el artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y a ese designio, el artículo 1.750 previene que en el escrito en que se formalice se expresará el caso o casos del artículo 1.693 en que se funde. (Sentencia de 27 de junio de 1983.) (A. M. S.).

80. *Arbitraje de equidad. Nulidad del laudo. Plazo determinado por las partes. Índole contractual de la institución.*—Es criterio unánime que una de las ventajas de la institución arbitral, y que le sirve de fundamento, es que la misma sólo dure lo que las partes determinan. El plazo vincula a los árbitros, de tal forma que fija los límites de la potestad misma arbitral, dado que al aceptar el árbitro su nombramiento se somete a la voluntad de los comprometentes, que son, por la índole sustancialmente contractual de la institución, los que establecen el término en que los árbitros han de desempeñar su cometido, y a los mismos les obliga por la eficacia contractual del pacto (SS. 3 de julio de 1972 y 23 de septiembre de 1974).

Prórroga del plazo.—Debe concurrir para la prórroga del plazo la voluntad de los contratantes, siempre que en la escritura se fije el plazo máximo de la prórroga, sin que sea admisible que el árbitro se limite a notificarles el retraso sin previa prórroga concedida en forma, como así sucede en la litis. (Sentencia de 9 de febrero de 1984; ha lugar.) (D. A. G.).

81. *Arbitraje de equidad. Concesión de prórroga.*—Si bien es cierto que cualquier modificación del compromiso, y entre ellas la relativa a su vencimiento, habrá de ajustarse a idéntica forma que la requerida para su constitución, de manera que solicitada la prórroga la misma autoridad judicial está facultada para concederla, ajustándose con ello a la forma en que el compromiso fue constituido, ello no quiere decir, en modo alguno, que en caso de prórroga judicial ésta haya de acordarse necesariamente en forma de auto, como lo fue el acuerdo de formalización, pudiendo hacerse también por providencia, ya que lo que la doctrina jurisprudencial viene a establecer, siguiendo orientación ya dada en Sentencias de 28 de septiembre 1954, 16 de octubre de 1956 y 28 de septiembre de 1974, es que si el compromiso se ha otorgado en escritura pública, igualmente así debe hacerse la prórroga, y si fue formalizado judicialmente, de igual manera debe ser la conce-

sión de prórroga, pero no que dentro de esta segunda modalidad haya de hacerse precisamente por medio de auto, pues basta y es suficiente al respecto que lo sea por acuerdo judicial en cualquiera de las modalidades de resolución judicial que el derecho establece, y más en cuanto que la concreta modalidad de Auto solamente la exige la Ley de Arbitraje de Derecho Privado en el número 4 del artículo 30, para el caso de acuerdo de formalización del compromiso arbitral. (Sentencia de 15 de junio de 1983.) (A. M. S.).

82. *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 Ley Hipotecaria. Cosa juzgada.*—Don B. A. ejercitó acción hipotecaria contra una finca de los recurrentes. Declarada desierta la primera subasta, un segundo acreedor hipotecario, al amparo de la regla 5.^a del artículo 131 Ley Hipotecaria se subrogó en los derechos de don B. A., consignando al efecto el importe del crédito, intereses y costas asegurados con la primera hipoteca, tras lo cual solicitó que al haberse declarado desierta la primera subasta, le fuera adjudicada la finca, a lo que accedió el Juzgado. Recurrida esta resolución judicial por el hasta entonces dueño de la finca, fue desestimada por la Audiencia Territorial. Interpuesta demanda en juicio declarativo de mayor cuantía por el deudor solicitando la nulidad de actuaciones del procedimiento hipotecario, la demanda fue desestimada en primera instancia y apelación, rechazándose el posterior recurso de casación por quebrantamiento de forma.

El deudor interpuso, pasados varios años, nuevo juicio de mayor cuantía solicitando la nulidad de la inscripción registral a nombre del segundo acreedor hipotecario. La demanda fue desestimada en el Juzgado y la Audiencia y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación por entender que existía cosa juzgada, ya que la causa de nulidad solicitada por el recurrente había sido expresamente desestimada en los procedimientos anteriormente seguidos. (Sentencia de 12 de julio de 1983.) (A. M. S.).